UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MEQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

DESAFIOS DA DOGMÁTICA PENAL FRENTE AOS CRIMES PATRIMONIAS NA REALIDADE SOCIOECONÔMICA BRASILEIRA

FRANCA
2015

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

DESAFIOS DA DOGMÁTICA PENAL FRENTE AOS CRIMES PATRIMONIAS NA REALIDADE SOCIOECONÔMICA BRASILEIRA

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2015

Sponchiado, Jéssica Raquel.
Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira / Jéssica Raquel Sponchiado. – Franca : [s.n.], 2015.

413 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. Crime contra o patrimônio. 2. Propriedade privada. 3. Materialismo historico.I. Título.

CDD – 342

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

DESAFIOS DA DOGMÁTICA PENAL FRENTE AOS CRIMES PATRIMONIAS NA REALIDADE SOCIOECONÔMICA BRASILEIRA

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador:_____

2º Examinador:_____

Franca, ____ de novembro de 2015.

Dedico à minha mãe Amira Damião Bonato Sponchiado e aos meus sobrinhos Gabriel e Rafael.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes pelos ensinamentos durante os cinco anos da graduação e os dois anos de mestrado. Obrigada por ser o responsável pela minha formação não somente nas ciências criminais, mas na totalidade do ensino do Direito. Agradeço também pelo incentivo ao caminho da carreira acadêmica. Deixo aqui minha admiração.

Agradeço ao Prof. Eduardo Saad-Diniz e ao Prof. Víctor Gabriel Rodrigues por acompanharem o desenvolvimento do trabalho e por todas as contribuições no sentido de enriquecimento ao aprendizado durante o mestrado. Agradeço ao Prof. Alamiro V. S. Netto por disponibilizar sua tese "Direito Penal e propriedade privada" mesmo antes de sua publicação.

Agradeço, em especial, à minha mãe por todo o apoio, o incentivo e a dedicação de forma a contribuir, e muito, à finalização do mestrado. Ao irmão Emílio Carlos Sponchiado Jr. e à Juliana V. Pereira pela confiança.

Agradeço à família: Avó Amira Damião, pai Emílio Carlos Sponchiado, Adib, Vera, Soraia, Raquel e Rosa.

Às minhas amigas Junia, Heloísa e Gabriela por me acompanharem e dividirem momentos de alegria e de dificuldade.

Agradeço à minha turma de mestrado pela companhia, discussões e aprendizado: Larissa Rosa, Helena, Paula, Renan, Pedro, Larissa Soldate, Theuan, Ivan e Marcela.

Um filósofo produz as ideias, um poeta produz os versos, um curandeiro produz os sermões, um professor produz compêndios. Um criminoso produz a criminalidade.

(Karl Marx)

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimonias na realidade socioeconômica brasileira**. 2015. 413 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2015.

RESUMO

A pesquisa propõe-se a analisar as bases da estruturação das normas penais no âmbito dos crimes patrimoniais, por meio do método dialético, visando a se chegar a uma compreensão mais adequada perante a diferenciação da relevância penal desta manifestação delitiva e a um melhor esclarecimento a respeito da eficácia dos fins, declarados e ocultos, a que se vinculam estas normas. Com a realização da depuração do injusto e com o alcance ao núcleo central dos crimes patrimoniais atinge-se o objeto da pesquisa, qual seja: a propriedade privada. Analisa-se seus próprios elementos e contradições para a compreensão de sua verdade e de sua necessidade ou merecimento pela tutela do Direito Penal.

Palavras-chave: depuração do injusto. propriedade privada. danosidade social. normativismo. merecimento e necessidade de pena.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimonias na realidade socioeconômica brasileira**. 2015. 413 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2015.

ABSTRACT

The research proposes to examine the foundations of the structure of criminal law in the context of crimes against property, through the dialectical method, aimed at reaching a better understanding before the differentiation of criminal relevance of this delitiva demonstration and further clarifying the regarding the efficacy of ends, declared and hidden, that are linked these standards. With the completion of clearance of unfair and reach the core of the property crimes is reached the object of research, namely: private property. Analyzes its own elements and contradictions in understanding his truth and his need or merit for the protection of criminal law.

Keywords: depuration of unfair. private property. social damage. normativism. merit and need for punishment.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Ilustração de decisão judicial: Poder Judiciário – Comarca de Ribeirão Preto – SP..... 135

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de acórdãos com ocorrência do termo "insignificância" 386
Tabela 2 - Número de acórdãos por grupo de crime – TRF 1ª a 5ª Regiões 386
Tabela 3 - Número de acórdãos dos "crimes contra o patrimônio"TRF 1ª a 5ª Regiões 387
Tabela 4 - Número de acórdãos por tipo de crime e combinação com outros crimes 388
Tabela 5 - Número de acórdãos com anotações de absolvição 389
Tabela 6 - Número de decisões para os recursos em caso de HC 389
Tabela 7 - Número de decisões para os recursos em casos de HC - Tipo de crime 389
Tabela 8 - Número de acórdãos quanto ao regime de cumprimento de pena 390
Tabela 9 - Número de acórdãos quanto à pena de prisão acima do mínimo legal 390
Tabela 10 - Número de acórdãos quanto aos atenuantes 390
Tabela 11 - Número de acórdãos quanto à substituição da pena privativa de liberdade 390
Tabela 12 - Aprisionamentos por crimes contra o patrimônio 391
Tabela 13 - Porcentagem de pessoas que aguardam julgamento ou foram condenadas por tipo de crime 392
Tabela 14 - Crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade 393
Tabela 15 - Distribuição por gêneros das pessoas privadas de liberdade 393
Tabela 16 - Perfil da população carcerária referente à raça, cor e escolaridade: Indicativos da seletividade social 394

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

CAPÍTULO 1 CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE E SEU REFLEXO NA VALORAÇÃO DO PATRIMÔNIO 19

1.1 Contextualização do problema 19

1.2 Estudo sobre as bases estruturais da sociedade atual e seu reflexo na configuração do Direito Penal 20

1.3 Materialismo Histórico 27

1.4 Estrutura da sociedade e valoração do patrimônio nas normas penais 40

1.5 Elementos básicos para a compreensão da estrutura social: Trabalho, Capital e Relações de Propriedade Privada 44

1.5.1 Trabalho e Salário 44

1.5.2 O Capital 75

1.5.3 Concorrência capitalista e progresso tecnológico: defesas do próprio Capital 75

1.5.4 Conceitos de patrimônio e suas relações com as leis de troca e valor 83

1.5.5 As regras de circulação do Capital e a intervenção penal perante sua afetação 88

1.5.5.1 Sistema de Crédito enquanto um dos elementos nucleares do sistema socioeconômico 94

1.5.5.2 Consumismo e reflexos na tutela penal do patrimônio 102

1.5.5.3 Função Social da Propriedade Privada e reflexos na atualidade 109

1.6 Karl Marx e a Lei sobre o Furto de Lenha enquanto um fundamento sociológico à proposta de diferenciação do injusto e da motivação do crime 116

1.7 Conclusão 138

CAPÍTULO 2 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DOGMÁTICAS À DIFERENCIAÇÃO DO INJUSTO NOS CRIMES PATRIMONIAIS: Injusto penal na concepção neokantiana e no funcionalismo racional-teleológico 140

2.1 Contextualização 140

2.2 Teoria do Fim do Direito Penal de Franz von Lizt 143

2.3 Filosofia Neokantiana de Gustav Radbruch 158

2.3.1 Dualismo Meotodológico e Relativismo 162

2.4 Neokantismo na Dogmática Penal: As possíveis contribuições à diferenciação do injusto nos crimes patrimoniais 172
2.4.1 Contribuições de Gustav Radbruch 173
2.4.2 Contribuições de Edmund Mezger acerca do Injusto Penal 176
2.4.3 Contribuições de Guillermo Sauer acerca do Injusto Penal 192
2.5 Funcionalismo Racional-Teleológico: Análise da concepção de Injusto em Claus Roxin e Jorge de Figueiredo Dias e as possíveis contribuições ao campo dos crimes patrimoniais 208
2.5.1 Considerações acerca da concepção de injusto penal de Claus Roxin 219
2.5.2 Considerações acerca da categoria e do princípio da culpabilidade em Claus Roxin ... 225
2.5.3 Conteúdo material do conceito de crime na perspectiva de Figueiredo Dias 230
2.5.4 Criminalidade de massa na sociedade de risco e pequena criminalidade patrimonial .. 245
2.5.5 Contribuições do Funcionalismo Teleológico-Racional aos critérios de merecimento e necessidade de pena 252
2.5.6 Aspectos gerais sobre a Teoria da Co-responsabilidade social frente à pequena criminalidade patrimonial 272
2.6 Considerações acerca do Injusto Penal na concepção de Juarez Tavares 281
2.7 Conclusão do Capítulo 286

CAPÍTULO 3 NORMATIVISMO RADICAL ENQUANTO UM LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL FRENTE À PEQUENA CRIMINALIDADE PATRIMONIAL - Proposição e Tomada de Posição 289
3.1 Filosofia Hegeliana e suas contribuições à dogmática penal 289
3.1.1 Conceito concreto de propriedade privada 297
3.1.2 Conceito concreto de crime e pena 301
3.1.3 Dialética hegeliana: negação e negação da negação e suas relações com o estranhamento 306
3.2 Direito Penal enquanto parte da estrutura social 313
3.2.1 Dogmática penal e neohegelianismo: Uma ferramenta para a limitação da intervenção penal no campo patrimonial? 317
3.2.2 Norma penal e Comunicação Social 318
3.2.3 Delito enquanto abalo à vigência da norma e pena como afirmação desta vigência 328

3.2.4 Contexto de expansão político-criminal e às influências no campo patrimonial clássico 333
3.2.5 Funcionalidade do Direito Penal frente à proteção da vigência da norma enquanto uma limitação da intervenção penal 339
3.2.6 Ponderações acerca do injusto e da culpabilidade no normativismo radical 347
3.2.7 Crítica/Complementação ao conceito de delito ideal, comunicativo ou expressivo 360
3.3 Teoria da Imputação Objetiva em Günther Jakobs aplicável na criminalidade patrimonial 370
3.4 Ilustração acerca da prática penal brasileira referente aos crimes patrimoniais e à seletividade social 382

CONSIDERAÇÕES FINAIS 398

REFERÊNCIAS 406

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta como objetivo geral realizar uma depuração do injusto penal (este compreendido enquanto unidade entre as categorias do delito: tipicidade e antijuridicidade) no campo patrimonial enquanto uma ferramenta dogmática à limitação da intervenção punitiva neste setor de criminalização o qual lida com o problema concreto da seletividade social, da criminalização e do punitivismo excessivos.

A problematização dos crimes patrimoniais gira em torno de alguns aspectos. Cabe ressalta que os estudos dogmáticos no âmbito da criminalidade patrimonial se justificam, tendo em vista que "[...] não se alterou o quadro estatístico nos diversos ordenamentos jurídicos, o qual aponta para o fato de ser esta parcela do fenômeno da criminalidade a que continua ocupando a maior parte da atividade jurisdicional em matéria penal."[1]

Além deste primeiro nível da problematização, ressalta-se incompreensão no âmbito dogmático, qual seja: quando se fala em crimes patrimoniais, tem-se que delimitar de qual injusto estar a se falar. Os crimes patrimoniais são colocados todos em um bloco, como se tratasse de uma igualdade de condutas orientadas a uma afetação patrimonial, em um âmbito limitado por uma concepção de bem jurídico. Esta equiparação de condutas traz como consequência uma mesma valoração para fatos os quais em suas essências apresentam-se de formas distintas. Este equívoco dogmático pode contribuir para uma prática penal voltada à seletividade social e aos altos índices de aprisionamentos por crimes patrimoniais.

Além do mais, acrescenta-se o terceiro nível da problematização o qual se relaciona com o contexto histórico de expansão político-criminal o qual se verifica na configuração da sociedade atual. Neste contexto, questiona-se como que, por meio da dogmática jurídico-penal, pode-se limitar a intervenção punitiva no âmbito dos crimes patrimoniais de forma a não se aceitar certas flexibilizações normativas e incremento punitivista frente à criminalidade patrimonial.

A proposta de depuração do injusto penal é o caminho dogmático propício a se alcançar a finalidade de construir barreiras dogmáticas à intervenção penal no campo patrimonial. Esta depuração do injusto dar-se-á da seguinte forma: não se pode comparar condutas cujas essências sejam distintas. Se esta equiparação ocorrer, deslegitima-se a própria norma penal. Então, deve-se chegar ao núcleo central da criminalidade patrimonial de rua até o momento

---

[1] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 346,
Neste mesmo sentido, aponta-se Peter-Alexis Albrech: "A punição de delitos contra a propriedade o patrimônio estão, quantitativamente, no ponto central das atividades do Sistema de Justiça Criminal." ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

em que se constata o objeto mais puro de tais crimes: a afetação da propriedade privada ou do patrimônio em seu sentido privatista, individualista. Trabalhar-se-á, portanto, no plano da conduta.

Ao se chegar neste núcleo da criminalidade patrimonial define-se como objeto deste trabalho a propriedade privada a qual é afetada, notadamente, pelos crimes de furto. Definido o objeto, tem-se que escolher o caminho adequado para estudá-lo: o método. Como a finalidade do trabalho é conseguir uma limitação da intervenção penal aos crimes que afetam a propriedade privada o caminho metodológico selecionado fora o método dialético e o método do materialismo histórico com o marco teórico na sociologia de Karl Marx. É por meio deste fundamento teórico que se embasará as análises críticas acerca da estruturação dogmática aos crimes patrimoniais.

O método dialético fora essencial para se compreender o próprio objeto. A importância do primeiro capítulo está na análise do objeto (investigação e exposição da propriedade privada). Desenvolve-se um estudo sobre os elementos que formam a essência do objeto – propriedade privada, quais sejam: a unidade dialética entre capital e trabalho. Da mesma forma, verificou-se as contradições inerentes à propriedade privada como responsáveis pela sua constituição. Estas contradições foram evidenciadas nos estudos sobre o estranhamento da coisa, o estranhamento da essência humana, o estranhamento da atividade produtiva e o estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano. Este conjunto de estranhamentos é responsável pela formação da propriedade privada. Portanto, o primeiro capítulo estuda o objeto – propriedade privada – por meio das contradições e elementos inerentes ao próprio objeto.

Além desta importância metodológica do primeiro capitulo, outra questão de relevância está na construção de uma análise acerca da estrutura capitalista de produção. Partiu-se do pressuposto de que a configuração da sociedade atual reflete-se na configuração do Direito Penal, o que resulta em uma relação recíproca entre o sistema social e o sistema penal. Portanto, a análise sobre a própria estrutura social fundada em bases capitalistas de produção é relevante para se compreender as consequências das adaptações deste sistema no contexto atual e seus reflexos nas normas penais que recebem a valoração da propriedade privada.

No cenário do capitalismo atual, a propriedade privada, apesar de continuar destacada enquanto núcleo central da configuração social, divide seu papel com outros elementos do sistema, como: o sistema financeiro, o mercado de capitais e o sistema de créditos. Todos estes sistemas representam o comando do Capital na sociedade atual. Percebe-se, no estudo que será evidenciado no primeiro capítulo, que estes sistemas estão estruturados de forma a

acompanharem as exigências da valorização do Capital em seu sentido global; mesmo que, para isso, capitais individuais sejam sacrificados. O que importa é a manutenção da totalidade do sistema capitalista de produção. Ora, esta valoração deve ser refletiva e acompanhada na valoração da propriedade privada a qual não pode mais obter o mesmo papel estabelecido nos primórdios do capitalismo.

Como o foco do sistema está em sua totalidade e não na individualidade dos capitais, a valoração da propriedade privada na norma penal deveria compreender que, se a função do Direito Penal é manter a identidade da sociedade, a estrutura social; a afetação da propriedade privada e do patrimônio sem apresentar um sentido social, total ou global deveria ser tratada pelo ramo jurídico propício aos conflitos de interesses privados.

Todavia, caso se mantenha estas afetações ao alcance da norma penal o que a dogmática penal poderia utilizar para limitar a intervenção punitiva neste campo? A resposta a este questionamento inicia-se na construção do segundo capítulo do trabalho o qual estabelece um estudo sobre a teoria do bem jurídico adotada, no Brasil, para os estudos tradicionalistas acerca da criminalidade patrimonial. A adoção desta teoria acaba por reduzir o papel do Direito Penal à simples proteção da propriedade privada e do patrimônio. O estudo de Franz von Liszt fora apontado para se compreender uma leitura clássica acerca desta teoria, assim como entender as origens do pensamento de orientação a fins do Direito Penal.

A análise da Filosofia Neokantiana fora construída para se compreender uma das bases da moderna tendência da dogmática penal denominada enquanto Funcionalismo teleológico-racional. A orientação a valores representa o núcleo central de tal corrente. Tentou-se demonstrar como que o dualismo metodológico da filosofia neokantiana e o relativismo axiológico podem orientar as normas penais à valoração da propriedade privada, a qual o próprio Radbruch demonstra sua redução à mera mercadoria avaliável em dinheiro.

Pois bem, tanto a leitura clássica de Liszt quanto a reação ao positivismo realizada pelos Neokantianos até as influências destas correntes no pensamento do Funcionalismo racional-teleológico foram realizadas de forma a se compreender quais são os benefícios destas correntes às ideias de materialização do injusto penal, de merecimento e de necessidade de pena enquanto critérios dogmáticos e político-criminais aptos à limitação do intervencionismo penal frente à criminalidade patrimonial.

A crítica à concepção de bem jurídico também fora exposta no segundo capítulo em torno do questionamento: A teoria do bem jurídico é adequada à realidade social, econômica e política brasileira para limitar a intervenção penal no campo patrimonial? A teoria do bem

jurídico condiz com a realidade concreta de marginalização e exclusão social que marca a história brasileira?

Dessa forma, em contraposição às ideias de bem jurídico apresentadas no segundo capítulo, tem-se o estudo, no terceiro capítulo, do *normativismo radical* de Günther Jakobs o qual também estabelece critérios à materialização do injusto essenciais para a aplicação no campo da criminalidade patrimonial. Para realizar o estudo sobre o normativismo radical fez-se necessário a análise da obra "*Princípios de Filosofia do Direito de Hegel*" a qual carrega muitos dos fundamentos de Jakobs. Fora por meio do estudo desta concepção hegeliana que se conseguiu interligar as fundamentações sociológicas de Karl Marx (demonstradas no primeiro capítulo) com a noção de funcionalidade do Direito Penal enquanto manutenção da identidade social, ou melhor, manutenção da estrutura social capitalista de produção. As ideias sociológicas de Karl Marx presentes no texto "*Debates acerca da lei sobre o furto de lenha*" podem ser transpostas ao âmbito dos estudos dogmáticos, notadamente pelo diálogo que pode se desenvolver com a concepção hegeliana a qual fundamenta o próprio *normativismo* radical.

As ideias apresentadas por Karl Marx sobre a diferenciação da essência das condutas para se determinar a medida do delito são compatíveis com a ideia de diferenciação do injusto enquanto uma ferramenta de limitação da intervenção penal no campo patrimonial. Como bem será exposto, Karl Marx esclarece que a negação da negação não reestabelece a essência do objeto, mas apenas sua realidade estranhada. Esta ideia fora transposta, de forma crítica, para a análise sobre a noção de delito e de pena tanto na concepção hegeliana quanto de Jakobs e seus discípulos. Se a pena representa uma essência estranhada, deve ser limitada. Os jogos de diálogo entre a concepção do normativismo com as ideias materialistas de Marx (notadamente no que se refere às condições reais de liberdade que foram atingidas pelo delito patrimonial e o questionamento sobre a existência de tais condições no âmbito da propriedade privada) foram desenvolvidos no sentido de legitimar o afastamento do sistema jurídico-penal à pequena criminalidade patrimonial, ou, pelo menos, o impedimento de penas privativas de liberdade.

Compreende-se como pequena criminalidade patrimonial não somente à afetação mínima à propriedade patrimonial sem violência ou grave ameaça, mas em um sentido mais amplo como as condutas que afetam a propriedade privada (como os casos de furto) e o patrimônio apenas em uma dimensão privatista/individualista sem apresentarem nenhuma danosidade social. Acrescenta-se, ainda, que estas condutas devem ser analisadas perante o contexto social em que ocorreram pois inclui-se ao âmbito da pequena criminalidade patrimonial as condutas motivadas pela própria estrutura social econômica consumista.

O conceito de pequena criminalidade patrimonial adotado por esta pesquisa deve ser relacionado com o conceito de danosidade social. Até mesmo em um sentido mais amplo do que o trabalhado por Jakobs, considera-se danosidade social, para os fins deste trabalho, enquanto negação da totalidade do Direito (e não apenas de uma norma considerada de forma isolada: uma conduta que comunica a negação de toda estrutura social e afirma uma outra organização alternativa a que está estabelecida pelo Direito). A conduta que atinge o patrimônio tem que apresentar tamanho dano social para que se legitime sua 'dignidade penal'. Caso contrário, deslegitima-se a própria funcionalidade e finalidade do Direito Penal.

Até mesmo em um sentido mais amplo do que o trabalhado por Jakobs, considera-se danosidade social, para os fins deste trabalho, enquanto negação da totalidade do Direito (e não apenas de uma norma considerada de forma isolada: uma conduta que comunica a negação de toda estrutura social e afirma uma outra organização alternativa a que está estabelecida pelo Direito). A conduta que atinge o patrimônio tem que apresentar tamanho dano social para que se legitime sua 'dignidade penal'. Caso contrário, deslegitima-se a própria funcionalidade e finalidade do Direito Penal.

Percebe-se que trabalhar-se-á com um campo que necessita dos fundamentos filosóficos, criminológicos e sociológicos críticos, pois ao se falar de crimes contra o patrimônio e ao alcançar o núcleo central no qual se encontra a propriedade privada, tem-se que compreender o que está por detrás das normas penais que envolvem um ambiente nitidamente estrutural-econômico.

Outro aspecto a ser salientado no decorrer deste trabalho refere-se ao fato de que o tema dos crimes contra o patrimônio está, muitas vezes, relacionado com a questão do valor "segurança" na configuração da sociedade atual. Entretanto, como restará demonstrado, o valor segurança não pode determinar as políticas criminais repressivas à criminalidade de rua (ou, criminalidade de flagrante) sob o risco de se legitimar enquanto um instrumento apto à seletividade social que ocorre neste setor de criminalização. O valor segurança, apesar do que a indústria miditádica constrói, está interligado a toda estrutura social e econômica regida pelo modo de produção capitalista como um sistema global. Os problemas relacionais com a segurança são, muito mais, consequências deste sistema social do que resultado, exclusivamente, da criminalidade patrimonial.

Por meio de um populismo eleitoreiro e dos meios de comunicação em massa, a criminalidade patrimonial é relacionada ao problema da insegurança social e do medo como se fosse a principal causa destes problemas. Todavia, isto não corresponde a realidade. A

maior repressão e punibilidade aos crimes contra o patrimônio não resolverá, em nada, a insegurança e o medo social da sociedade capitalista atual.

Os crimes contra a propriedade privada, principalmente o furto e o roubo, são crimes de ampla visibilidade, pois atingem a propriedade da vítima de uma forma direta em contraposição aos crimes de corrupção, econômicos e financeiros que apesar de apresentarem uma gravidade e uma potencialidade de interferir nas estruturas sociais muito superior à pequena criminalidade patrimonial, não representam a tarefa primordial do sistema jurídico-penal no Brasil.

Em resumo, pode-se afirmar que o objeto de estudo (propriedade privada) fora compreendido por meio do método dialético e do materialismo histórico, com a finalidade de se limitar a intervenção punitiva frente aos casos que afetam apenas os interesses privados da propriedade privada e uma dimensão privatista do patrimônio. A dogmática penal enquanto um instrumento apto a esta limitação pode contribuir por meio da diferenciação do injusto penal, notadamente no que se refere à distinção de condutas cujas essências são distintas, mas que são colocadas sob uma mesma norma penal e recebem uma equiparação de valoração. A materialização do injusto penal, critério dogmático obrigatório, está relacionada à análise da configuração da danosidade social enquanto dano à estrutura normativa da sociedade, em sua totalidade. Assim, ao se trabalhar no plano da conduta pode-se compreendê-la no sentido de ser ela representativa de uma danosidade social ou não. Neste último caso, deslegitima-se a intervenção do Direito Penal.

CAPÍTULO 1 CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE E SEU REFLEXO NA VALORAÇÃO DO PATRIMÔNIO

1.1 Contextualização do problema

O grande diferencial da pesquisa intitulada "*Desafios da Dogmática Penal frente aos Crimes Patrimoniais na realidade socioeconômica Brasileira*" está na depuração dos crimes patrimoniais. Qualquer discussão neste setor de criminalização pressupõe, necessariamente, uma depuração de seu alcance e abrangência para diferenciar o injusto característico dos crimes patrimoniais. Tem-se que analisar os tipos penais desta categoria, até se chegar aos crimes patrimoniais puros. Neste ponto, focar-se-á na pequena criminalidade patrimonial e analisar-se-á as diversas diferenciações do injusto que ocorrem neste contexto. Assim, com a abertura teórica da dogmática penal aos postulados criminológicos e político-criminais, pretender-se-á propor alternativas à política criminal legislativa, caso se mantenha a pequena criminalidade patrimonial ao alcance do Direito Penal, ou seja, caso não haja condições materiais para a efetivação de propostas descriminalizadoras aos crimes patrimoniais puros.

Os estudos serão realizados no plano da norma penal e apresentarão, como objeto central, a norma primária e suas valorações. Assim, trabalhar-se-á no plano normativo, com a devida abertura ao ambiente socioeconômico que se reflete na norma penal, com o intuito de apontar, no trabalho, contribuições no plano prático, seja por meio de políticas criminais legislativas, seja por meio de critérios de interpretação e aplicação das normas penais. Os principais instrumentos para se alcançar estes objetivos serão as análises sobre o merecimento de pena e a necessidade de pena.

Percebe-se que a presente proposta de pesquisa pretende discutir como traduzir considerações econômicas, sociológicas, filosóficas, criminológicas, que se encontram na base das opções político-criminais, na própria criação das normas penais e na proteção de suas valorações, com o intuito de construir critérios limitadores à incriminação excessiva e à seletividade penal.

No que tange à elevada quantidade de aprisionamentos por crimes contra o patrimônio, o destaque e importância deste trabalho será realizar uma diferenciação do injusto diante dos elevados números de condenações por crimes patrimoniais.

Discutir-se-á as formas pelas quais a estruturação das normas penais ao lado da dogmática penal (e sua abertura teórica à Criminologia e à Política Criminal) possa solucionar o grave problema neste setor de criminalização excessiva e de seletividade social. A

complexidade da pesquisa está na própria análise da regulamentação das normas penais (que definem os comportamentos delitivos) e nos estudos diante dos critérios de merecimento de pena e de necessidade de pena, em conjunto com a análise da danosidade social da conduta praticada, pelos quais se pretende apontar alternativas de políticas criminais legislativas, principalmente no âmbito de interpretação e aplicação da normal penal.

Em suma, trata-se de um assunto de grande complexidade, passível de muitas discussões, e pouco estudado. São raras as obras e os estudos acadêmicos que se prontificam a analisar a diferenciação do injusto no âmbito dos crimes patrimoniais puros e de sua regulamentação e estruturação de acordo com a análise da realidade socioeconômica brasileira, para tentar minimizar os problemas sofridos pela sociedade em decorrência da crise das instituições do sistema penal e da problemática dos elevados índices carcerários, em decorrência da condenação ou da acusação pela prática de crimes patrimoniais.

1.2 Estudo sobre as bases estruturais da sociedade atual e seu reflexo na configuração do Direito Penal

Karl Marx, em seu texto "*Benefícios secundários do crime*"[1], afirma que o criminoso não somente produz a criminalidade; mas também a lei criminal, o professor de direito, os livros que contêm as ideias criminais, os cursos de análise da lei criminal, da criminalidade. Percebe-se que a criminalidade forma mais um setor transformado em mercadoria no mercado.[2] Acrescenta-se que:

> No mais, o criminoso produz todo aparelho policial, assim como, a administração da justiça, detetives, juízes, júri, etc. todas essas profissões diferentes que do mesmo modo constituem categorias na divisão social do trabalho, desenvolvendo as habilidades diversas do espírito humano, criando novas necessidades e novos meios de satisfazê-las. A tortura, por exemplo, permite a invenção de técnicas muito engenhosas, empregando uma multidão de honestos trabalhadores na produção desses instrumentos. O criminoso produz uma impressão tanto moral, quanto trágica, assim, presta um "serviço" picante aos vivos sentimentos morais e estéticos do público. Ele não produz somente os livros de direito criminal, a lei criminal, assim como seus legisladores, mas, também, a arte, a literatura, os romances e os dramas trágicos.[3]

O delinquente representaria um papel importante na proteção da vida burguesa com a interrupção de sua própria estagnação. O sistema capitalista de produção necessita de estar em constante modificação e adaptação e a criminalidade acaba por colaborar com esta tarefa.

---

1 MARX, Karl. Benefícios secundários do crime. **Panóptica:** Direito, Sociedade e Cultura, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 302-303, dez. 2014. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/vie/353/376>. Acesso em: 18 out.2015.

2 Ibid. "Ele resulta num crescimento dos bens materiais, sem contar o lucro que o autor retira do dito livro."

3 Ibid.

Compreende-se, portanto, que as concepções de Karl Marx, as quais serão utilizadas para a formação do marco teórico sociológico deste primeiro capítulo, demonstram a *funcionalidade* do delinquente, da criminalidade e da lei penal frente à manutenção da identidade da sociedade capitalista, isto é, da estrutura social. Nas palavras de Marx:

> O criminoso interrompe a monotonia e a segurança da vida burguesa. Ele a protege assim contra a estagnação e faz emergir esta tensão à flor da pele, esta mobilidade e o espírito, sem o qual o estímulo da competição seria mais estreito. Dá assim um novo impulso às forças produtivas. O crime retira do mercado de trabalho uma porção excedente da população, diminui a competição entre os trabalhadores e até, em certo limite, põe um freio à diminuição dos salários. A guerra contra o crime, por sua vez, absorve uma outra parte dessa mesma população. O criminoso aparece assim como uma dessas "forças equilibrantes" naturais que estabilizam uma justa balança e abrem as portas de muitas ocupações ditas "úteis".[4]

Desse modo, a análise do sistema jurídico-penal no âmbito dos crimes contra o patrimônio, em específico da dogmática penal, será realizada com vista às interações que ocorrem entre criminalidade patrimonial e o desenvolvimento das forças produtivas. Na perspectiva de Karl Marx a criminalidade patrimonial, por exemplo, colabora com o desenvolvimento de novos meios de ataque à propriedade. Assim, impulsiona a invenção de novos meios de defesa da propriedade privada de maneira a se produzir grandes invenções da maquinaria industrial aptas à realização desta defesa. Move-se, então, todo um setor industrial e de segurança privada. A criminalidade patrimonial, em última instância, acaba por ser funcional e 'útil' ao próprio sistema.[5] Portanto, "[...] o dia em que o 'mal' desaparecer, a sociedade se corromperá, caso não venha a desaparecer!"[6]

Demonstrar-se-á, neste capítulo, como a configuração da sociedade atual reflete-se na configuração do Direito Penal, notadamente no âmbito das normas penais relacionadas com a propriedade privada e com o patrimônio. Não se pode estudar estes objetos da norma sem se reconhecer suas ligações com a estrutura econômica da sociedade. Não se consegue compreender qual é o significado do injusto se não se reconhecer a ligação existente entre patrimônio e propriedade privada com os outros elementos da estrutura econômica clássica do capitalismo, quais sejam: o capital e o trabalho. É a partir do entendimento destes conceitos clássicos e da compreensão de suas modificações na configuração atual da sociedade que se

---

4 MARX, Karl. Benefícios secundários do crime. **Panóptica:** Direito, Sociedade e Cultura, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 302-303, dez. 2014. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/vie/353/376>. Acesso em: 18 out.2015.

5 Ibid. Acrescenta-se: "Será que a profissão de serralheiro teria atingido tal grau de perfeição se não fosse por causa dos ladrões? Será que a fabricação dos cheques bancários teria atingido tal grau de excelência se não fosse pelo gatuno? Será que o microscópio teria penetrado com tal eficácia no mundo comercial se não ocorresse todo dia a falsificação da moeda? O desenvolvimento da química aplicada, se não houvesse a falsificação de mercadorias, teria tamanho esforço honesto?"
"Não somente o crime é normal, mas é fácil provar que há nele boas utilidades."

6 Ibid. Deixando o domínio do crime privado, tomando o mercado mundial, será que as nações mesmo existiriam, se não fosse o fato dos crimes nacionais? A árvore do mal não é a mesma árvore do saber dos tempos de Adão?

pode verificar a valoração que o patrimônio e a propriedade privada recebem e para a qual a norma penal se orientar.

Defender a limitação da intervenção punitiva à criminalidade patrimonial, com o uso da própria dogmática penal, acaba por enfrentar a própria funcionalidade da criminalidade patrimonial ao sistema de produção dominante. Muito mais do que uma afetação à base nuclear da sociedade capitalista (propriedade privada), o problema real da criminalidade patrimonial vincula-se a esta utilidade da criminalidade ao próprio sistema. Entretanto, um setor de criminalização que lida, de forma concreta, com a seletividade social não pode ser ofuscado ou esquecido pelos estudiosos do direito penal, sendo tarefa primordial a busca de instrumentos dogmáticos aptos a conseguirem, mesmo que de forma mínima, uma limitação da intervenção penal neste campo.

Além do mais, o sistema social utiliza da criminalidade patrimonial como uma das responsáveis pela insegurança social e pelo medo, características essências da configuração da sociedade atual. Apresenta-se, então, mais uma funcionalidade da criminalidade de rua perante os discursos do sistema na atualidade, de forma a ocultar as reais causas estruturais de tamanha insegurança e medo social.

Teorias sociológicas da atualidade, como a de Ulrich Beck, demonstram uma passagem da sociedade industrial à sociedade de risco. O centro da questão torna-se os riscos e os efeitos da modernização.[7] Ulrich Beck afirma que a "[...] modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social."[8] Esta nova configuração social, segundo Beck, representa "[...] o fim dos 'outros', o fim de todas as possibilidades de distanciamento: A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear."[9] Neste sentido, encontra-se a novidade da força cultural e política da sociedade atual: "[...] sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade."[10] Pois bem, não se pode negar o papel que o sentimento do *medo* apresenta na sociedade global, ao lado da insegurança, da percepção dos riscos e dos perigos. Também não se nega a influência que têm as teorias da sociedade de risco em relação à configuração do Direito Penal.[11]

Todavia, em sentido contrário ao Beck, não se pode ofuscar as características de segregação perante os 'outros' que ainda se fazem presentes, da mesma forma que não se

---

7 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 11.

8 Ibid., p. 13.

9 Ibid., p. 7.

10 Ibid.

11 Cita-se, como exemplo: SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

verifica, notadamente na realidade de países de economia dependente, o fim das possibilidades de distanciamento e diferenciações. Outro ponto a se observar é que a violência do *perigo*, tão discutida, parece ser mais um efeito da estrutura social a qual, em si, já representa a violência.

Por isso, neste capítulo, serão analisadas algumas causas da configuração da sociedade atual, e não apenas uma descrição de efeitos. O foco não será as características da sociedade de risco, mas sim a própria estrutura da sociedade capitalista a qual ainda se faz determinante no cenário global. Apesar das características assinalavas pelas teorias da sociedade de risco contribuírem, e muito, para a configuração do Direito Penal, será proposta, neste capítulo, uma análise do por que desta contribuição.

Tem-se que compreender o caráter problemático da reprodução desse sistema social e suas interferências no sistema jurídico-penal. As relações socioeconômicas fundamentais ainda são constituídas, na sociedade atual, por uma assimetria de poder, ou seja, os indivíduos interagem-se por meio de relações assimétricas de poder entre proprietários e não proprietários, e entre ambos e o Estado. Estas relações assimétricas são absorvidas pelo sistema jurídico-penal, principalmente no campo dos crimes patrimoniais tradicionais e do Direito Penal Econômico.

Adotar-se-á, nesta pesquisa, o método do materialismo histórico pois se analisará a base estrutural da sociedade para se compreender os reflexos que esta base proporciona na configuração do Direito Penal. Do mesmo modo, utilizar-se-á o método dialético no sentido de contrapor as propostas no âmbito da regulamentação e da estruturação das normais penais que configuram os crimes patrimoniais, até se chegar a uma proposta adequada ao modelo socioeconômico brasileiro.

O método dialético insere-se no mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao objeto a ser estudado e da mudança dialética que ocorre no sistema social. Assim, pretende-se analisar o objeto desta pesquisa (isto é, as normas penais que configuram os delitos patrimoniais) a partir dos elementos que o compõe, elaborando-se novos conceitos e raciocínios a partir das características do próprio objeto.

Pode-se apresentar como características da dialética as seguintes[12]: a) Tudo se relaciona: Assim, as normas penais dos crimes patrimoniais não podem ser compreendidas de forma isolada, sem se compreender a própria sociedade na qual elas estão inseridas. b) Tudo se transforma: As normas penais que estruturam os crimes patrimoniais não são normas eternas e

[12] POLITZER, Georges; BESSE, Guy; CAVEING, Maurice. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hermus, 1970.

imutáveis. Devem acompanhar as mudanças da configuração do sistema social. Verifica-se, hoje, uma urgência em se analisar novas propostas dogmáticas neste âmbito de intervenção penal. c) Mudança qualitativa: A partir de pequenas mudanças quantitativas pode-se alcançar uma grande mudança qualitativa. Com a aplicação de novas propostas à dogmática penal no campo patrimonial, pode-se modificar a realidade deste setor de criminalidade; d) Luta dos contrários: Analisar-se-á as contradições internas, no âmbito das normas penais, e externas (relação das normas penais patrimoniais com a sociedade) dos crimes patrimoniais. Assim sendo, por meio da lógica dialética analisar-se-ão os conceitos da dogmática penal como conceitos concretos extraídos de estruturas históricas.

Como bem aponta Michael Miaille[13], aplicar a lógica dialética nos estudos do Direito é destruir com ideias de que o Direito é um domínio prático e técnico em que a dialética não teria lugar. É de suma importância, então, construir os estudos jurídico-penais por meio da dialética, não apenas na formulação dos conceitos dogmáticos, mas também em suas aplicações.

Portanto, por meio deste caráter metodológico ter-se-á a exposição e a investigação do objeto (crimes patrimoniais) de forma orientada aos fins previstos (construir uma ideia de diferenciação do injusto na categoria dos crimes patrimoniais como forma de limitar os equívocos na dogmática penal neste âmbito). O primeiro capítulo deste trabalho terá como referencial teórico principal a teoria de Karl Marx, a qual esclarece alguns pontos da configuração da sociedade, não por meio de estudos voltados apenas aos efeitos e às características desta configuração, mas sim por meio de análises sobre a própria construção desta sociedade, de suas bases e suas ligações com as transformações históricas da Economia.

Karl Marx, na *introdução* à "Crítica da Filosofia do Direito de Hegel", afirma que "[...] a exigência de que se abandonem as ilusões acerca de uma condição é a exigência de que se abandone uma condição que necessita de ilusões."[14] Dessa forma, procurar-se-á demonstrar, neste capítulo, que as normas penais dos crimes patrimoniais estão inseridas em um contexto que necessita da criação de ilusões. Em outras palavras, a relação das normas penais, neste campo de intervenção penal, com a base estrutural da sociedade apresenta a exigência de criação de ilusões para se manter a própria configuração social.

De acordo com Karl Marx, o objeto da crítica é seu inimigo, que ela não quer refutar, mas destruir. Assim, "[...] a crítica para si não necessita de ulterior elucidação desse objeto,

---

13 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa. 2005. p. 186.
14 MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 146.

porque já o compreendeu."[15] A crítica não se apresenta mais como um fim em si, mas apenas como meio. Seu *pathos* essencial é a indignação, seu trabalho essencial, a *denúncia*.[16] Neste sentido, e partir desta visão sobre a crítica em relação a um objeto, pode-se afirmar que a crítica, composta neste primeiro Capítulo, apresentar-se-á como um meio para se chegar ao fim de denunciar a equivocada configuração atual da dogmática penal nos crimes patrimoniais e, assim, propor uma opção a tal configuração diante dos estudos sobre a diferenciação do injusto.

Ainda sobre a crítica, Karl Marx explica que "[...] trata-se de retratar uma pressão sufocante que todas as esferas sociais exercem umas sobre as outras, uma irritação geral, passiva, uma estreiteza que tanto reconhece como ignora a si mesma."[17] Dessa forma, estas irritações que ocorrem entre as esferas sociais alcançam à configuração do Direito Penal, sendo necessário entender em que medida estas interações recíprocas acontecem. Para Karl Marx, "[...] é preciso tornar a pressão efetiva ainda maior, acrescentando a ela a consciência da pressão, tornando-a pública."[18] Assim, pretende-se evidenciar não apenas que há irritações entre as diversas esferas sociais, mas também a causa destas irritações para que se chegue à consciência das pressões existentes e que seja possível torná-las públicas. Para isso, faz-se essencial compreender o papel que o pensamento possui perante a realidade:

> A teoria só é efetivada num povo na medida em que é a efetivação de suas necessidades. Corresponderá à monstruosa discrepância entre as exigências do pensamento alemão e as respostas da realidade alemã a mesma discrepância da sociedade civil como Estado e da sociedade civil consigo mesma? Serão as necessidades teóricas imediatamente necessidades práticas? Não basta que o pensamento procure se realizar; a realidade deve compelir a si mesma em direção ao pensamento.[19]

Diante destes aspectos sobre teoria e práxis, as bases teóricas desenvolvidas neste capítulo serão necessárias para se entender o problema prático dos crimes patrimoniais, assim como mencionar possíveis soluções teóricas na dogmática penal (políticas criminais de natureza legislativa) que poderão chegar à prática, notadamente se implementadas na interpretação e aplicação das normas penais pelos juízes e tribunais (política criminal judicial). Afinal, a diminuição da criminalidade patrimonial é de interesse da própria realidade social.

---

15 MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2005.
16 Ibid.
17 Ibid., p. 147.
18 Ibid., p. 148. Complementa Karl Marx diante da sociedade alemã de sua época: "É preciso retratar cada esfera da sociedade como parte vergonhosa da sociedade alemão, forçar essas relações petrificadas a dançar, entoando a elas sua própria melodia."
19 Ibid., p. 152.

Portanto, é por meio do estudo teórico sobre a sociedade que será possível compreender os motivos das pressões e irritações que ocorrem no sistema social, e chegar à consciência destas as quais refletem-se na configuração do Direito Penal. Dessa forma, pode-se encontrar soluções dogmáticas as quais respondem, de forma adequada, as necessidades prático-sociais.

Karl Marx ao analisar o desenvolvimento da atividade abstrata do pensamento, na Alemanha, em contraposição ao desenvolvimento prático, afirmou que a Alemanha compartilhou as *dores* do desenvolvimento abstrato do pensamento sem compartilhar seus *prazeres*, das satisfações parciais: "À atividade abstrata, por outro lado, corresponde o sofrimento abstrato, por outro."[20] De tal modo, questionou: "Haverá algum país no mundo que participe tão ingenuamente de todas as ilusões do regime constitucional sem compartilhar das suas realidades como a chamada Alemanha Constitucional?"[21] E, ainda, analisou que os governos alemães, devido às condições da época, procuraram "[...] combinar as deficiências civilizadas do mundo político moderno, de cujas vantagens não desfrutamos, com as deficiências bárbaras do antigo regime, de que fruímos plenamente."[22]

O que Marx ponderou em relação à Alemanha, em sua época, pode lembrar, claro que com as devidas particularidades, alguns aspectos na sociedade brasileira. Ou seja, procura-se combinar, na realidade brasileira, as deficiências civilizadas do mundo político moderno e as ilusões constitucionais (como por exemplo, a previsão do rol dos direitos sociais em nossa Constituição Federal, mas que na prática social não são desfrutados) com as deficiências bárbaras do antigo regime *colonial*, e que até nos dias de hoje, são verificadas, notadamente no que tange à sociedade de latifundiários, aos grandes proprietários de terras, à economia de exportação, ao trabalho escravo ainda presente e às determinações na economia, na política e no Judiciário vindas dos países centrais e das Organizações Internacionais, como o Banco Mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

Pois bem, neste primeiro capítulo, será explicada, então, que a configuração da sociedade atual resulta da configuração da sociedade burguesa, sendo importante conhecer os elementos e as raízes desta configuração para se entender alguns reflexos na configuração da sociedade atual e no próprio Direito Penal.

---

[20] MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 153.
[21] Ibid.
[22] Ibid.

1.3 Materialismo Histórico

O presente trabalho propõe-se a analisar a diferenciação do injusto nos crimes patrimoniais como uma forma de limitar os equívocos encontrados na dogmática penal atual. Este é o fim deste trabalho, mas para alcançá-lo a escolha de método adequado faz-se necessária. Como se parte da ideia de que a configuração da sociedade atual reflete-se na configuração do Direito Penal[23], a escolha de um método que se preocupa com a formação da base estrutural de nossa sociedade é essencial para compreender a configuração da dogmática penal dos crimes patrimoniais e a importância de se diferenciar o injusto.

Então, o método escolhido para a análise que este trabalho se propõe é o método do materialismo histórico. Analisar-se-á, neste momento, os elementos fundantes de uma concepção materialista da história para que a partir desta concepção possa-se demonstrar a configuração da sociedade atual. Karl Marx e F. Engels, na obra *A ideologia alemã*, expõem, com clareza, os principais elementos a partir dos quais se têm as bases para o método do materialismo histórico. Passar-se-á a apresentá-los.

Em primeiro lugar, cabem alguns apontamentos sobre o tema da liberdade o qual será muito discutido no decorrer deste trabalho, notadamente no estudo de correntes da dogmática penal que apresentam um viés estritamente jurídico da liberdade, sendo importante ressaltar, neste momento, o lado sociológico deste tema. Para Marx e Engels, a libertação é um ato histórico e não um ato de pensamento, e é ocasionada por condições históricas, pelas condições da indústria, do comércio, da agricultura, do intercâmbio.[24] Pode-se compreender, portanto, que a liberdade está condicionada pelos modos de produção, e se assim o é, também o Direito estará condicionado, a considerá-lo uma das determinações da liberdade.[25] Deste modo, é importante entender o próprio funcionamento do modo de produção que irá condicionar a liberdade e o Direito.

Apresenta-se a ideia de que o mundo sensível não é uma coisa dada imediatamente por toda a eternidade e sempre igual a si mesma, mas sim o produto da indústria e do estado de coisas da sociedade. [26] Pode-se afirmar que o mundo sensível, sobre o qual os estudos teóricos estão voltados, é um produto histórico. E deve ser analisado enquanto um produto da história.

---

[23] Prof. Fernando Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (05/05/2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

[24] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

[25] Sobre esta concepção que trabalha com o Direito enquanto uma determinação da liberdade tem-se o respaldo na teoria hegeliana, notadamente na obra Princípios da Filosofia do Direito de Hegel, a qual será analisada no terceiro Capítulo deste trabalho.

[26] Ibid., p. 136.

Por conseguinte, o Direito como parte do mundo sensível também é um produto histórico e deve ser compreendido enquanto tal.

Neste sentido, a indústria e o comércio, a produção e o intercâmbio das necessidades vitais condicionam a distribuição, a estrutura das diferentes classes sociais e são, por sua vez, condicionadas por elas no modo de seu funcionamento.[27] Tem-se, neste ponto, um elemento importantíssimo para o método do materialismo histórico: A indústria, o comércio, a produção e a troca das necessidades vitais condicionam a forma como se dará a distribuição dos bens em uma dada sociedade, assim como condicionarão a configuração das classes sociais. Mas isto ocorre diante de um movimento de reciprocidade e com permanentes contradições, pois a própria indústria, o próprio comércio, a própria produção e sua troca também serão condicionados pela estruturação de classes, em um processo dialético. Diante destas várias relações dialéticas que ocorrem no sistema social, o Direito Penal não pode ser compreendido de forma isolada, mas sim em constante interação com estas relações.

Para o método do materialismo histórico, deve-se apreender o ser humano como atividade sensível, em suas condições de vida existentes, que fizeram dele o que ele é. Deve-se compreender, então, o ser humano como ativo, realmente existente. As relações humanas e as condições de vida atuais precisam ser conhecidas sem idealizações ou abstrações. O mundo sensível, segundo o materialismo histórico, é a atividade sensível dos indivíduos que o constituem.[28]

Considera-se, então, a força de produção como o primeiro pressuposto do desenvolvimento histórico do ser humano, ou seja, da existência humana, da existência histórica. Assim, para Marx e Engels, o primeiro pressuposto da existência humana é o "[...] pressuposto de que os homens têm de estar em condições de viver para poder fazer história. Para viver, precisa-se de comida, bebida, moradia, vestimenta."[29] Por conseguinte, o primeiro ato histórico será a produção dos meios materiais para a satisfação das necessidades humanas.

---

[27] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 137.

[28] Ibid., p. 138.
Diante destes postulados, Marx e Engels realizam uma crítica à Feuerbach, o qual apreende o homem apenas como objeto sensível e não como atividade sensível [...] não concebe os homens em sua conexão dada, em suas condições de vida existentes, que fizeram deles o que eles são, ele não chega nunca até os homens ativos, realmente existentes, mas permanece na abstração e não vai além de reconhecer no plano sentimental o homem real, individual, isto é, não conhece quaisquer outras relações humanas do homem com o homem que não sejam as do amor e da amizade idealizadas. Não nos dá nenhuma crítica das condições de vida atuais. Não consegue nunca conceber o mundo sensível como a atividade sensível dos indivíduos que o constituem.

[29] Ibid. p. 139.
Nas palavras de Marx e Engels: O primeiro ato histórico é a produção dos meios para a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material. Isto é um ato histórico. Uma condição fundamental de toda a história que tem de ser cumprida diariamente, e cada hora, simplesmente para manter os homens vivos.

O segundo momento da análise do desenvolvimento histórico do ser humano refere-se ao fato de que a construção dos meios de satisfação das necessidades essenciais, conduz, de forma constante, a produção de novas necessidades. A produtividade aumentada acaba gerando um incremento das necessidades. Soma-se a esta situação o terceiro momento importante da existência histórica do ser humano, qual seja: as relações entre os seres humanos entre si, notadamente na formação da família, e na organização da cooperação entre vários indivíduos. Portanto, entende-se que com as necessidades intensificadas criam-se novas relações sociais, as quais tornam-se cada vez mais complexas. Pode-se ponderar, então, que esses três momentos coexistiram desde os primórdios da história da humanidade, e continuam presentes na configuração da sociedade atual.

Transplantando esta análise para a configuração da sociedade atual, ainda se percebem presentes estes três momentos (produtividade, necessidades, relações sociais) da constituição histórica da humanidade descritos por Marx e Engels. A complexidade, notadamente, destes momentos é elevada na sociedade globalizada. Perante a análise dos meios de produção e do modo de produção adotado na realidade, verifica-se que quanto maior produtividade se tem no capitalismo mais necessidades são geradas pelo mercado, o que intensifica, cada vez mais, as relações sociais entre as pessoas, não só individuais, mas também corporativas. Esta configuração cuja base constitutiva apresenta-se nestes momentos descritos reflete-se de forma nítida na complexidade da configuração do direito penal, e na exigência que este recebe em apresentar respostas aos conflitos sociais oriundos da própria complexidade da coexistência atual destes momentos explicados.

Em continuação com os elementos fundantes do método do materialismo histórico, acrescenta-se, ainda ao momento constituído pelas relações sociais, que um determinado modo de produção ou uma determinada fase industrial estão sempre vinculados a um determinado modo de cooperação ou a uma determinada fase social.[30] Marx e Engels explicam que o modo de cooperação é uma força produtiva, e a soma de forças produtivas condicionam o Estado social. "Portanto, a história da humanidade deve ser estudada e elaborada sempre em conexão com a história da indústria e das trocas."[31]

Assim, compreende-se, então, que um determinado modo de relação social ou de cooperação está ligado ao modo de produção material. Nas palavras de Marx e Engels, a fase industrial está ligada a fase social. Pode-se entender que as diversas forças produtivas condicionam a configuração social. Com vistas à sociedade atual, esta visão é perfeitamente

---

[30] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 141.

[31] Ibid.

válida, pois é perceptível que as complexas relações sociais atuam como complexas forças produtivas determinando a própria organização social atual. Por exemplo, as relações entre diversas corporações mundiais, até mesmo organizações internacionais (como o Banco Mundial, OCDE), enquanto forças produtivas, condicionam a própria atuação dos Estados, notadamente, no campo jurídico-penal.

Portanto, as relações sociais contemporâneas não podem ser analisadas de forma separada da concepção de forças produtivas. Se a história da humanidade deve ser estudada e elaborada sempre em conexão com a história da indústria e das trocas, assim também deve ser realizado o estudo do Direito, notadamente do Direito Penal. Se se pretende observar, neste trabalho, a diferenciação do injusto no âmbito dos crimes patrimoniais, tem-se que compreender qual o significado os injustos patrimoniais têm na sociedade da indústria e das trocas, em termos atuais, e qual a valoração que estes injustos possuem em uma sociedade marcada pelo domínio do mercado global.

A conexão materialista entre os seres humanos é uma "[...] conexão que depende das necessidades e do modo de produção, representa uma conexão que assume novas formas e que apresenta assim uma história."[32] É com base nesta conexão materialista entre os seres humanos que este trabalho procura a compreensão das relações sociais pautadas na propriedade privada e o Direito Penal.

Perante os momentos da constituição da história da humanidade, acrescenta-se, ainda, o quarto momento, qual seja: a *consciência*. Segundo Marx e Engels, "[...] o espírito está determinado pela matéria que se manifesta sob a forma de linguagem."[33] Assevera-se que a linguagem é a consciência real do indivíduo e tanto a linguagem quanto a consciência nascem da necessidade de intercâmbio da produção, sendo ambas produtos sociais. Em suma, considera-se que a "[...] linguagem é o elemento do próprio pensar, o elemento da externação de vida do pensamento, e, por isso, é de natureza sensível."[34]

A "[...] consciência universal é apenas a figura teórica daquilo de que a coletividade real, o ser social, é a figura viva, ao passo que hoje em dia a consciência universal é uma abstração da vida efetiva e como tal se defronta hostilmente a ela."[35] Assim sendo, entende-se

---

32 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

33 Ibid.
Nas palavras de Marx e Engels: "A linguagem é tão antiga quanto a consciência – a linguagem é a consciência real, prática, que existe para os outros homens e que, portanto, também existe para mim mesmo; e a linguagem nasce, tal como a consciência, do carecimento, da necessidade de intercâmbio com outros homens. A consciência já é um produto social e continuará sendo enquanto existirem homens. A consciência é antes de tudo a mera consciência do meio sensível mais imediato e consciência do vínculo limitado com outras pessoas e coisas exteriores ao indivíduo que se torna consciente."

34 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 109.

35 Ibid., p. 107.

que a atividade da consciência universal é a existência teórica enquanto ser social. Nesta perspectiva, a consciência genérica do ser humano confirma sua vida social real e "[...] apenas repete no pensar a sua existência efetiva, tal como, inversamente, o ser genérico se confirma na consciência genérica, e é, em sua universalidade como ser pensante, para si."[36]

Pode-se compreender, então, que o ser humano é totalidade na totalidade ideal e na efetividade, ou seja, na existência subjetiva da sociedade *pensada e sentida para si*, na efetividade, "[...] tanto como intuição e fruição efetiva da existência social, quanto como uma totalidade de externação humana de vida."[37] Neste sentido, o pensar e o ser são distintos, entretanto jamais podem ser considerados de forma isolada, o pensar e o ser estão, ao mesmo tempo, em unidade mútua. Esta análise será importante quando formos analisar, em capítulo futuro, como se constitui a vontade objetiva para *Hegel,* com a unidade do querer e do pensar.

Apresentou-se todos os momentos integrantes da existência da humanidade: força de produção, Estado social, consciência. Soma-se, por último, a divisão social do trabalho. Dessa forma, a produtividade aumentada que resulta no incremento das necessidades, também acentua a divisão do trabalho. Todos estes elementos relacionam-se e apresentam contradições. Marx e Engels esclarecem que:

> Esses momentos – força de produção, estado social, consciência, - podem e devem entrar em contradição entre si, porque com a divisão do trabalho está dada a possibilidade, e até a realidade, de que as atividades, de que a fruição e o trabalho, a produção e o consumo caibam a indivíduos diferentes, e a possibilidade de que esses momentos não entrem em contradição reside somente em que a divisão do trabalho seja novamente suprassumida.[38]

Para os fins deste Capítulo, o que aqui interessa, é que com a divisão do trabalho está dada a realidade contraditória em que as atividades, a fruição e o trabalho, assim como a produção e consumo caibam a indivíduos diferentes, estabelecendo-se, assim, os papéis sociais que os indivíduos têm na sociedade em que estão inseridos. Nos Capítulos futuros, a concepção normativa da dogmática penal será de grande relevância para os fins últimos deste trabalho, com a análise dos critérios de imputação e dos papéis sociais propostos pela teoria de Günther Jakobs e alguns de seus discípulos (como, por exemplo: Polaino-Orts, Pawlik, Caro John). Todavia, neste presente capítulo de ordem sociológica, é relevante estudar algumas críticas sociológicas sobre esta distribuição dos papéis sociais que influenciam na configuração da dogmática penal moderna.

---

36 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 108.
37 Ibid.
38 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 143.

Marx e Engels explicam que quando é dada a distribuição desigual do trabalho e de seus produtos, é dada a propriedade, "[...] que já tem em seu embrião, sua primeira forma, na família, onde a mulher e os filhos são escravos do homem."[39] A escravidão é estabelecida, nesta linha de pensamento, como a primeira forma de propriedade a qual corresponde, já à definição dos economistas clássicos, ao poder de dispor da força de trabalho alheia.[40]

Ora, a ligação entre divisão do trabalho e propriedade privada é nítida. Para Marx e Engels, divisão do trabalho e propriedade privada são expressões idênticas. "[...] Numa é dito com relação à própria atividade aquilo que noutra é dito com relação ao produto da atividade."[41] Salienta-se que com a distribuição do trabalho, "[...] cada um passa a ter um campo de atividade exclusivo e determinado, que lhe é imposto e no qual não pode escapar, o indivíduo é caçador, pescador, crítico, e assim deve permanecer se não quiser perder seu meio de vida."[42]

Este fragmento de Marx e Engels é importante para apresentar uma crítica sociológica à questão de papéis sociais, que já fora mencionada anteriormente, e a atuação do Direito Penal quando há alguma violação destes papeis estabelecidos para os indivíduos. As tendências modernas da dogmática penal que trabalham com a questão de papeis sociais serão explicadas e analisadas em capítulo oportuno. Neste ponto, cabe apenas ressaltar o que há por detrás da configuração destes papeis sociais, cuja gênese pode estar interligada com os estudos sobre a divisão social do trabalho. Assim como o trabalho é distribuído e cada indivíduo passa a atuar em um campo exclusivo e determinado que lhe é imposto (ou seja, coloca-se em dúvida a real liberdade de um indivíduo na escolha de seu papel social) e no qual não pode escapar caso não queira perder seu meio de vida, o mesmo ocorre com a imposição dos papéis sociais com os quais as modernas tendências da dogmática penal vem a trabalhar.

Neste momento, cabe ressaltar o que seria o poder social que influencia na determinação dos papéis sociais: "[...] Este (poder social) é a força de produção multiplicada que nasce da cooperação dos diversos indivíduos condicionados pela divisão do trabalho".[43] O poder social é o responsável pela direção do agir e do querer dos indivíduos. Quando estes não cumprem com o querer e com o agir que lhes forem determinados pelo poder social, pode-se justificar, então, a intervenção penal. Aqui interessa apenas demonstrar que os deveres (por exemplo,

---

39 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 143.

40 Ibid.

41 Ibid., p. 144.

42 Ibid., p. 145.
De acordo com Claus Offe a hegemonia burguesa permite à classe capitalista controlar os símbolos e valores que desempenham um papel na conformação das identidades e aspirações dos membros da classe subordinada. OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 88.

43 MARX; ENGELS. op. cit., p. 145.

muito se tem discutido no âmbito do Direito Penal Econômico sobre as infrações de deveres) e os papéis sociais, não apenas no campo das responsabilidades do Direito Penal Econômico, mas também no âmbito do Direito Penal clássico, como os crimes patrimoniais, não são deveres e papéis sociais considerados de forma isolada, mas que estão inseridos dentro de uma lógica social, a qual não pode ser ignorada com base em uma liberdade abstrata.

Polaino-Orts[44], um dos representantes da moderna tendência da dogmática penal aqui apontada, estabelece que o conceito de papel social é importante para compreender um dos tipos que forma a imputação penal, qual seja, a imputação pessoal. Nos dizeres do penalista, é em função do papel social que a cada sujeito lhe corresponde administrar um segmento da realidade.[45] O titular do papel pode agir como pessoa no Direito, isto é, "[...] *cumprir seu papel*, adequando seu comportamento pessoal ao feixe de direitos e deveres inerentes" ao papel, de modo a gerir seu âmbito de organização conforme as expectativas sociais.[46] Caso, o titular do papel rompe com este, infringe expectativas normativas, legitimando-se a intervenção penal.

Em um sentido mais filosófico, pode-se apontar a explicação de Pawlik, outro representante da concepção normativista, de cunho hegeliana: se um comportamento segundo o qual o conteúdo comunicativo não possua significado de negação do Direito como ordem reguladora do comportamento, não pode segundo um juízo racional afetar a base de confiança. "Tal comportamento não é mais antijurídico, mesmo que culpável: é jurídico-penalmente irrelevante."[47] Nesta perspectiva, ter-se-á merecimento de pena se o agente descumprir com seus deveres de cidadão, com suas responsabilidades perante as condições reais de liberdade, abalando a base da confiança social.

Assim, aponta-se uma crítica, neste capítulo de ordem sociológica e não jurídica, que quando se trabalha com perspectivas dogmáticas como as assinaladas acima, deve-se ter em mente que esses deveres e papéis sociais estão interligados à estrutura social de um dado modo de produção, e que quando se descumpre com estes deveres ou papéis cria-se o risco de atingir a base de confiança erguida sob esta estrutura social. Questiona-se: se a confiança social em um modo de produção for abalada pela prática de uma conduta, esta é, então,

---

44 A análise destes representantes da concepção moderna normativista da dogmática penal e o edifício da imputação por ela construído serão adequadamente analisados em capítulo futuro. Neste primeiro Capítulo cumpre apenas salientar o viés crítico e sociológico por detrás destas concepções.

45 POLAINO-ORTS, Miguel. As quatro faces da imputação penal. Notas críticas ao conceito katiano de imputação desde uma perspectiva funcionalista (Trad. Eduardo Saad-Diniz). In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 200.

46 Ibid., p. 200-201.

47 PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em Direito Penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 102.

merecedora de intervenção penal? Este questionamento será discutido tanto em uma perspectiva sociológica quanto dogmática, e esta última será feita em capítulo oportuno.

Em uma perspectiva sociológica é nítida a ligação entre a determinação de papeis sociais e deveres por um poder social que condiciona a cooperação entre os indivíduos por meio da divisão social do trabalho. Para romper com as contradições que ocorrem na realidade das relações sociais, como bem ponderaram Marx e Engels[48], faz-se necessária uma ruptura com a própria lógica da divisão do trabalho, com a distribuição desigual do trabalho e de seus produtos e, em última instância, com as próprias relações sociais baseadas na propriedade privada.

O que se busca neste trabalho é ir além da apresentação dos estudos de ordem sociológica e encontrar uma forma de introduzi-los na dogmática penal. Indaga-se, portanto, como se pode utilizar as próprias regras do jogo jurídico-penal para limitar seus efeitos em uma realidade contraditória explicada pelas análises sociológicas? Diante desta indagação, desenvolver-se-á uma proposta de construção, na própria dogmática jurídico-penal, por meio de postulados metodológicos críticos, de critérios que propiciarão uma limitação a ela mesma e à intervenção penal enquanto estivermos inseridos em uma realidade marcada pela dualidade de divisão do trabalho e propriedade privada, uma realidade marcada por contradições.

É necessário conhecer as próprias regras do jogo jurídico-penal para poder limitá-lo enquanto ainda se estiver atado a essa realidade contraditória e desigual. Pois, ficarmos presos apenas em perspectivas ideológicas, sociológicas, antropológicas, sem realizar a transposição destas considerações críticas à estrutura jurídico-penal, não conseguiremos ir além da crítica à dogmática penal e superar algumas de suas contradições internas. Por exemplo, na configuração atual do Direito Penal, verifica-se uma realidade de expansão político-criminal a qual acaba por contradizer a própria função clássica da dogmática penal, qual seja: limitar a desenfreada intervenção penal do Estado. Ora bem, se ficarmos presos apenas nas críticas sociológicas será possível somente apresenta críticas a esta expansão penal. Ao contrário, se transplantarmos a perspectiva sociológica ao pensamento jurídico-penal poder-se-á desenvolver conceitos dogmáticos aptos a limitar tal intervenção penal, retornando a dogmática ao seu papel de origem.

O Direito por ser uma ciência social aplicada deve estar aberto às críticas sociológicas as quais serão desenvolvidas neste primeiro capítulo e, posteriormente, serão transplantadas

[48] Afirmam Marx e Engels que a forma burguesa de produção é uma forma histórica e transitória, como o era a forma feudal. Todavia, enquanto não se ultrapassa esta forma histórica e transitória, tentar-se-á entender a lógica de funcionamento da dogmática penal para poder limitá-la em sua expansão atual. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 146.

para a dogmática penal, na intenção de limitá-la. Portanto, indo além da mera apresentação da perspectiva sociológica, reconhecer-se-á os jogos que ocorrem dentro da dogmática jurídico-penal para que, por meio de sua abertura às outras ciências, seja possível construir alternativas à estruturação tradicional das normas dos crimes patrimoniais.

Assim, a perspectiva sociológica que será apresentada neste Capítulo é importante para se entender a estrutura da sociedade em que o Direito Penal está inserido, e conferir algumas causas de sua configuração. O porquê da relevância de limitar os efeitos negativos de uma dogmática penal fechada em si mesmo vem desta perspectiva sociológica que será analisada. Já os próximos Capítulos pretendem ir além desta perspectiva sociológica, adentrando no campo estritamente jurídico, para se analisar as normais penais, e contribuir, de alguma forma, à limitação da expansão político-criminal.

Restringir-se apenas ao campo sociológico sem conhecer o principal instrumento do Direito, qual seja: a norma, pode-se até mesmo ser perigoso. Dar-se-á um exemplo para melhor compreensão. Ao estudar as modernas tendências do Direito Penal (que serão analisadas em capítulo oportuno) verificar-se-á a ideia, já apontada anteriormente, de que são merecedoras de pena aquelas condutas que têm o significado comunicativo de descumprimento dos deveres de cidadão atingindo as condições essenciais de liberdade, abalando a base da confiança social.

Ora, se ficarmos presos em argumentos sociológicos os quais avaliam que os crimes patrimoniais são condutas de não proprietários que atingem o campo daqueles que são proprietários, encontra-se um argumento que, na lógica jurídica, irá legitimar a intervenção penal, em vez de deslegitimá-la. Se há não proprietários descumprindo seus deveres de não proprietários e seus papeis sociais ligados à divisão do trabalho, tem-se que a intervenção penal é merecida no campo dos crimes patrimoniais, até mesmo nos casos de insignificância ou bagatela, pois o que está em jogo não é o valor do objeto furtado ou roubado, mas sim a lógica de uma sociedade fundada em relações de propriedade privada dos meios de produção. Atinge-se, assim, a base da confiança desta sociedade. As condutas seriam, então, em uma análise superficial, merecedoras de pena.[49]

Por ser problemático o uso apenas de instrumentos da sociologia ou da filosofia é que defende-se a conjugação destes com o instrumento jurídico-penal, qual seja a norma. A base sociológica e filosófica é importante para saber o que está por detrás das regras do jogo jurídico-penal, ou melhor, o que está oculto nos conceitos tão utilizados por tendências modernas do

[49] No final deste Capítulo, demonstra-se que a pequena criminalidade patrimonial não tem tal potencialidade de abalar a base de confiança social.

Direito Penal. No caso deste trabalho, a perspectiva sociológica é relevante, em específico, para entender a valoração realizada ao patrimônio e inserida em uma norma jurídica.

Em suma, a análise sociológica será necessária para compreender como é que toda a estrutura social, que aqui se discutirá, é refletida na configuração do Direito Penal e nos estudos de dogmática penal.[50] Todavia, apenas a base sociológica não é suficiente para conter os excessos que ocorrem no âmbito da dogmática jurídico-penal, e por isso, nos capítulos futuros, ter-se-á que ir além desta base e adentrar especificamente no campo jurídico-penal e analisar a própria essência do Direito Penal qual seja: a norma.[51] É por meio desta que poder-se-á construir limites à intervenção penal excessiva nos crimes patrimoniais. Os estudos sobre a diferenciação do injusto e da motivação do agente serão as principais ferramentas para que se atinja o fim último deste trabalho.

Neste tópico sobre a metodologia já restaram demonstrados quais são os principais elementos fundantes de uma concepção materialista da histórica, concepção esta que busca explicar as formações ideais a partir da práxis material, e quais as contribuições que uma perspectiva sociológica pode conceder à dogmática penal. Além disso, cumpre acrescentar alguns pontos metodológicos também essenciais para o desenvolvimento do presente capítulo.

Faz-se necessário ficar esclarecido que, para o materialismo histórico, deve-se compreender a soma das forças de produção, dos capitais, das formas sociais de intercâmbio de cada geração para se chegar a um fundamento metodológico real. Ou seja, é essencial conhecer a base real da história. Além do mais, é preciso compreender qual é o sentido de sociedade que se trabalhará nesta pesquisa, perante este fundamento metodológico apresentado. Marx e Engels explicam que:

> A um determinado estágio de desenvolvimento das faculdades produtivas dos homens corresponde determinada forma de comércio e de consumo. As determinadas fases de desenvolvimento da produção, do comércio e do consumo correspondem determinadas formas de constituição social, determinada organização da família, das ordens ou das classes; numa palavra, uma determinada sociedade civil. A uma determinada sociedade civil corresponde um determinado Estado político, que não é mais que a expressão oficial da sociedade civil.[52]

No que tange às faculdades produtivas dos indivíduos, tem-se que "[...] os homens não são livres para escolher suas forças produtivas, pois toda força produtiva é uma força

---

50 Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (15/04/2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

51 Ibid.

52 MARX, Karl. Miséria da filosofia. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 170. Acrescenta-se que: "A forma de intercâmbio, condicionada pelas forças de produção existentes e que as condiciona é a sociedade civil; esta, como se deduz do que foi dito acima, tem por pressuposto e fundamento a família simples e a família composta – tribo [....] essa sociedade civil é o verdadeiro cenário de toda a história, e quão absurda é a concepção da história anterior que descuidava das relações reais, limitando-se às pomposas ações dos príncipes e dos Estados."

adquirida, produto de uma atividade anterior."[53] Marx e Engels salientam que cada geração depara-se com forças produtivas adquiridas pelas gerações anteriores, e, assim, cria-se na história da humanidade uma conexão: quanto mais as forças produtivas e suas relações sociais se desenvolverem, mais se afirma esta conexão enquanto história da humanidade.[54]

Todavia, as relações sociais não se deparam apenas com as relações materiais de produção, mas também com a produção espiritual de uma sociedade, na qual se pode incluir o Direito. Afirmam Karl Marx e Engels que as instituições sociais são produtos históricos, e que as relações sociais são construídas de acordo com a produção material, e, também, é a partir desta que se criam as ideias e as categorias abstratas destas mesmas relações sociais.[55] Portanto, as ideias e as categorias abstratas do Direito Penal são construídas de acordo com a produção material. Esclarece-se que,

> As ideias da classe dominantes são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual. As ideias dominantes não são nada mais do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias.[56]

A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual. Assim, entende-se que os proprietários dos meios de produção dispõem também da determinação da produção espiritual, como o Direito. Se as ideias dominantes são a expressão ideal das relações materiais dominantes, então as teorias do Direito Penal também são expressões das relações materiais dominantes que estão diante de uma unidade dialética entre *teoria e práxis*.

> [...] as ideias que dominam são cada vez mais abstratas, isto é, ideias que assumem cada vez mais a forma da universalidade. Toda nova classe que toma o lugar de outra que dominava anteriormente é obrigada para atingir seus fins, a apresentar seu interesse como o interesse comum de todos os membros da sociedade, quer dizer, expresso e forma ideal: é obrigada a dar às suas ideias a forma da universalidade.[57]

Ora, a classe de proprietários dos meios materiais por dispor também dos meios de produção espiritual, influencia na criação de normas jurídicas voltadas à regular a relação da propriedade privada e a manter estas relações, até mesmo perante a intervenção do próprio

---

53 MARX, Karl. Miséria da filosofia. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 171.
54 Ibid.
55 Ibid., p. 177.
56 Ibid., p. 156 - "[...] dominam como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e a distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época."
57 Ibid., p. 157.

Estado. Outros exemplos desta ligação entre a produção espiritual (incluindo-se o Direito) e as relações materiais dominantes, é a forma jurídica de sujeito de direitos e as categorias jurídicas de liberdade e igualdade.

Na sociedade capitalista é necessário que todos os homens sejam sujeitos de direito para permitir a realização das trocas mercantis generalizadas. No modo de produção capitalista tem-se um processo de valorização de um capital por meio de uma força de trabalho comprada no mercado como mercadoria. A mais-valia[58] é a gênese e o modo de funcionamento de todo o sistema capitalista.

Miaille explica que o salário representa apenas parte do dispêndio da força de trabalho: "A parte não paga do dispêndio da força de trabalho valoriza o capital, fazendo-o produzir um rendimento, a mais-valia, de que se apropria o proprietário do capital."[59] Neste sentido, insere-se a noção de sujeito de direito que, segundo Miaille, é indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista.[60] A troca de mercadorias exprime uma relação social (relação do proprietário do capital com proprietários da força de trabalho), escondida por relações livres e iguais provindas aparentemente da vontade dos indivíduos independentes. O modo de produção capitalista tem como condição de seu funcionamento a "atomização", a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. Esta representação toma a forma de sujeito de direito. Esta forma surge em um momento preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção.

> No esclavagismo, o escravo não é um sujeito de Direito: ele faz parte de um conjunto de bens que se encontram sob a autoridade direta do dono, bens cuja exploração não se concebe sem pôr em funcionamento a força de trabalho do escravo [...]. No feudalismo, as relações entre servos e o senhor são explicáveis não diretamente pela economia, mas por um laço de dependência pessoal, o servo

---

58 De acordo com Karl Marx: "A desvalorização relativa da força de trabalho, decorrente da eliminação ou da redução dos custos de aprendizagem, redunda, para o capital, em acréscimo imediato de mais-valia, pois tudo o que reduz o tempo de trabalho necessário para reproduzir a força de trabalho aumenta o domínio do trabalho excedente." MARX, Karl**. O capital:** crítica da economia política. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 405.
Acrescenta-se ainda sobre a mais-valia: "A taxa de mais-valia dependerá [...] da proporção existente entre a parte da jornada que o operário tem que trabalhar para reproduzir o valor da força de trabalho e o sobretempo ou sobretrabalho realizado para o capitalista. Dependerá, por isso, da proporção em que a jornada de trabalho se prolongue além do tempo durante o qual o operário, com o seu trabalho, se limita a reproduzir o valor de sua força de trabalho ou a repor o seu salário." [...] "O valor de uma mercadoria se determina pela quantidade total de trabalho que encerra. Mas uma parte dessa quantidade de trabalho representa um valor pelo qual se pagou um equivalente em forma de salários; outra parte se materializa num valor pelo qual nenhum equivalente foi pago. Uma parte do trabalho incluído na mercadoria é trabalho remunerado; a outra parte; trabalho não remunerado. Logo, quando o capitalista vende a mercadoria pelo seu valor, isto é, como cristalização da quantidade total de trabalho nela invertido, o capitalista deve forçosamente vendê-la como lucro. Vende não só o que lhe custou um equivalente, como também o que não lhe custou nada, embora haja custado o trabalho do seu operário. O custo da mercadoria para o capitalista e o custo real da mercadoria são coisas inteiramente distintas. Repito, pois, que lucros normais e médios se obtêm vendendo as mercadorias não acima do que valem e sim pelo seu verdadeiro valor." MARX, Karl. **Para a crítica da economia política:** salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes: a economia vulgar. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 164, 167.

59 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 117.

60 Ibid., p. 118.

> detentor dos meios de produção e o produtor direto não cumpre os seus tributos para com seu senhor senão em razão de uma ligação de dominação espiritual e política.[61]

No mesmo sentido, trabalha Bilharinho Naves com as categorias jurídicas de liberdade e igualdade, as quais apresentam-se de forma abstrata, ou seja, universais, sem haver condições reais para suas existências. Bilharinho Naves salienta que "[...] o indivíduo, para ser livre, se transforma em escravo, ou seja, a pessoa não tem opção de não ser livre, o capital obriga o trabalhador a ser livre, isto é, o capital disciplina esse trabalhador para que ele reconheça a própria liberdade."[62]

A exploração se dá no interior do próprio processo de produção permitindo, assim, que a mais-valia não possa ser identificada, reconhecida pelo trabalhador. "A estrutura mesma do sujeito de direito é tão somente a expressão jurídica da comercialização do homem."[63] Bilharinho Naves mostra como as categorias jurídicas impedem que as determinações do capital sejam visíveis. Dessa forma, as condições de exploração capitalista são ofuscadas pelo Direito e por suas ilusões: "[...] a extração de mais-valia, no processo de produção capitalista é encoberta pela relação jurídica de compra e venda a que se submetem, por sua livre vontade, dois sujeitos de direito formalmente iguais."[64]

Pois bem, percebe-se, com estes exemplos, a ligação entre a produção espiritual do Direito com as relações materiais dominantes. O Direito Penal, mesmo tem seus conceitos

---

61 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 117.
Karl Marx aponta, em sua obra *Manuscritos econômico-filosóficos*, algumas passagens, notadamente, de economistas da época que retratam esta questão Cabe ressaltar alguma destas indicações. No que tange às passagens de Eugène Buret, cabe salientar que: O trabalhador não está defronte àquele que o emprega na posição de um livre vendedor. O capitalista é sempre livre para empregar o trabalho, e o trabalhador é sempre forçado a vendê-lo. O valor do trabalho é completamente destruído se não for vendido a cada instante. BURET, Eugene. De la misére (...), p. 6 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 56.

62 NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In: ALVES, Alaor Caffé. **Direito, sociedade e economia:** leituras marxistas. Barueri: Manole, 2005. p. 29.
Karl Marx apresenta a seguinte passagem: "No período manufatureiro, a divisão do trabalho na sociedade desenvolveu-se muito com a ampliação do mercado mundial e com o sistema colonial, que figuram entre as condições de existência gerais desse período. Não se tratará aqui de mostrar como essa divisão se apossa das outras esferas da sociedade, além da econômica, lançando por toda parte a base para o desenvolvimento das especialidades, para um parcelamento do homem que levou A. Ferguson, o mestre de A. Smith, a exclamar: 'Construímos uma nação de hilotas e não temos cidadãos livres'." MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2004. p. 409.

63 NAVES, op. cit. p. 27.

64 Ibid. p. 32.
Bilharinho, em seu texto *Direito, relações mercantis e lutas sociais*, mostra como a presença do elemento jurídico, da ideologia jurídica, no interior do movimento dos trabalhadores resulta em uma verdadeira neutralização da luta social, que é o resultado preciso, imediato, do domínio do Direito no campo da luta popular. Como exemplo, Bilharinho Naves evidencia o Direito de Greve. A greve é um direito quando ela é exercida dentro dos estritos limites de sua regulamentação. A greve deixa de ser um direito quando ela se torna política, quando desorganiza a produção, quando interrompe o processo de valorização, passando a questionar o próprio processo e exploração do trabalho. Greve é um direito enquanto os sujeitos de direito – patrão e empregado – se manifestam em torno do contrato de trabalho. Quando os trabalhadores passam a questionar a própria organização da produção, o próprio poder do capital, a greve deixa de ser um direito e abre-se espaço para que o instrumento de defesa do capital possa agir, ou seja, abre-se espaço para o sistema penal agir frente às greves reprimindo as massas de trabalhadores pobres que questionam o sistema. Acrescenta o autor que: A ideologia jurídica procura dissolver a condição operária, produzindo uma representação atomizada da sociedade na qual o próprio conceito de classe se torna desprovido de sentido, e assim, busca anular a potencialidade contestadora das formas próprias de luta dos trabalhadores conduzindo-os à resignação e passividade. Ibid., p. 35.

valorados por princípios político-criminais clássicos, encontra dificuldades para se chegar a uma real aplicabilidade destes princípios. Pode-se até ter uma dogmática penal elaborada, seja com categorias abstratas ou categorias concretas, mas que ao chegar à aplicação dos tribunais não são colocadas em prática.[65] Este problema sobre a interpretação e aplicação das normas penais será comentado no último capítulo deste trabalho.

A título de conclusão deste tópico, sobre a metodologia que embasará este trabalho, é importante ficar elucidado que para se construir um fundamento metodológico real faz-se necessária entender a soma das forças de produção, dos capitais e das formas sociais de intercâmbio, ou seja, das relações materiais de produção para, assim compreender-se a configuração da sociedade. No próximo tópico serão analisadas os principais elementos fundantes da sociedade (como o trabalho, o Capital e as relações de propriedade privada) na qual estamos inseridos, realizando as devidas ligações com a configuração atual do Direito Penal. Apenas com a compreensão dos elementos que formam a base estrutural da sociedade é que se poderá desenvolver um estudo sobre as normas penais as quais recebem a valoração do patrimônio na configuração social atual.

1.4 Estrutura da sociedade e valoração do patrimônio nas normas penais

Antes de adentrar na análise puramente sociológica, cabe, neste momento, explicar a estruturação das normas penais para se compreender a valoração que recebe o patrimônio e, também, estabelecer a delimitação do objeto de estudo deste trabalho.

A estruturação da norma penal engloba o preceito primário e o preceito secundário. O preceito primário, como bem explica Alamiro V. S. Netto contém a norma de conduta, ou seja, no caso do roubo ou do furto, a norma primária traz o imperativo destinado a exigir que todos se abstenham de subtrair coisas alheias móveis. As normas de conduta apresentam a descrição de comportamentos a serem observados, prescrevem o que se deve e o que não se deve fazer, orientando-se, preventivamente, para a realização de comportamentos futuros.[66] O preceito secundário contém a norma de sanção a qual prescreve uma reação à desconfirmação da norma de conduta.[67]

Eduardo Saad-Diniz evidencia a distinção entre o pensamento de Binding, o qual parte desta distinção didática entre normas de conduta (norma primária) e normas de sanção (norma

---

65 Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (17/09/2014), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

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

67 Ibid.

secundária), e o pensamento de Hans Kelsen. Binding defenderia o pressuposto de que o "[...] medo à pena é a única motivação da conduta conforme o Direito."[68] Ao contrário de Binding, Kelsen critica que "[...] a determinação dos fins não pode ser resultado de interpretação"[69], pois deixaria esta sob os domínios de um subjetivismo decisório. Em suma, pode-se compreender, nesta perspectiva, que o esquema proposto por Binding sobre a estruturação das normas jurídico-penais recai em uma "[...] mera referência às consequências ou aos efeitos jurídicos que apenas reforçam o caráter intimidatório, ao passo que para Kelsen a natureza normativa não se limitaria à forma gramatical das normas jurídicas."[70]

Pois bem, o que mais interessa, neste ponto, é a relação entre estruturação da norma e valoração, concebendo-se a norma como a essência do Direito Penal cuja pena é apenas sua consequência jurídica.[71] Na compreensão de Alamiro V. S. Netto a tipicidade penal tem o papel de comunicar ao cidadão acerca dos comportamentos proibidos.[72] E esta comunicação não é alheia à valoração que o objeto da norma recebe. Como bem pondera Alamiro V. S. Netto, o fenômeno jurídico apresenta a dimensão de determinação e a dimensão de valoração, sendo que a primeira prepondera sobre a segunda. Assim explica o autor:

> Ao se tratar do fenômeno jurídico, inegável é que a dimensão de determinação prepondera sobre a valoração. Isso porque, do contrário, imaginar-se-ia que a norma primária, dirigida ao cidadão, seria apenas um demonstrativo da valoração positiva que o ordenamento jurídico confere ao patrimônio. O Direito, para além de valorar, impõe ao cidadão a abstenção ou a prática de comportamentos, determinando que não furte ou que não roube.[73]

A norma mesmo sendo imperativa pressupõe valorações. "A norma, como imperativa, é produto de uma valoração prévia feita pelo legislador."[74] Alamiro V. S. Netto afirma que a valoração e a determinação de uma norma estão imbrincadas, pois é a valoração que o objeto da norma recebe que colocará os limites da dimensão de determinação. A crítica das modalidades delitivas dos crimes patrimoniais não pode ser realizada de forma alheia ao conteúdo material do tipo penal e aos juízos de valor que nele se manifestam. "O conteúdo da

---

68 Prof. Eduardo Saad-Diniz. Painel temático: Resgatando os domínios dogmáticos da norma jurídica: das ramificações metafóricas às nervuras dogmáticas complexas Normas Penais (22/11/2013), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

69 Ibid.

70 Ibid.

71 Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (27/05/2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

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

73 Ibid..

74 Ibid., p. 10.

norma é determinante, eis que quanto mais ampla a sua proibição, mais frequente será o acionamento da norma de sanção e maior será a criminalização secundária."[75]

Assim, pode-se assegurar que uma valoração excessiva do patrimônio pelo legislador vai resultar na elaboração de normas rígidas, destinadas a impor ao cidadão a abstenção de toda e qualquer conduta que possa colocar em risco o patrimônio alheio.[76] Para os fins do trabalho aqui apresentado, o que interessa está especificamente no que tange a estruturação da norma penal na elaboração das normas de conduta e na valoração do patrimônio que é incorporada por tais normas.

Neste sentido, por se considerar a essência do Direito Penal sendo a norma e a pena sendo apenas a consequência jurídica, não será aqui trabalhada a supervalorização que o patrimônio recebe no que se refere esta última, pois diante das análises que serão elaboradas, esta supervalorização no plano da pena é apenas uma consequência necessária da estruturação das normas penais e da valoração do patrimônio ali incorporada.

Outro aspecto importante que foi apontado por Alamiro V. S. Netto em sua obra *"Direito Penal e propriedade privada: A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio,"* é a localização na qual os crimes patrimoniais estão na estruturação e organização da parte especial do Código Penal que acaba por revelar a importância dos valores penalmente relevantes: "O legislador colocou o patrimônio em uma posição de destaque situando-o apenas atrás da proteção penal à pessoa."[77]

Ainda pode-se acrescentar como mais um aspecto saliente nos estudos sobre os crimes patrimoniais a diferença entre patrimônio e propriedade privada para que não haja confusão em termos epistemológicos. Alamiro V. S. Netto aponta a seguinte passagem de Nelson Hungria, sobre os Comentários ao Código Penal, no tocante à utilização do termo patrimônio no Código Penal e não a utilização do termo propriedade privada:

> Esta rubrica é, sem dúvida, mais adequada, pois os crimes de que se trata não têm por objeto jurídico apenas a propriedade, que, disciplinada pelo direito civil, significa, estritamente, o domínio pleno ou ilimitado sobre as coisas – direitos reais - , mas, também, todo e qualquer interesse de valor econômico – avaliável em dinheiro. Para designar o complexo de bens e interesses de valor econômico, em relação de pertinência com uma pessoa, o termo próprio é patrimônio.[78]

Considera-se, portanto, que a propriedade é uma porção integrante do patrimônio. E este é a universalidade dos direitos reais e obrigacionais de uma pessoa avaliáveis em pecúnia.

---

75 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

76 Ibid.

77 Ibid.

78 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 2ªEd. RJ: forense, 1958, v.II, p. 7 apud SALVADOR NETTO, op. cit., p. 22.

Para a dogmática penal, a expressão patrimônio compreende qualquer relação entre os indivíduos, fática ou jurídica, que represente valores auferíveis em dinheiro.[79]

Ao analisar-se o Código Penal Brasileiro verifica-se que os crimes essencialmente patrimoniais estão dispostos do Artigo 155 ao Artigo 180, incluindo todos os crimes denominados de *pluriofensivos*, como o roubo, o estelionato, a extorsão, extorsão mediante sequestro, que além de atingirem o patrimônio, afetam a liberdade, a integridade física, a autodeterminação individual, e no caso do latrocínio, a própria vida humana. Alamiro V. S. Netto afirma que estes crimes são essencialmente patrimoniais, devido à finalidade do agente ser de modalidade patrimonial, e que a política criminal adotada pelo legislador considera sempre prevalente a ofensa ao patrimônio.

Algumas distinções são demonstradas por Alamiro V. S. Netto: No Artigo 168-A incluem-se alguns casos que mais se assemelham aos crimes tributários e previdenciários do que essencialmente patrimoniais. O mesmo ocorre nos artigos 177 e 175, os quais tratam de fraudes ocorridas no âmbito do comércio. Nestes casos podem se verificar componentes de ordem *supraindividual,* os quais atingem a própria economia popular, o Código de Defesa do Consumidor, e a configuração de crimes societários. Para explicar as diferenciações entre os crimes patrimoniais tradicionais e o conceito de criminalidade econômica, Alamiro se baseia em Tiedemann: "[...] pertence à criminalidade econômica as hipóteses de abuso dos instrumentos e instituições econômicas, ainda que os interesses afetados sejam de natureza particular."[80]

Estas ponderações são relevantes para se definir o objeto deste estudo o qual se define com vista aos crimes patrimoniais tradicionais os quais apresentam uma proteção ou reforço à normas tipicamente de direito privado[81]. Pode-se, portanto, delimitar o objeto de estudo deste trabalho na criminalidade patrimonial clássica e massiva, a qual contém as relações de propriedade privada como um instituto jurídico fundamental:

> Criminalidade patrimonial clássica, na qual, inegavelmente, a propriedade privada apresenta-se não como único, mas como instituto jurídico fundamental. Trata-se aqui de afetações ou riscos patrimoniais diretas, com vítimas individualizáveis já no momento da realização do ilícito, no cerne de relações privadas. Isso significa, sem desprezar as demais modalidades, que são essas espécies que consubstanciam o núcleo central da criminalidade patrimonial de massas contemporânea.[82]

---

79 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

80 Ibid., p. 19.

81 Ibid., p. 23. Nas palavras de Alamiro, destaca-se: "[...] a percepção de um dano patrimonial em referencia à vítima individualizada, detentora de direitos privados que são protegidos e reforçados pela tutela penal."

82 Ibid., p. 22-23.

Neste ponto, deve-se, antes de se construir a análise no âmbito puramente dogmático-penal, compreender o porquê da valorização intensa do patrimônio realizada pelo legislador e absorvida pela norma penal, assim como entender como se formam as relações de propriedade privada e quais seus reflexos na configuração atual do Direito Penal. Iniciar-se-á uma análise sobre a estrutura econômica e social que embasará a valoração do patrimônio na norma penal. Esta análise será realizada por meio do método do materialismo histórico, orientada ao fim de se compreender o porquê do recorte escolhido ao objeto[83] de estudo, qual seja: a criminalidade patrimonial clássica na qual as relações de propriedade privada apresentam-se como o objeto das normas penais dos crimes patrimoniais. Para se compreender a valoração deste objeto das normas penais, faz-se necessário compreender a própria estrutura da sociedade e seu funcionamento. Dessa forma, o próximo tópico tratará de um estudo sobre a própria sociedade capitalista fundada nas relações de propriedade privada.

1.5 Elementos básicos para a compreensão da estrutura social: Trabalho, Capital e Relações de Propriedade Privada

Uma das características da sociedade atual e que se reflete na valoração do patrimônio está nas relações de consumo, verificando-se, na realidade, um consumismo exacerbado. Pois bem, estas relações de consumo não podem ser compreendidas sem a análise das relações entre *força de trabalho* e *capital,* e a interação de ambos com o regime de propriedade privada. Partir-se-á da análise do primeiro destes elementos, qual seja: a força de trabalho e sua contraprestação, o salário.

1.5.1 Trabalho e Salário

Neste tema, muito se discute acerca da natureza do trabalho enquanto uma mercadoria e do salário enquanto o mínimo necessário para a subsistência do(a) trabalhador(a) durante o trabalho, e, quando muito, para que se possa sustentar uma família, nas palavras de Karl Marx, "[...] para que a raça dos trabalhadores não se extinga." Ressalta-se que

> A procura por homens regula necessariamente a produção de homens assim como de qualquer outra mercadoria. Se a oferta é muito maior que a procura, então uma parte

[83] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87. O presente trabalho segue na mesma direção do Prof. Alamiro V. S. Netto no que se refere ao objeto. Nas palavras de Alamiro V. S. Netto: "O objeto do presente estudo não reside tão somente na noção global de dano patrimonial. Maiores atenções são destinadas aos crimes patrimoniais que afetam a propriedade, pois são estes que mais claramente, para além de romperem com princípios como a subsidiariedade e fragmentariedade, transformam o Direito Penal em contundente instrumento de gestão da miséria."

> dos trabalhadores cai na situação de miséria ou na morte pela fome. A existência do trabalhador é, portanto, reduzida à condição de existência de qualquer outra mercadoria. O trabalhador tornou-se uma mercadoria [...]. E a procura, da qual a vida do trabalhador depende, depende do capricho do rico e capitalista.[84]

Se a oferta de mão-de-obra é elevada superando a necessidade da procura, então uma grande parte das massas populares é jogada no âmbito da miséria extremada e/ou acaba por recair no âmbito do sistema penal, para excluí-las do próprio excesso de miseráveis que existem no interior de uma sociedade. Esta é uma realidade, não do plano normativo, mas da própria operacionalidade do sistema jurídico-penal.

A dogmática penal dos crimes patrimoniais se não for construída de uma forma crítica e limitadora, pode tornar-se uma ferramenta para que a criminalização de condutas selecione determinadas pessoas que devido ao jogo da oferta e procura de mão-de-obra estão à margem da sociedade. Salienta-se também que boa parte dos reincidentes em crimes patrimoniais não conseguem se inserir novamente na balança de oferta e procura de mão-de-obra, devido ao *etiquetamento* do sistema criminal.[85]

A ideia de que se pode comparar trabalho com uma mercadoria vem da relação que ocorre entre a procura por trabalhadores ou trabalhadoras a qual é responsável por regular a própria produção destes ou destas.[86] Todavia, bem como Karl Marx pondera, o trabalho não pode ser equiparado a uma mercadoria qualquer, pois tem suas particularidades.

Karl Marx aponta ideias comparativas entre trabalho e mercadoria em alguns outros estudos, notadamente da própria economia clássica. Mostra-se passagens de Eugène Buret que evidenciam as semelhanças entre trabalho e mercadorias: A teoria do trabalho mercadoria será outra coisa que não uma teoria da servidão disfarçada?[87] Para que a vida do homem seja uma mercadoria é preciso, portanto, admitir a escravidão.

> Se o trabalho é, portanto, uma mercadoria, é então uma mercadoria com as mais infelizes propriedades. Mas, mesmo segundo princípios da economia nacional, o trabalho não é mercadoria porque não é o livre resultado de um mercado livre. O

---

84 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 24.
Custo de reprodução da força de trabalho – condições mínimas exigidas para o regime de o Capital regenerar continuamente suas condições de existência. Essas condições de reprodução do sistema devem garantir a sobrevivência do trabalhador e de sua família [...] entre as condições essenciais de reprodução do regime do capital esteja a definição de piso real para os salários, o mínimo que garante a subsistência do trabalhador e de sua prole. BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 69.

85 Ressalta-se aqui a importância das pesquisas criminológicas do *Labbeling Approach*.

86 Para a economia nacional, o trabalho é uma mercadoria: se o preço é alto, a mercadoria é muito procurada; se é baixo é muito oferecida; como mercadoria, o trabalho deve baixar cada vez mais de preço. Buret, Eugène. **De la misère des classes labrorieuses em Angleterre et en France**; dela nature de la misère, de son existence, de ses effects, de ses causes, et de l'insuffisance des remèdes qu'on lui a opposés jusqu'ici; avec l'indication des moyes propres a en affranchir les sociétes, t.1, Paris, 1840, p. 36 apud MARX, op. cit., p. 35.

87 As grandes oficinas compram preferencialmente o trabalho de mulheres e crianças, porque este custa menos do que o dos homens. Buret, Eugène apud MARX, op. cit., p. 43.

> regime econômico atual: baixa ao mesmo tempo o preço e a remuneração do trabalho; ele aperfeiçoa o trabalhador e degrada o homem.[88]

Neste sentido, faz-se necessário expor algumas ponderações de Claus Offe: É o Capital que organiza os trabalhadores no sentido de cumprir sua função de combinar o trabalho e os bens de capital a fim de que a mais-valia seja produzida. O capital adquire a força de trabalho por meio do contrato, e necessita aplicar alguns incentivos para que os portadores de força de trabalho o empreguem nas relações de trabalho assalariado.

Resta evidente, então, a relação assimétrica de troca entre capital-trabalho. A força de trabalho é combinada com os demais fatores de produção, e sua venda está regida pelas condições de competitividade e de relações de poder. Diante destas características da força de trabalho pode-se equipará-la, em seu tratamento, a uma mercadoria.

Todavia, Claus Offe[89] ressalta que apesar da força de trabalho ser tratada como uma mercadoria, ela não o é, pois não pode ser fisicamente separada de seu proprietário, não se produz com vista a ser vendável, não tem valor de uso para o seu proprietário e este não têm uma liberdade real para participar ou não de um contrato de trabalho.

Claus Offe demonstra como que os proprietários da força de trabalho não têm condições de controlar o processo de reprodução de sua própria força de trabalho, ainda mais em uma sociedade dominada por inovações tecnológicas. Salienta-se que com a introdução de inovações técnicas, "[...] o capital pode liberar-se parcialmente de sua dependência em relação ao suprimento de trabalho, abaixando com isso o nível salarial."[90]

Assim, o Capital que controla o trabalho também controla as formas de vida que estão fora do mercado de trabalho. Rege, até mesmo, a localização das moradias em que as classes de proprietários de força de trabalho devem ser recolhidas, locais os quais são os mais atingidos pelos efeitos negativos da industrialização capitalista. Torna-se impossível que esta classe possa subsistir por outros meios que não aqueles "oferecidos" pelo mercado de trabalho. Àqueles sem propriedade e que não se enquadram nos ditames do mercado de trabalho, muitas vezes, resta o mundo da criminalidade.

Nestas relações assimétricas entre capital e trabalho, os proprietários da força de trabalho são, ao mesmo tempo, considerados sujeitos e objetos de troca; além de serem consumidores do próprio produto da força de trabalho.[91] Claus Offe explica que,

---

88 BURET, Eugène. op. cit., p. 49-50 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 37. Complementa-se: Entende-se, na perspectiva apontada por Karl Marx de Eugène Buret, que "[...] o trabalho não é suscetível nem de acumulação, nem mesmo de poupança, diferentemente das verdadeiras mercadorias."

89 OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 60.

90 Ibid., p. 67.

91 Ibid., p. 87.

> [...] trabalhador assalariado é definido por sua posição que o força a vender sua força de trabalho. Esta só lhe tem valor quando é vendida ao capitalista em troca de salário [...]. A força de trabalho não pode ser adequadamente tratada como outra mercadoria qualquer, porque é a única mercadoria que não pode ser fisicamente separada do seu proprietário [...]. Mediante contrato de trabalho ele legalmente transfere o controle. [...] ele está separado do controle de sua força de trabalho, ao mesmo tempo, que é o sujeito dessa força de trabalho.[92]

Na análise sobre o salário, bem acrescenta Marx que se a quantidade de *oferta* excede a *procura,* então uma das constitutivas do preço – lucro, renda da terra, salário – acaba por subtrair-se, e o preço de mercado transfere-se para o preço natural como ponto central.[93] E a consequência desta gravitação gera prejuízos ao trabalhador ou à trabalhadora: "[...] ou submete o trabalhador à fome, ou o obriga a sujeitar-se a todas as exigências desse capitalista."[94]

Percebe-se, então, que o desequilíbrio entre oferta e procura de mão-de-obra gera consequências nas constitutivas do preço, resultando em uma transferência do preço de mercado ao preço natural, o que prejudica a própria classe trabalhadora. Esta fica à mercê da miséria, do sistema penal ou do próprio capitalista. Salienta-se que, em uma situação inversa, quando o capitalista mantém o preço de mercado acima do preço natural, também não há nenhum ganho ao trabalhador.

Aponta-se uma essencial distinção entre preço de trabalho e ganho de capital: "[...] Os preços de trabalho das diferentes espécies de trabalho são muito mais diversos do que os ganhos dos diferentes ramos nos quais o capital se aplica."[95] Esta distinção ocorre, notadamente, porque "[...] no trabalho, toda a diversidade natural, espiritual e social da atividade individual sobressai e é paga diferentemente."[96]

Esta diferenciação é importante para se compreender a distinção que ocorre entre os estágios da sociedade e o trabalho, principalmente no que se refere às condições de vida do (a) trabalhador (a). O acúmulo crescente de riqueza e o desenvolvimento de uma sociedade nem sempre é sinônimo de melhoras para às condições de vida da massa trabalhadora. Dessa forma, verifica-se, neste ponto, estas distinções que ocorrem entre o desenvolvimento de uma sociedade e as classes subalternas.

Na hipótese de se ter uma sociedade cuja riqueza está em declínio, a situação da classe trabalhadora torna-se grave. De acordo com Karl Marx, mesmo que a classe trabalhadora não

---

92 OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 88.

93 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 24.

94 Ibid.
No mesmo sentido estabelece Claus Offe que o trabalhador assalariado é objeto do que é vendido nas transações do mercado de trabalho e o parceiro no contrato de trabalho, é, ao mesmo tempo, objeto e sujeito das relações de troca. OFFE. op. cit., 1984. p. 89.

95 MARX, op. cit., p. 25.

96 Ibid.

possua condições de ganho como as possui a classe dos proprietários em uma situação em que a riqueza da sociedade é crescente, "[...] nenhuma classe sofre tão cruelmente com o seu declínio como a classe trabalhadora."[97]

Já nas situações em que a riqueza de uma sociedade está em condições de progressão, encontra-se uma situação, aparentemente, favorável ao trabalhador, pois a concorrência entre os capitalistas é elevada e a procura por trabalhadores excede sua oferta. Todavia, quando se tem uma elevação do trabalho e de sua procura, acaba-se por ter como consequência o sobretrabalho. Diante desta realidade, quanto mais a classe trabalhadora quer ter ganhos, mais terá que sacrificar o seu tempo e executar trabalhos em níveis de escravidão, diminuindo-se a qualidade de vida desta classe, e até mesmo seu tempo de vida.[98]

A hipótese de se ter uma sociedade em situação de enriquecimento progressivo só é possível se ocorrer a acumulação de muito trabalho, pois o capital é trabalho acumulado. Quanto maior for a produção, aumenta-se, também, as necessidades.

Verifica-se uma relação dialética entre acumulação de capital, divisão do trabalho e número de trabalhadores. Esta relação pode ser explicada da seguinte forma: a acumulação do capital aumenta a divisão do trabalho, esta aumenta o número de trabalhadores; inversamente, o número de trabalhadores intensifica a divisão do trabalho, assim como a divisão do trabalho eleva o acúmulo de capitais.[99]

Com o crescimento da classe trabalhadora acentua-se a concorrência entre os próprios trabalhadores, o que faz seu preço abaixar. Com a concorrência de capitais há uma maior concentração dos capitais pelos grandes capitalistas que tendem a destruírem os pequenos. E estes recaem para a classe de trabalhadores, ocasionado um aumento maior ainda desta classe e de sua concorrência interna.

---

97 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 26.

98 Ibid.

99 Ibid.

Marx demonstra os posicionamentos de Smith acerca da relação entre acumulação de capital e divisão do trabalho, colocando a acumulação de capital enquanto uma necessidade para a divisão do trabalho: [...] reside na natureza das coisas que a acumulação de um capital é um antecedente necessário da divisão do trabalho, o trabalho não pode sofrer maiores subdivisões a não ser na proporção em que os capitais tenham se acumulado cada vez mais. Quanto mais o trabalho se decompõe em subdivisões, mais aumenta a quantidade de matérias que o mesmo número de pessoas pode pôr em operação, e, posto que a tarefa de cada trabalhador se encontra cada vez mais reduzida a um maior nível de simplicidade, descobre=se um conjunto de novas máquinas para facilitar e encurtar essas tarefas. Quanto mais se expande, portanto, a divisão do trabalho, tanto mais é necessário, para que um mesmo número de trabalhadores esteja constantemente ocupado, que se acumule de antemão uma igual provisão de meios de vida e uma provisão de materiais, instrumentos e ferramentas, provisão essa que é muito mais necessária do que aquele que era antes, num estado de coisas menos avançado. O número de trabalhadores em cada ramo de trabalho aumenta ao mesmo tempo em que aumenta a divisão do trabalho, ou antes, é este aumento de seu número que coloca os trabalhadores na situação de se classificar e subdividir dessa maneira. Smith, t. II, p. 193-194 apud MARX, loc. cit.

"[...] o trabalho não pode manter esta grande extensão da força produtiva sem uma precedente acumulação de capitais, também a acumulação de capitais leva de um modo natural a esta expansão. O capitalista que, por intermédio do seu capital, produzir a máxima quantidade possível de obras malfeitas; esforça-se, portanto, para introduzir entre os seus trabalhadores a mais conveniente divisão do trabalho e equipá-los com as melhores máquinas possíveis." Smith, t. II, p. 194, 195 apud MARX, loc. cit.

Volta-se, então, a uma situação não favorável à classe trabalhadora. A uma primeira vista, pode-se parecer que a elevação do salário geraria uma situação favorável. Entretanto, deve-se compreender que a elevação do salário tem como requisito a precedente acumulação de capital o que torna o produto do trabalho cada vez mais estranho perante o indivíduo que o produziu, além da questão do *sobretrabalho*. Quando o indivíduo se vê em uma situação de aumento salarial acaba por cair na 'obsessão' do enriquecimento típica da classe capitalista, sem, no entanto, ter condições reais e materiais para isto.

Como um reflexo destas relações na sociedade atual, tem-se o velho mecanismo do sistema de créditos[100] o qual tem endividado toda uma classe de assalariados, diante da falta de condições reais para que esta classe acompanhe a demanda publicitária para adquirir os bens materiais tão valorizados em nossa sociedade. Com a elevação dos salários ou com o apoio do sistema de créditos pode-se ter um elevado consumismo. Por detrás deste consumismo está toda esta relação dialética entre capital, trabalho e divisão do trabalho. Assim, mesmo diante de situações com amplo consumo das massas populares, na realidade, não se tem uma situação favorável à classe assalariada, mas sim seu endividamento. Como bem aponta Karl Marx, "[...] o trabalhador, longe de poder comprar tudo, tem de vender-se a si próprio e a sua humanidade."[101]

Perante a relação dialética já apontada entre capital, trabalho e divisão do trabalho que está por detrás das relações de consumo da sociedade atual, o acúmulo de capital que está oculto na elevação salarial torna a classe assalariada cada vez mais dependente do próprio capital. Uma maior divisão do trabalho acaba, ainda, por resultar na necessidade de concorrência entre os trabalhadores e as máquinas, reduzindo aqueles a estas. Karl Marx bem explica todas estas questões no seguinte parágrafo:

> A elevação do trabalho desperta no trabalhador a obsessão do enriquecimento típica do capitalista que, contudo, ele apenas pode satisfazer mediante o sacrifício do seu espírito e de seu corpo. A elevação do salário pressupõe o acúmulo de capital. Torna, portanto, o produto do trabalho cada vez mais estranho perante o trabalhador [...] a divisão do trabalho torna-o cada vez mais unilateral e dependente, assim como acarreta a concorrência não só dos homens, mas também entre máquinas. **Posto que o trabalhador baixou à condição de máquina, a máquina pode enfrenta-lo como concorrente**. Finalmente, tal como o acúmulo de capital aumenta a quantidade da indústria e, portanto, de trabalhadores, essa mesma quantidade da indústria traz, através dessa acumulação, uma grande quantidade de obras malfeitas que se torna sobreproduto e acaba: ou por colocar

[100] Remete-se o leitor para o tópico sobre o Capital, no qual haverá uma explicação sobre o sistema de crédito e as relações de consumo na sociedade atual.
[101] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 28.

> fora da esfera do trabalho uma grande parte de trabalhadores, ou por reduzir o seu salário ao mais miserável mínimo.[102]

Dessa forma, percebe-se que o acúmulo de capitais aumenta a quantidade de indústria e de trabalhadores o que gera a consequência da *sobreprodução*, resultando na necessidade de retirar, novamente, grande parte da classe trabalhadora de circulação ou reduzir cada vez mais seu salário.

Bem como afirma Karl Marx, "[...] estas são as consequências de uma situação da sociedade que é a mais favorável ao trabalhador, a saber, a situação da riqueza crescente, progressiva."[103] Até nesta situação que é a mais favorável à classe trabalhadora esta não consegue se libertar das relações assimétricas entre capital/trabalho. Neste ponto, Karl Marx realiza uma crítica à política econômica clássica a qual diante de um discurso e de instrumentos que buscam uma situação mais rica da sociedade do interesse privado, não o faz de forma consciente que as massas populares continuarão sendo prejudicadas pela relação de exploração do capital sobre trabalho, deduzindo, então, segundo Marx, que a infelicidade da maioria de uma sociedade é o objetivo da política econômica em uma sociedade fundada nas relações de propriedade privada.

Pode-se compreender, então, que a sociedade em riqueza progressiva e o empobrecimento da classe assalariada são consequências da própria essência do trabalho e da riqueza por ele produzida.[104] Dentre estas consequências tem-se, também, como já fora apontado, o aumento da produtividade e a criação constante de novas necessidades. Cabem alguns apontamentos sobre esta última consequência apontada.

Claus Offe analisa as falsas percepções das necessidades e como elas repercutem no plano político. Ao trabalhar com o estudo dos desvios de percepção, Claus Offe salienta que a probabilidade de distorção dos interesses é maior por parte da classe trabalhadora do que por parte da classe capitalista.[105] Essa assimetria tem a ver com a própria dominação de classes e reflete-se na configuração do Direito Penal, notadamente no campo dos crimes patrimoniais,

---

[102] "[...] até que ponto os homens trabalham com máquinas, ou até que ponto eles trabalham como máquinas." MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 28. (grifo nosso).

[103] Ibid., p. 27.
Em resumo, tem-se que: Enquanto a divisão do trabalho eleva a força produtiva do trabalho, a riqueza e o aprimoramento da sociedade, ela empobrece o trabalhador até a condição de máquina. Enquanto o trabalho suscita o acúmulo de capitais e, com isso, o progressivo bem-estar da sociedade, a divisão do trabalho mantém o trabalhador sempre mais dependente do capitalista, leva-o a maior concorrência, impele-o à caça da *sobreprodução*, que é seguida por uma correspondente queda de intensidade.

[104] Ibid,. p. 30.
Neste sentido, "[...] Marcuse estabelece que na chamada sociedade de consumo vemos uma não-identificação com o sistema, amplamente a-política, difusa, sem orientação, e mesmo assim profunda. Essa rebelião contra os padrões e valores de comportamento exigidos pelo sistema capitalista não só é gerada pelo sistema mas é constantemente promovida e agravada por ele." OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 208.

[105] Ibid.

em que os interesses ao redor do valor dos *bens* furtados ou roubados, por exemplo, valem mais do que a liberdade individual, colocando a necessidade de se "*ter*" acima da necessidade de *ser "livre*". Além do mais, se o indivíduo não possui propriedades, bens, ele já não pode nem ser considerado "livre" em uma sociedade capitalista.

A distribuição diferencial das distorções de interesses entre classe tem razões estruturais, o que resulta em formas políticas organizacionais distintas, para tentar superar essas distorções específicas. Estas relações assimétricas são refletivas, não apenas no campo político, o qual trabalha Claus Offe, mas, também, na configuração do Direito Penal, no que tange a criminalização de condutas específicas das classes que *não possuem* para a proteção das normas que contém interesses e necessidades das classes *que possuem*.

Em um estudo específico sobre a realidade brasileira, enquanto economia dependente, Celso Furtado analisa esta criação constante de novas produções e novas necessidades, e esclarece que esta sistemática é estrutural e funcional à própria sobrevivência do Capital. Além de se encontrar uma distribuição diferencial das distorções de interesses entre classes, encontra-se, também, esta diferenciação entre os países centrais e os periféricos.

Neste ponto, é interessante ressaltar a análise realizada por Celso Furtado, em sua obra *O mito do desenvolvimento,* sobre a diferença fundamental entre países periféricos e países centrais diante da acumulação de capital e do investimento do excedente em novas tecnologias e novos produtos por parte destes últimos, em contraposição à concentração de renda e alta taxa de exploração nos países periféricos diante da centralização da acumulação do capital e da aplicação do excedente apenas pelas classes dirigentes que tentam "copiar" o estilo de vida dos países desenvolvidos.

De acordo com Celso Furtado o que cria a diferença fundamental entre desenvolvimento e subdesenvolvimento é a aplicação dada ao excedente de capital pelo incremento de produtividade. O grupo social comprometido com o processo produtivo concentra e controla o excedente de capital. O economista explica que como o capital invertido na indústria está sendo constantemente renovado, "[...] a porta fica permanentemente aberta para a introdução de inovações."[106]

A industrialização nos países periféricos se dá com o controle das grandes corporações internacionais. A dinâmica econômica destas empresas, nos países sede, decorre do fluxo, permanente, de novos produtos e da elevação salarial para que se permita a expansão do consumo em massa. Entretanto, na realidade periférica marcada pela cultura neocolonial,

---

[106] FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 26.

requer-se concentração da renda para que as minorias acompanhem o padrão de consumo dos países centrais.

Celso Furtado[107] afirma que esta dinâmica econômica é fundamental para se compreender a estrutura global do sistema capitalista. Portanto, quanto maior for aplicação do excedente de capital pelos países centrais na produção e no fluxo de novos produtos, maior será a concentração de renda em nosso país. Do mesmo modo, quanto mais investimentos em inovações, maior o domínio dos países centrais em nossa realidade e maior as desigualdades sociais internas em nosso país. Abre-se, neste contexto, um necessário caminho para a atuação do sistema penal para reprimir os conflitos sociais resultantes destas desigualdades estruturais.

Dessa forma, pode-se entender que à medida que avança o processo de industrialização na periferia, a qual não possui o poder de controlar a tecnologia, a capacidade de organização e a acumulação de capital, maior será a dominação das grandes empresas (multinacionais, grandes corporações), interferindo nas relações sociais, explorando a mão-de-obra barata, e tendo um domínio até mesmo em nossas legislações, notadamente no âmbito jurídico-penal e político-criminal, com a finalidade de manter os interesses competitivos destas corporações.

Celso Furtado salienta que, "[...] o estilo de vida criado pelo capitalismo industrial sempre será o privilégio de uma minoria."[108]

> Temos assim a prova definitiva de que o desenvolvimento econômico – **a idéia de que os povos pobres podem algum dia desfrutar das formas de vida dos atuais povos ricos – é simplesmente irrealizável** [...] as economias da periferia nunca serão desenvolvidas, no sentido de similares às economias que formam o atual centro do sistema capitalista [...]. **Afirma-se que a idéia de desenvolvimento econômico é um simples mito. Graças a ela tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abre ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos como são os investimentos, as exportações e o crescimento**.[109]

No mesmo sentido aqui discutido por Claus Offe e Celso Furtado sobre a criação constante de novos produtos e novas necessidades, pode-se apontar alguns acertos de Karl

---

[107] FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 94.
Enquanto no capitalismo cêntrico a acumulação de capital avançou [...] no capitalismo periférico a industrialização vem provocando crescente concentração. Quanto mais intenso o influxo de novos padrões de consumo, mais concentrada terá que ser a renda. Se aumenta a dependência externa, terá que aumentar a taxa interna de exploração [...]. Assim, taxas mais altas de crescimento, longe de reduzir o subdesenvolvimento, tendem a agravá-lo, no sentido de que tendem a aumentar as desigualdades sociais. Ibid.

[108] Ibid., p. 75.
O que importa não é o controle do sistema de produção local por grupos estrangeiros e sim a utilização dada àquela parte do excedente que circula pelo comércio internacional. Ibid., p. 84.

[109] Ibid., p. 76. (grifo nosso).

Marx. Este já explicava como o ser humano especula sobre como criar no outro uma nova carência, a fim de forçá-lo a um novo sacrifício, colocá-lo em nova sujeição e induzi-lo a um novo modo de fruição. De acordo com Marx, cada novo produto é uma "[...] nova potência da recíproca fraude e da recíproca pilhagem. O homem se torna cada vez mais pobre enquanto homem, carece cada vez mais de dinheiro para se apoderar do ser hostil."[110]

Os reflexos dessa sistemática econômica na configuração da sociedade atual são claros. Diante da exigência do mercado global para a formação de uma sociedade consumista ao extremo, tem-se que as relações sociais se substituem cada vez mais pelo individualismo e por relações intermediadas pelas tecnologias da informação, como se o ser humano não conseguisse mais se relacionar um com o outro, se não for por meios virtuais e não reais. Neste contexto da configuração da sociedade atual, percebe-se que os meios publicitários e a própria estrutura econômica acaba por colocar a valoração dos objetos e bens acima do indivíduo, ou seja, este é aquilo que ele "tem", se ele nada tem, nada ele é. Dessa forma, a quantidade e qualidade dos bens que um sujeito possui, como seu patrimônio, definirão quem ele é na sociedade. O ser humano se afasta cada vez mais de sua essência humana, quanto mais se aumenta o poder do dinheiro, no interior de uma sociedade consumista.

> [...] na medida em que ele (o economista nacional) reduz a carência do trabalhador à mais necessária e mais miserável substância da vida física e sua atividade ao movimento mecânico mais abstrato; ele diz, portanto: o homem não tem nenhuma outra carência, nem de atividade, nem de fruição; pois ele proclama também esta vida como vida e existência humanas, na medida em que ele calcula a vida mais escassa possível como norma, e precisamente, como norma universal: universal porque vigente para a massa dos homens; ele faz do trabalhador um ser insensível e sem carências, assim como faz de sua atividade uma pura abstração de toda atividade; cada luxo do trabalhador aparece a ele, portanto, como reprovável e tudo o que ultrapassa a mais abstrata de todas as carências – seja como fruição ou externação de atividade – aparece a ele como luxo.[111]

Neste sentido, tem-se, na sociedade atual, a mesma configuração descrita acima por Marx. Na medida em que o capital reduz a carência das massas populares à medida necessária para sua subsistência, torna-as *seres insensíveis*, e cada luxo que estas procurem adquirir aparece como reprovável, até mesmo porque, na maioria das vezes, utilizam-se meios ilícitos para adquirirem estes bens de luxo.

Contudo, como se pode ter "expectativas" de comportamentos dessas massas, sendo que a dinâmica econômica espera que elas sejam *insensíveis*. Ao mesmo tempo em que a sociedade capitalista torna o ser humano dependente do seu patrimônio para poder definir seu próprio "ser", e, ao mesmo tempo em que se cria a dependência do uso da tecnologia da

---

[110] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 139.
[111] Ibid., p. 140.

informação para que os indivíduos possam se inter-relacionar na convivência social; reprova-se a própria procura das massas populares por mais produtos e mais dinheiro sendo que são estes elementos econômicos que definem quem o sujeito é na sociedade. É com esta situação contraditória, na qual a procura por inovações tecnológicas torna-se uma questão de necessidade, que as normas penais dos crimes patrimoniais têm que lidar.

Marx resume esta contradição, que está no interior da norma penal, em uma frase: "Quanto menos tu fores, quanto menos externares a tua vida, tanto mais tens, tanto maior é a tua vida exterirorizada, tanto mais acumulas da tua essência estranhada."[112] E ainda: "Ao trabalhador só é permitido ter tanto para que queira viver, e só é permitido querer viver para ter."[113]

O dinheiro transforma a essência humana em pura abstração, e ao mesmo tempo, é ele que transforma as forças essenciais que só existem no pensamento em forças efetivas. Dessa forma, se não se tem dinheiro, a essência humana fica apenas na abstração sem conseguir efetividade. De acordo com Marx, o dinheiro é a inversão universal das individualidades, é a confusão e a troca universal de todas as coisas, portanto, o mundo invertido, a confusão e a troca de todas as qualidades naturais e humanas.[114]

Vive-se, então, na configuração da sociedade atual, em um mundo no qual o poder *não humano* (o poder do Capital) é o que domina. O estranhamento reflete-se no fato de que o meu meio de vida pertence a outro, no fato de aquilo que é meu desejo ser a posse inacessível de um outro, no fato de que cada coisa mesma é um outro enquanto si mesma, no fato de que minha atividade é um outro.[115] Tem-se, aqui, a vitória das relações de propriedade privada sobre todas as qualidades humanas, a completa sujeição do proprietário à essência da propriedade privada, qual seja: o trabalho.

Karl Max aponta uma passagem de Say, o qual estabelece que: "O direito da propriedade privada exclusiva é imprescindível para que se estabeleça a troca entre os

---

[112] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 142.

[113] Ibid.
Tem-se, ainda, neste mesmo sentido, que o "ter" controla até mesmo o lugar em que as massas populares devem viver: O selvagem na sua caverna [...] não se sente estranho, ou sente-se, antes, como em casa, como o peixe na água. Mas o porão dos pobres é uma habitação hostil, que a ele resiste como potência estranha, que apenas se lhe entrega na medida mesma em que ele entrega a ela seu suor de sangue, que ele não pode considerar como seu lar – onde ele pudesse finalmente dizer: aqui estou em casa -, onde ele se encontra, antes, como estando na casa de um outro, numa casa estranha, que diariamente está à espreita e o expulsa, se não pagar o aluguel. Ibid., p. 146.

[114] FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 160.
O dinheiro faz da representação efetividade e da efetividade uma pura representação, transforma igualmente as forças essenciais humanas efetivas e naturais em puras representações abstratas e, por isso, em imperfeições, angustiantes fantasias, assim como, por outro lado, transforma as efetivas imperfeições, e fantasias, as suas forças essenciais realmente impotentes que só existem na imaginação do indivíduo, em forças essenciais efetivas e efetiva capacidade. MARX, op. cit., p. 160.

[115] Ibid., p. 147.

homens."[116] Como ficará demonstrado, ao decorrer deste Capítulo, a divisão do trabalho e a troca estão interligadas ao modelo de propriedade privada. Está aí a afirmação de que o trabalho é a essência das relações de propriedade privada. A fundação da sociedade está no interesse privado, e não no interesse social. As relações de troca e a divisão do trabalho são determinadas pelos interesses do mercado.

Na configuração da sociedade atual, o trabalho continua a ser um mero movimento, dentro destas relações mediadas pelos interesses do mercado. "A um individuo tem de ser atribuído o mínimo possível de operações – fragmentação do trabalho e concentração do capital; nulidade da produção individual e a produção da riqueza em massa."[117] Este é o entendimento da livre propriedade na divisão trabalho.

Perante o tema da divisão do trabalho, cumpre distinguir o trabalhador assalariado do trabalhador burocrático, o qual trabalha para o aparato do Estado: funcionários públicos. Esta distinção é importante para que se compreendam alguns aspectos da configuração social atual. Explica Claus Offe que um dos pressupostos à inclusão da força de trabalho na esfera do trabalho assalariado sob a forma de mercadoria seria, desde o início do desenvolvimento de sociedades capitalistas, o fato de que uma parte da força de trabalho não fosse organizada como mercadoria – o trabalhador burocrático.[118]

Pode-se afirmar que a força de trabalho produtiva (trabalho abstrato) é o trabalhador assalariado, responsável pela criação de valor. Já a força de trabalho improdutiva (trabalho concreto) é representada pelo funcionário público. Este, segundo os esclarecimentos de Claus Offe, não estaria vinculado à forma-mercadoria e se apresentaria sob a forma de valor de uso, consumido para certos fins. O trabalho concreto é um trabalho consumidor de riqueza, não se envolve no processo de valorização, mas recai, de forma direta, no consumo social. Dessa forma, para o trabalho improdutivo, não há o que se falar em mercado e mais-valia. O trabalho concreto não é mercadoria e não gera mercadoria.[119]

O trabalho abstrato também produz dinheiro, "[...] as relações entre mercadorias são dadas imediatamente, fazendo-se com que os valores se expressem nas mercadorias concretas, na forma de dinheiro."[120] Desta afirmação, decorre a assertiva de que uma sociedade é regulada pelo dinheiro. A transformação de dinheiro em capital ocorre quando a força de trabalho se converte na forma de mercadoria para o próprio trabalhador, ou seja, quando a

---

[116] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 153.
[117] Ibid., p. 156.
[118] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.182.
[119] Ibid., p. 184.
[120] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 53.

categoria de comércio de mercadorias já se apoderou da esfera da força de trabalho.[121] O Capital, portanto, comanda a produção dos bens. "Converte o produtor individual em trabalhador assalariado, disponível para a compra segundo as necessidades do próprio capital."[122] Nesta sistemática, os meios de produção são colocados em uma relação com a força de trabalho de modo que se produz valor que se valoriza.

Esclarece-se que no tipo de sociedade mercantil o processo de troca de mercadorias servia para o consumo individual do produtor. Já nas sociedades capitalistas o processo de troca está voltado para a finalidade de acumulação do capital. A mais-valia, como geradora de Capital, "[...] é a lei que governa a reprodução das relações capitalistas."[123] Percebe-se como a sociedade capitalista é em si contraditória, a mais-valia é a extração de trabalho não pago, ora, porque, então, não é considerada uma apropriação indevida? É uma violação às classes trabalhadoras, mas é essencial à reprodução da estrutura capitalista, para esta a extração de mais-valia é natural, jamais será considerada uma violação, ou uma apropriação indevida do valor produzido pelo trabalho humano. A norma penal irá representar o interesse da própria estrutura social capitalista.

Questiona-se, então, como é que o processo de valorização capitalista depende também de uma força de trabalho que não pode ser convertida na forma de mercadoria, ou seja, que não é produtiva? Aqui encontram-se as contradições existentes entre capital individual e capital global. O que interessa para o primeiro é o lucro, é a produção de mais-valia. Já o que interessa para o segundo é manter as condições de funcionamento do sistema global do capitalismo, e para esta manutenção de condições essenciais faz-se necessária a força de trabalho concreta ou improdutiva. Tem-se, portanto, a realização de funções de complementariedade para salvar o capital de suas limitações. Um exemplo seria a função daqueles responsáveis por sancionarem regras para disciplinar a relação jurídica entre proprietários e daqueles responsáveis por elaborarem normas para proteger a relação de propriedade privada da intervenção do Estado.

Ocorre, nas palavras de Claus Offe, a politização das funções de ordenamento que a economia de mercado não tem condições de assumir. O aparelho estatal recebe a tarefa de conciliar os interesses do capital individual com as condições de funcionamento do capital global. Assim, as contradições entre os interesses do capital individual e do capital global têm que serem mediadas por políticas do Estado, o que gera algumas consequências. Quanto mais concreta a

---

[121] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 53.
[122] Ibid., p. 54.
[123] Ibid.

política do Estado mais violentos e múltiplos os efeitos da polarização das contradições e os conflitos resultantes.[124] Na realidade de países periféricos, estas contradições são intensificadas. O sistema político-administrativo do capitalismo tardio e sua relação de complementariedade com as exigências funcionais do capital global gera sobrecarga com maiores riscos e perturbações,[125] notadamente no que se refere aos interesses do capital individual.

Esta configuração da sociedade reflete-se na configuração do Direito Penal, no sentido de que as políticas criminais são construídas sem a mínima contextualização com a realidade social, política e econômica de cada país.[126] O sistema penal é pressionado pelo capital global em manter determinadas condutas proibidas para tentar responder aos problemas estruturais da lógica de valorização do próprio capital. Em suma, a configuração do sistema penal é forçada a acompanhar a seguinte situação da configuração da sociedade atual:

> O desenvolvimento da sociedade industrial capitalista parece gerar fenômenos e elementos estruturais cumulativos, que escapam à determinação pelos interesses individuais de valorização do capital, e só podem ser reintegrados no interesse do capital global de modo extremamente ambivalente. Trata-se de fenômenos e estruturas que contém o germe de formas de organização não-capitalistas e que por isso mesmo interessam ao capital em uma perspectiva negativa: seu interesse é de investigar como a autonomização desses processos poderia ser bloqueada. Os problemas sistêmicos que hoje predominam no desenvolvimento capitalista, portanto, não são mais a exploração agressiva de novas fontes de valor e novas condições de valorização, mas a delimitação defensiva, a tentativa de prevenir e evitar estruturas extra-terroristas.[127]

O Direito Penal é, portanto, pressionado pelo sistema social e econômico a lidar com os problemas estruturais cumulativos do processo de valorização do capital global. Ele é chamado a responder às formas de organização que corrompem este processo de valorização, como um dos modos de bloqueá-las. A dogmática penal, notadamente no âmbito econômico, é acionada para construir novas formas defensivas e preventivas para salvar as estruturas do capital global. Quando estas novas formas são incorporadas na realidade de países de econômica dependente como o Brasil, há uma maior intensificação dos riscos, pois, muitas vezes, não se trata dos mesmos problemas estruturais para os quais o sistema penal fora

---

124 OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 188.

125 Ibid., p.189.

126 Cita-se como referência a este tema duas pesquisas: SPONCHIADO; Jéssica R.; FERNANDES, Fernando A. Acerca da fundamentação criminológica e da aplicação de políticas criminais na realidade latino-americana e brasileira. Financiamento FAPESP, 2011; SPONCHIADO; Jéssica R.; FERNANDES, Fernando A. Análise acerca das políticas públicas adotadas no âmbito penal de acordo com a realidade social, econômica e política brasileira. Financiamento FAPESP, 2012/2013.

127 OFFE, op. cit., p. 190.
"O que está em jogo é a desintegração sistêmica de uma estrutura social cuja identidade é determinada pela abstração da força de trabalho e da troca de equivalentes. Essa sociedade não consegue mais se organizar e reproduzir enquanto relação entre mercadorias e seus proprietários [...] o sistema do capitalismo tardio não está em condições de manter a ruptura estrutural entre áreas e processos orientados administrativamente e os orientados pelo processo de valorização do capital."

chamado a intervir. Mas em nome dos interesses do capital global, incorpora-se, mesmo com esta incompatibilidade, os comandos globais para a estruturação do sistema penal interno.

Será comentado adiante, mas apenas a título de exemplificação, é o que ocorre com os modelos de compartilhamento, como o *criminal compliance,* que estão sendo exigidos nas empresas como uma forma de prevenir a corrupção privada e uma futura intervenção penal, mas que ao serem incorporados em nossa realidade, não são contextualizados com as devidas particularidades da sociedade brasileira.

Em continuação com a análise das alterações nas relações entre trabalho abstrato e trabalho concreto com os interesses do capital individual e do capital global, cumpre explicar que os elementos estruturais das sociedades capitalistas modernas se destacam da forma-mercadoria em três níveis. Em todos estes níveis haverão reflexos na configuração do Direito Penal, como se verificará a seguir.

No primeiro nível está a parcela da população economicamente ativa cuja força de trabalho é utilizada por meio de quaisquer funções econômicas. Evidencia-se, aqui, o número significativo da população que não participa do mercado de trabalho sob a forma mercadoria, ou participa de forma marginal; inclui-se, neste ponto, o subproletariado. Neste primeiro nível destaca-se a relação de exclusão que ocorre:

> [...] há uma tentativa de neutralização, de forma não-conflitiva de certas parcelas da população que, do ponto de vista econômico, são supérfluas e parasitárias. A integração social desses grupos, em sua maioria sem funções no sistema, constitui cada vez mais um problema de estabilidade a ser tratado politicamente, na medida em que a forma de socialização daqueles grupos excluídos do trabalho assalariado que, no entanto, continuam vinculados às relações de dominação capitalista, representam um potencial específico de rebelião.[128]

Pode-se considerar que o sistema penal (notadamente, nos setores de criminalização de condutas que englobam os trabalhos informais, como a venda de produtos pirateados) tem agido como uma forma de tentar responder a este problema da integração social dos grupos que necessitam de uma neutralização, pois são parasitários à econômica capitalista. Nada melhor do que a pena privativa de liberdade para cumprir esta função.

Como um exemplo deste primeiro nível explicado refletido nas teorias do Direito Penal, Sílva Sánchez[129], bem aponta que ara as teorias da neutralização seletiva, a neutralização ou incapacitação de delinquentes seria colocar o "criminoso" na prisão pelo máximo período possível, sendo que, nesta visão, isto provocaria uma redução do número de fatos delitivos com baixos custos. Assim, na perspectiva de Sílva Sánchez, as teorias de neutralização não

---

[128] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 193.

[129] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 132.

mostram interesse pelas causas individuais ou sociais do delito, mas unicamente pelo seu controle ao menor custo possível. Explica-se que:

> O retorno da neutralização encontra-se em perfeita sintonia com a evolução ideológica geral da política criminal e não somente da política criminal norte-americana. Em tal evolução constatam-se vários elementos determinantes. O crescente desencanto, fundado ou não, em torno das possibilidades de uma intervenção ressocializadora do Estado sobre o delinquente. Elevadíssima sensibilidade ao risco e a obsessão pela segurança que mostram amplos grupos sociais. Desse modo parece estar assentada a base ideológica das proposições neutralizantes.[130]

No que tange ao segundo nível encontra-se a distribuição da população economicamente ativa que cumpre as funções geradoras, especificamente, de mais-valia, administrativa e de serviços. Há, neste nível, as forças de trabalho produtiva e improdutiva, mas o destaque está no trabalho concreto (força de trabalho improdutiva). Percebe-se que a substituição de trabalho abstrato pelo trabalho concreto tem ocorrido de forma crescente, o que representa uma mudança de direcionamento dos interesses do capital na configuração da sociedade atual: "[...] o que é decisivo não é mais a sua rentabilidade em termos de mais-valia e a vendabilidade de seus resultados, mas sim a qualidade imediata."[131] Portanto, esta mudança de direcionamento representa a transferência do desenvolvimento da esfera da troca para a esfera da decisão. O trabalho concreto deve se programar pelas necessidades da valorização do capital. Então, o que muda é apenas o direcionamento de estratégias do capital para sua valorização, e não esta em si mesma.

Esta modificação das estratégias de valorização do capital são claramente refletidas na configuração do Direito Penal moderno. Vê-se, hoje, um grande apelo para as criminalizações de condutas que giram em torno da corrupção pública. Este aumento da preocupação com as condutas corruptas de funcionários públicos é concomitante com aquela mudança de direcionamento das estratégias de valorização do capital, e da crescente utilização do trabalho concreto: na medida em que há progressiva substituição do trabalho abstrato pelo trabalho concreto, o sistema penal também deve acompanhar esta modificação.

A dogmática penal acompanha esta mudança de direcionamento e prepara-se para regulamentar as condutas de funcionários públicos que afetam os novos programas de valorização do capital, por meio do trabalho concreto. A dogmática penal é pressionada para

---

[130] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 133.

[131] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 197- 198.
A vinculação do trabalho concreto a premissas e necessidades do processo de valorização, do qual ele mesmo não participa de forma imediata, terá menos perspectivas de êxito, quanto mais altos forem os níveis de qualificação e o grau de especialização da força de trabalho: a força de trabalho qualificada e alocada a certas categorias de valor de uso opõe-se à sua subordinação a critérios de valor.

lidar com as contradições entre trabalho concreto e trabalho abstrato: "[...] cada elemento do processo de produção necessita agora da mediação do trabalho burocrático."[132] Cada decisão deve ser justificada. E os obstáculos criados pelos "[...] déficits de legitimação levam a essas tentativas de assegurar essa valorização do capital através das formas político-administrativas, o que torna-se, hoje, o ponto de partida da teoria da crise capitalista."[133]

No que se refere ao terceiro nível encontra-se o aproveitamento do valor social gerado em contexto de valorização capitalista: no contexto concreto de uso. Têm-se, neste ponto, os investimentos em infraestruturas, por exemplo. Estes investimentos do Capital não se destinam a elevar o rendimento da força de trabalho para converter em capital as parcelas de mais-valia, mas sim gerar valores de uso concretos. Não se cria o valor, mas se usa o valor. Apesar de não haver a criação de valor, a criação de valores de uso concreto é essencial para atingir as necessidades do próprio processo de valorização do capital.

Esquema 1 – Síntese

Resumo dos processos: Advento de formas de socialização que não são trabalho; Crescimento quantitativo de formas de trabalho que estão separadas do processo de valorização; Aumento das parcelas de mais-valia que de acordo com seu modo social de aplicação não são capital.
Características desses processos: Desvios da abstração da força de trabalho em mercadoria; Elementos estruturais cujo desenvolvimento está acelerado; São funcionalmente necessários ao processo de valorização; Fenômenos concretos – formas de vida e de produção orientadas para determinados fins. Contradição estrutural – causa de conflitos sociais e políticos; Produção abstrata de valor X criação de valor de uso e sua distribuição concreta; Integração social – mecanismos simbólicos de legitimação – conferir validade social à subordinação dos contextos de vida aos critérios abstratos da valorização.
Reflexos desta Configuração no Direito Penal Dogmática Penal e Infrações de Dever; Dogmática Penal e Novo direcionamento das estratégias de valorização do capital – Importância dada ao papel do Trabalho concreto Dogmática Penal e crimes cometidos por Funcionários Públicos Corrupção e Políticas Criminais Preventivas da Lei Anti-Corrupção.
Reflexos na estrutura de Classes Como o próprio processo de valorização do capital precisa utilizar trabalho concreto, acaba por gerar novas configurações na estrutura de classes.

Fonte: Elaborado por Jéssica Raquel Sponchiado

[132] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 198.
[133] Ibid., p. 200.

As atuais configurações do sistema capitalista global, ressaltadas acima, resultam em uma procura permanente de integração de elementos contraditórios no interior do sistema social, o que faz crescer "[...] a dependência deste sistema com relação à integração normativa, a única que lhe permite superar a contradição."[134] Levando esta afirmação para o campo do Direito Penal, a norma penal procura conciliar os elementos contraditórios do sistema social como forma de tentar superar as consequências negativas da própria contradição. Para que isto ocorra, as regras contidas nas normas têm que ser cumpridas sem restrições, e a eficiência é medida pelo respeito a essas normas, o que pode intensificar, e até mesmo justificar, os (equivocados) pensamentos penais que defendem uma elevação das punições para impedir o descumprimento das normas penais, pois este descumprimento abalaria a própria estratégia do sistema social em integrar os elementos contraditórios.

No que se refere a estas modificações apontadas nas relações modernas de trabalho, cabe acrescentar alguns pontos salientados pelo economista Luiz Gonzaga Belluzzo. O primeiro deles se refere à situação de que nas modernas relações de trabalho encontra-se a preocupação em manter uma motivação não só no trabalho, mas nos compromissos com o resultado deste. Faz-se necessária a abertura à realização dos valores de criatividade intelectual. Não menos por isso, que hoje muito se fala, no âmbito das discussões sobre patrimônio, do patrimônio intelectual atingindo este assunto o ápice do desenvolvimento acerca do patrimônio.

Desenvolvem-se, então, técnicas motivacionais nas formações dos futuros ingressantes no mercado de trabalho, aliada a submissão das grandes empresas à compulsão da concorrência e das inovações tecnológicas diante da moderna dinâmica da economia capitalista.

Salienta-se, ainda diante das modernas relações de trabalho, que ao lado desta realidade descrita acima, soma-se uma realidade subterrânea das grandes empresas, qual seja: o avanço do subemprego, das terceirizações, da precarização das condições de trabalho, as quais segundo Belluzzo[135] são condições ainda mais complexas pois são menos visíveis às próprias vítimas. No âmbito das grandes corporações, verifica-se que as relações de subordinação e dependência do empregado permitem uma maior flexibilidade de horário (por exemplo, a possibilidade de se realizar o trabalho em casa), mas que gera ao trabalhador uma condição de

---

[134] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 210.
[135] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

estar permanentemente disponível às exigências da empresa. Esta realidade traz consequências para o indivíduo tal como a destruição de sua subjetividade.

Acrescenta-se as diferenças que ocorrem, na sociedade atual, diante da separação entre proprietário e administrador (propriedade e controle).[136] Assim, não apenas na força de trabalho houveram modificações mas estas também ocorreram no âmbito da direção das empresas capitalistas. Como bem explica Belluzzo[137] entre 1940 e 1970, pode-se verificar que o padrão de concorrência estava fundado na estabilidade das estruturas de mercado oligopolizadas: oligopólios concentrados e oligopólios diferenciados. A própria organização empresarial mostrava-se burocratizada, sendo, então, necessária a separação daqueles que têm a propriedade daqueles que possuem o controle administrativo em uma gestão empresarial.

Outra metamorfose do sistema capitalista de produção está no poder que ocupa o capital financeiro e sua reconcentração e centralização de blocos de capital. Estas transformações no interior da dinâmica econômica também são acompanhas pela dogmática penal e pela criminologia econômica no sentido de que, hoje, pode-se perceber um acentuado estudo no que tange à responsabilidade penal não só dos proprietários do capital, mas notadamente dos administradores empresariais perante seus papéis sociais na empresa capitalista. Pode-se citar como exemplos deste reflexo na configuração do Direito Penal:

1. As análises perante os delitos de violação de dever, notadamente, no âmbito de informações sobre condutas de corrupção privada. 2. Diante dos diversos problemas em torno de fraudes contratuais e escândalos empresariais, o que se torna um problema ao capital global, tem-se o desenvolvimento de estudos penais sobre corrupção privada e *criminal compliance,* assim como sobre a justiça penal colaborativa, temas que estão diretamente relacionados com a configuração econômica atual. Segundo Belluzzo, "[...] a cumplicidade entre grandes corporações, bancos e governo é a marca registrada do capitalismo

---

[136] Na configuração da sociedade atual, a dominância da criação de valor na esfera financeira expressa o poder do acionista, notadamente no papel de administradores. Ora, a dogmática penal tem tentado se adequar, constantemente, a esta nova realidade de poder dos acionistas, enquanto administradores da gestão empresarial, e as condutas destes que podem interferir no funcionamento adequado do mercado global. A consequência desta geração de valor aos acionistas é a intensificação da concorrência entre as corporações sempre em busca da maximização do lucro. O sistema de créditos tornou a valorização do capital cada vez mais dependente das instituições financeiras e de suas ações. Todavia, esta nova realidade é marcada por decisões intertemporais, sem bases firmes, sem fundamentos que possam livrá-las de incertezas. Os riscos que caracterizam a sociedade atual também são imprevisíveis, de alta gravidade e pontencialidade, não determináveis no tempo porque são decorrentes destas decisões. Uma das causas destas características das decisões e dos riscos relaciona-se com as formas de valorização do capital (perante a concorrência) que se apresentam de forma subordinada à valorização do capital fictício e as formas de renda aparecem subordinadas à forma da renda capitalizada. Em suma, as normas de valorização do capital são estabelecidas no mercado de valores o que gera as características especiais na sociedade atual. O reflexo na configuração do direito penal verifica-se nos fundamentos incertos, como a elaboração de normas flexíveis ou, por exemplo, normas de perigo abstrato, que acompanhe as incertezas das decisões capitalistas e os riscos que são por estas proporcionados. Isto não ocorre simplesmente porque é uma característica da sociedade atual que pressiona o sistema penal, mas sim porque é o próprio funcionamento do sistema capitalista de produção refletido na configuração do Direito Penal.

[137] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

contemporâneo"[138], o que se reflete de forma direta na configuração da dogmática penal e da criminologia econômica, principalmente neste campo da colaboração premiada e dos procedimentos de *whistleblowing*. 3. O poder que o capital financeiro representa na configuração da sociedade atual gera a necessidade de que o Direito Penal o acompanhe, principalmente no que se refere aos crimes que podem comprometer a estrutura e dinâmica do sistema financeiro e do mercado de capitais, em nível global.

Assim, os estudos de violações de dever, da corrupção privada, das colaborações premiadas, dos procedimentos de *whistleblowing* e da criminalização de condutas que afetem a dinâmica do sistema financeiro e do mercado de capitais são exemplos claros da inter-relação entre sistema econômico global, suas modificações (em específico: as estratégias de valorização do Capital) e o acompanhamento destas pelo Direito Penal.

Cabe indagar: quais, então as consequências destas modificações para o tema aqui trabalhado? A resposta é a seguinte: Com todas estas modificações na estrutura econômica e na estrutura dogmática, os crimes patrimoniais clássicos, cujo injusto tenha um significado de dano individual não acompanha a valoração que a sociedade atual dá ao patrimônio e a propriedade privada. Além disso, verifica-se que a potencialidade e gravidade de abalo à ordem do Direito, diante da configuração atual da sociedade, encontram-se nitidamente nestas novas condutas de cunho econômico-empresarial das quais a dogmática penal tem trabalhado, do que nos pequenos furtos e roubos. Assim, a estruturação das normas em relação a estes últimos deve acompanhar a diminuição da valoração das condutas as quais não apresentam tamanha potencialidade de abalar as estruturas normativas (notadamente do mercado), nem tenham a gravidade de gerar uma danosidade social, indo além dos meros danos individuais.

A cumplicidade entre as grandes corporações, bancos e governos está relacionada a estrutura normativa do mercado, a qual não pode ser desestabilizada. Perante os discursos neoliberais, as grandes corporações passam a cumprir o papel de decidir sobre os destinos da convivência social, e acabam, muitas vezes, violando os postulados do Estado de Direito. Como bem estabelece Belluzzo, tem-se a "[...] volta ao capitalismo primitivo em que o desamparo e a miséria eram considerados fenômenos naturais, frutos da incompetência individual."[139] Há, portanto, uma lógica dissipada de valorização das estruturas normativas do mercado em um contexto que a "[...] ética da solidariedade é substituída pela ética da

---

[138] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 32. Destaca-se o crescente interesse das grandes empresas em realizar contratos com os governos para conseguirem impostos mais baixos e relaxamento de restrições ambientais. Segundo Belluzzo vive-se em uma realidade em que o capitalismo atropela a democracia, em que as políticas neoliberais procuram uma restruturação regressiva nhoque tange aos direitos sociais. Afirma-se que: as classes dominantes e dirigentes, em escala mundial, apostam e ganham no retrocesso, no recuo das conquistas sociais e econômicas das classes subalternas.

[139] Ibid., p. 176.

eficiência."[140] O contexto individualista pode se refletir nas tendências de intensificar a punição e a criminalização de condutas que ofendem o patrimônio ou as relações de propriedade de forma errônea, pois o Direito Penal não pode se submeter a um dano de cunho meramente individual, de forma a ignorar as desigualdades sociais mais aparentes.

Nos parâmetros teóricos da concepção liberal do Direito Penal, este era uma garantia de que apenas um sistema de regras positivas e emanadas do poder do Estado seria legítimo para poder julgar e punir aqueles que violam as normas abstratas estabelecidas por este mesmo Estado.[141] Assim, o Direito Penal seria a garantia de que indivíduos não seriam condenados antecipadamente por opiniões autocráticas, pessoais, preconceituosas, sem que tenha se comprovado, mediante o contraditório, a real transgressão das normas sancionadas. Verifica-se, no contexto em que estamos inseridos, que não está havendo o mínimo respeito perante estes parâmetros teóricos do Estado de Direito e aos princípios político-criminais clássicos cunhados pela Filosofia Política do Iluminismo, notadamente no que se refere à atuação por parte dos juízes, altamente influenciados pelos meios de comunicação em massa, na aplicação e interpretação das normas penais no âmbito dos crimes patrimoniais, os quais passam por cima dos estudos científicos de dogmática penal, e requerem, justamente ao lado do clamor público, uma maior intervenção do Direito Penal, no sentido de se ter mais punição e retribuição, como este fosse o meio adequado para se resolver problemas essencialmente estruturais da configuração econômica da sociedade.

Pois bem, as normas penais da forma como estão estruturadas perante os crimes patrimoniais não estão atualizadas no que se refere a real valoração que o patrimônio e a propriedade privada recebem na configuração da sociedade atual, e a aplicação destas normas por parte dos juízes desconhece os instrumentos dogmático-penais de limitação da intervenção punitiva diante da liberdade individual segundo os quais apenas o injusto cujo significado produz uma danosidade social poderia ser considerado enquanto merecedor de pena.

Segundo algumas vertentes da Criminologia Crítica[142] é evidente a relação entre as modificações do mercado de trabalho e o sistema jurídico-penal. Em uma sociedade configurada sob uma intensa concentração de renda e riqueza, verifica-se, de forma massiva, o desemprego, a insegurança e a precariedade das relações sociais, condições atuais estas refletidas no sistema jurídico-penal, principalmente na expansão ilimitada da política

---

[140] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 176.
[141] Ibid.
[142] Pode-se destacar estudos criminológicos como os de Georg Rusche e Otto Kirchheimer e na América Latina os estudos de Lola Anyiar de Castro.

criminal, como tentativa de conter estes reflexos estruturais do sistema econômico. A seguinte situação pressiona, de maneira evidente, a configuração atual do direito penal: "Na era do capitalismo turbinado e *financeirizado*, os frutos do crescimento se concentram nas mãos dos detentores de carteiras de títulos que representam direitos à apropriação da renda e da riqueza." E ainda: "Para os demais, perdura a ameaça do desemprego, a crescente insegurança e precariedade das novas ocupações, a exclusão social."[143] É neste contexto que se apresenta a expansão penal. Sobre esta, bem aponta Sílva Sánchez que,

> A expansão do Direito Penal buscaria no permanente recurso à legislação penal uma aparente **solução fácil aos problemas sociais**, deslocando ao plano simbólico, isto é, da declaração de princípios que tranqüiliza a opinião pública o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade da proteção efetiva [...]. As instituições do Estado não somente acolham tais demandas irracionais sem qualquer reflexão, em vez de introduzir elementos de racionalização nas mesmas, como ainda as **realimentam em termos populistas**.[144]

Para restar evidente algumas ligações entre a configuração do Direito Penal e as modificações que ocorreram na configuração da sociedade atual no sentido de acompanhar as novas estratégias de valorização do capital, as quais não estão atualizadas pelas normas penais no âmbito dos crimes patrimoniais perante os injustos que produzem danos de cunho individual, cumpre estudar, em específico e voltado aos fins deste trabalho, a relação entre o modelo de estranhamento do trabalho (um dos fundamentos da valorização do capital) e as relações de propriedade privada. Só assim, ter-se-á uma boa base para a compreensão dos interesses que as normas penais dos crimes patrimoniais observam.

Tem-se que compreender a interconexão essencial entre "[...] a propriedade privada, a separação de trabalho, capital e propriedade da terra, de troca e concorrência, de valor e desvalorização do homem, de monopólio e concorrência, de todo este estranhamento com o sistema do dinheiro."[145]

Para entender as conexões entre os diversos elementos já explicados até aqui, deve-se partir do estudo de um fato presente na realidade: qual seja: a classe trabalhadora se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, ela se torna uma mercadoria tão mais barata

---

[143] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 173.
No mesmo sentido, bem aponta Luciano A. de Souza: Valendo-se de operações policiais grandiosas e dirigidas contra indivíduos com certa projeção social, tenta-se transmitir ao cidadão comum a ideia de que ele não poderá desviar as suas condutas, sob pena de sofrer uma repressão tão mais rigorosa e eficaz. SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 157.

[144] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 23. (grifo nosso)

[145] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 80.

quanto mais mercadorias cria.[146] Afirma-se que: "[...] com a valorização do mundo das coisas aumenta-se, em proporção direta, a desvalorização do mundo dos homens."[147]

No campo da ciência jurídico-penal, esta afirmação é válida quando se analisa a supervalorização da proteção do patrimônio individual em detrimento da liberdade do agente que realizou a conduta tipificada. Desse modo, verifica-se que há uma supervalorização dos bens com valores econômicos e uma desvalorização do ser humano perante as consequências jurídicas das condutas que afetam o patrimônio individual as quais recaem sob penas privativas de liberdade, em cárceres sem as mínimas condições de dignidade humana. Assim, coloca-se, claramente, a valorização das coisas em um patamar superior à valorização do ser humano quando submete este às condições degradantes do cárcere em nome da proteção do patrimônio e das relações de propriedade privada. Ressalta-se que esta análise é referida ao plano das consequências jurídicas e não propriamente da configuração do injusto.

Como foi estabelecido desde o início deste capítulo, é necessária a explicação das ligações existentes por detrás de conceitos jurídicos. É preciso, então, entender as relações de propriedade privada, as quais estão asseguradas pela norma penal, em sua conexão com a objetivação do trabalho. Pois sem esta não há elementos fundantes da propriedade privada. Passa-se agora à explicação de conceitos como objetivação do trabalho, estranhamento, exteriorização para que se possa perceber a ligação destes conceitos com o conceito de propriedade privada e quais os reflexos no sistema jurídico-penal.

Compreende-se como objeto aquilo que o trabalho produz, ou seja, o seu produto. Este objeto produzido pelo trabalho defronta-se com um ser estranho. "O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, fez-se coisal, é a objetivação do trabalho."[148] Em outras palavras, a objetivação do trabalho é quando este se reflete em seu produto, seu objeto. Tem-se, então, nos dizeres de Marx, "[...] a objetivação como perda do objeto e servidão ao objeto, apropriação como estranhamento, como alienação."[149] O trabalho, portanto, torna-se um objeto do qual "[...] o trabalhador só pode se apossar com os maiores esforços e com as mais extraordinárias interrupções."[150] A apropriação do objeto aparece, assim, como estranhamento. Quanto mais se produz objetos, menos se pode possuir e mais se permanece sob o domínio do capital. Perante a determinação de que o trabalhador se relaciona com o produto de seu trabalho como um objeto estranho, tem-se algumas consequências. A primeira destas consequências que se pode apontar é que quanto mais o trabalhador se desgasta

---

146 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 80.
147 Ibid.
148 Ibid.
149 Ibid.
150 Ibid., p. 81.

trabalhando, "[...] tanto mais poderoso se torna o mundo objetivo alheio que ele cria diante de si, tanto mais pobre se torna ele mesmo, seu mundo interior, e tanto menos o trabalhador pertence à si próprio." [151]

Dessa forma, o estranhamento do trabalhador em seu objeto se expressa em que

> Quanto mais o trabalhador produz, menos tem para consumir; que quanto mais valores cria, mais sem-valor e indigno ele se torna; quanto mais bem formado o seu produto, tanto mais deformado ele fica; quanto mais civilizado seu objeto, mais bárbaro o trabalhador; que quanto mais poderoso o trabalho, mais impotente o trabalhador se torna; quanto mais rico de espírito o trabalho, mais pobre de espírito e servo da natureza se torna o trabalhador.[152]

Não se pode ocultar nas análises sobre a estrutura social, na qual a dogmática jurídico-penal está inserida, o estranhamento que está na essência do trabalho, não se pode deixar de considerar a relação imediata entre o trabalhador, o trabalho e a produção, pois esta relação gera consequências em toda a superestrutura social, na qual o Direito está inserido. Este estranhamento, que está na essência do trabalho, deprecia e desvaloriza o ser humano, colocando-o em segundo plano, e é com esta realidade que a ciência jurídico-penal se relaciona, notadamente no campo dos crimes patrimoniais que atingem as relações de propriedade privada.

Para entender a relação entre trabalho e produção, tem-se que perceber que

> O trabalho produz maravilhas para os ricos, mas produz privação para o trabalhador. Produz palácios, mas cavernas para o trabalhador. Produz beleza, mas deformação para o trabalhador. Substitui o trabalho por máquinas, mas lança uma parte dos trabalhadores de volta a um trabalho bárbaro e faz da outra parte máquinas. Produz espírito, mas produz imbecilidade, cretinismo para o trabalhador.[153]

Assim sendo, a relação imediata do trabalho com seus produtos é a relação do(a) trabalhador(a) com os objetos da sua produção. O estranhamento não é verificado apenas no resultado da produção, mas, principalmente, na própria atividade de produção, no próprio ato de produção. O produto é o resultado final da atividade produtiva. Se o produto do trabalho é a exteriorização, então, a própria produção é "[...] a exteriorização ativa, a exteriorização da atividade, a atividade da exteriorização."[154]

Apresenta-se sobre a exteriorização da atividade que o trabalho é externo ao trabalhador, isto é, "[...] não pertence ao seu ser, *mas nega-se nele*."[155] O trabalho, então, passa a ser a própria negação do(a) trabalhador(a) enquanto ser humano. Os (as) trabalhadores (as) não se sentem realizados em seus trabalhos, mas infelizes, não se "[...] desenvolve nenhuma energia

---

[151] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 81.
[152] Ibid., p. 82.
[153] Ibid.
[154] Ibid.
[155] Ibid., grifo do autor.

física e espiritual livre, mas mortifica sua *physis* e arruína o seu espírito."[156] De acordo com Marx, o trabalho externo, o trabalho no qual o homem se exterioriza, é um trabalho de auto-sacrifício, de mortificação.[157] Compreende-se, portanto, que a atividade do trabalhador não é a sua *auto-atividade*. A atividade produtiva é a perda de si mesmo e pertence a outro.

Esse estranhamento da atividade produtiva humana pode ser resumido sob dois aspectos: 1. O estranhamento contido na relação do trabalhador com o produto do trabalho como objeto estranho e poderoso sobre ele. Tem-se, aqui, o *estranhamento da coisa. 2. O* estranhamento contido na relação do trabalho com o ato de produção no interior do trabalho. Esta relação é a relação do trabalhador com a sua própria atividade enquanto atividade estranha não pertencente a ele, "[...] a atividade como miséria, a força como impotência."[158] Tem-se, aqui, o *estranhamento de si.*

Estes dois aspectos do trabalho estranhado apontam para algumas consequências: A primeira estaria na transposição do ser genérico do homem, tanto da natureza quando da faculdade genérica espiritual dele, a um ser estranho a ele. "Estranha do homem o seu próprio corpo, assim como a natureza fora dele, tal com a sua essência espiritual, a sua essência humana."[159] Tem-se, portanto, que o estranhamento da coisa, ou seja, o estranhamento contido na relação entre trabalhador (a) e o objeto por ele produzido, leva ao estranhamento de sua essência humana.

A segunda consequência que pode ser percebida é: o fato de que o ser humano está estranhado do produto do seu trabalho, de sua atividade vital e de seu ser genérico, é o estranhamento do *homem pelo próprio homem*.[160] Assim, o estranhamento de si leva ao estranhamento de um ser humano perante o outro.

Neste contexto, tendências modernas da dogmática penal trabalham com um pressuposto teórico de que a sociedade baseia-se em princípios como a solidariedade que pautam as expectativas sociais. Mas como se pode falar em uma sociedade baseada em solidariedade se esta sociedade é formada por diversas relações assimétricas nas quais se encontram as consequências do estranhamento sob seus dois aspectos analisados acima, os quais resultam no estranhamento da própria essência humana e no estranhamento de um ser humano perante o outro. Se ocorrem estes estranhamentos, como esperar comportamentos baseados em um discurso de solidariedade, ou de cumprimento de expectativas seja elas

---

156 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 82.
157 Ibid., p. 83.
158 Ibid., p. 84.
159 Ibid., p. 85.
160 Ibid.

cognitivas seja elas normativas, sendo que estão inseridas em uma realidade na qual um ser humano não reconhece a si mesmo enquanto ser humano, muito menos, reconhecerá o outro.

Na perspectiva esclarecida por Marx, "[...] a questão de que o homem está estranhado do seu ser genérico quer dizer que um homem está estranhado do outro, assim cada um deles está estranhado da essência humana."[161] Como esperar, então, expectativas de cumprimento de deveres de solidariedade em uma estrutura social baseada nesta configuração de estranhamento? Como esperar o cumprimento dos papéis sociais impostos aos indivíduos?

Questiona-se, neste ponto, que se a atividade é uma atividade estranha daquele que a executa, então a quem ela pertence? Responde Marx que a atividade estranhada pertence a um outro ser humano, que não esteja enquadrado na classe assalariada. Afirma, ainda, que apenas um outro ser humano tem o poder de estranhar a essência humana de outros indivíduos. A atividade estranhada é apropriada por um estranho. Inicia-se, aqui, a relação entre o capitalista, o qual realiza essa apropriação, e o trabalho.[162]

Neste momento, afirma-se que "[...] a propriedade privada é, portanto, o produto, o resultado, a consequência necessária do trabalho exteriorizado, da relação externa do trabalhador com a natureza e consigo mesmo."[163] Ora bem, o Direito Penal ao proteger as relações de propriedade privada protege, então, a condição de trabalho exteriorizado, a condição de ser humano exteriorizado, estranhado. O Direito Penal estabiliza, ao proteger a propriedade privada, as condições e as consequências dos aspectos do estranhamento, ou seja, do estranhamento da coisa, do estranhamento da essência humana, do estranhamento de si, do estranhamento ser humano pelo ser humano.

Se a "[...] propriedade privada resulta do conceito de trabalho exteriorizado, isto é, de homem exteriorizado, de trabalho estranhado, de vida estranhada, de homem estranhado"[164], o Direito Penal e a dogmática jurídico-penal não estão separados deste conceito de propriedade privada aliado ao conceito de estranhamento. Tem-se que assumir a contradição do Direito Penal ao proteger a propriedade privada para poder trabalhar com os limites da dogmática penal. Assim, considera-se propriedade privada, na concepção trabalhada aqui por Karl Marx, na qual "[...] a propriedade privada aparece como consequência do trabalho estranhado, antes

---

161 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 86.

162 Ibid., p. 107. "A prostituição é somete uma expressão particular da prostituição universal do trabalhador, e posto que a prostituição é uma relação na qual entra não só o prostituído, mas também o prostituidor, assim cai também o capitalista nesta categoria."

163 Ibid., p. 87.

164 Ibid., p. 88.

mesmo de ser o seu próprio fundamento."[165] Está aí, então, uma explicação do porquê da supervalorização das relações de propriedade privada pelo sistema penal.

A relação entre propriedade privada e estranhamento se transforma em relação recíproca. De acordo com Marx, somente no derradeiro ponto de perfeição do desenvolvimento da propriedade privada vem à tona novamente este seu mistério, qual seja: "[...] que é, por um lado, o produto do trabalho exteriorizado e, em segundo lugar, que é o meio através do qual o trabalho se exterioriza, a realização desta exteriorização."[166]

Diante desta relação recíproca, verificam-se alguns problemas. Karl Marx demonstra como que a economia clássica "[...] parte do trabalho como sendo propriamente a alma da produção, e, apesar disso, nada concede ao trabalho e tudo à propriedade privada."[167] A análise marxista, porém, reconhece esta contradição e a define como a "[...] contradição do trabalho estranhado consigo mesmo, e que à economia clássica apenas restou enunciar as leis do trabalho estranhado."[168] Pode-se dizer, neste mesmo sentido apontado por Marx, que a ciência jurídico-penal também constrói seus conceitos por meio de uma atitude valorativa à estas contradições apresentadas, mas ao invés de assumir tais contradições, apenas enuncia as leis que as regularão.

O Direito demonstra apenas as leis do trabalho estranhado, e a dogmática jurídico-penal apenas se estabelece perante estas leis, sem lidar com as contradições existentes. Pretende-se, neste trabalho, a partir desta demonstração das contradições, encontrar uma forma que a ciência jurídico-penal possa limitar os efeitos tão negativos de toda essa estrutura social fundada neste mecanismo de estranhamento.

Apresentam-se duas relações de suma importância e que são refletidas na ciência jurídico-penal: "[...] salário é uma consequência imediata do trabalho estranhado, e o trabalho estranhado é a causa imediata da propriedade privada."[169] Por isso, a análise da tutela penal da propriedade privada e do patrimônio individual não pode ser estabelecida sem antes esta consciência de que a propriedade privada é resultado do próprio trabalho estranhado cuja consequência imediata é o salário. Pois de nada adianta um melhoramento deste em relação a uma real libertação do ser humano ao estranhamento.

A ciência jurídico-penal, notadamente, a dogmática penal deve estar aberta para dois problemas: O primeiro é determinar a essência universal da propriedade privada, tal como se constituiu enquanto resultado do trabalho estranhado, em sua relação com a propriedade

---

[165] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 88.
[166] Ibid.
[167] Ibid.
[168] Ibid.
[169] Ibid.

verdadeiramente humana e social; o segundo problema é: fazer com que a dogmática penal admita o estranhamento do trabalho, sua exteriorização enquanto um fato, analisar este fato e conceber a propriedade privada como fruto desta situação real. A partir desta atitude se pode construir limites aos efeitos negativos desta realidade, sem apelar para teorias que negam as contradições existentes em nossa estrutura social, e que buscam uma maior intervenção penal como forma de resolver problemas estruturais do sistema.

Diante da realidade de trabalho, de apropriação como estranhamento, este estranhamento está presente na suposta sociedade civilizada, e aqueles inseridos nesta lógica adquirem o *status* de cidadão com a aquisição e respeito aos valores civis burgueses. Então, quando trabalharmos com teorias que elaboram a dogmática penal perante os estudos de deveres dos cidadãos e de sua responsabilidade perante as condições de liberdade, tem-se que ter em mente de qual sociedade estar a se falar. No caso, trata-se de uma sociedade cujo *status* de cidadão está interligado à submissão deste ao estranhamento, à apropriação enquanto estranhamento, e à imposição de valores civis burgueses.

Por fim, a título de simplificação, tentou-se mostrar neste tópico que a dogmática penal dos crimes patrimoniais não pode ser analisada sem a análise prévia da relação de propriedade do não-trabalhador (do proprietário de capital) com o trabalhador (o não proprietário) e com o trabalho. A propriedade privada é concebida, então, como a expressão do trabalho exteriorizado e carrega as duas relações: a relação do trabalhador, com o trabalho e com o produto do seu trabalho e com o não-trabalhador, e a relação do não-trabalhador com o trabalhador e com o produto do trabalho deste último.[170] É com esta realidade que trabalhar-se-á a dogmática jurídico-penal nesta pesquisa. A propriedade privada deve ser compreendida por meio de sua relação com o trabalho e com o capital. No campo da análise dos crimes patrimoniais, verificar-se-á que a dogmática jurídico-penal trabalhará apenas com conceitos de patrimônio ou de propriedade estritamente jurídico, sem mostrar estas relações sociológicas que ocorrem previamente e materialmente sob o conceito de propriedade.

---

[170] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 90.
Por um lado, trata-se da produção da atividade humana enquanto trabalho, ou seja, enquanto uma atividade totalmente estranha a si, ao homem e à natureza e, por conseguinte, a consciência e manifestação de vida também como atividade estranha; a existência abstrata do homem como um puro homem que trabalha e que, por isso, pode precipitar-se diariamente de seu pleno nada no nada absoluto e, portanto, na sua efetiva não-existência. Por outro, trata-se da produção do objeto da atividade humana como capital, no qual toda determinidade natural e social do objeto está extinta, em que a propriedade privada perdeu sua qualidade natural e social no qual também o mesmo capital permanece o mesmo na mais diversificada existência natural e social, é completamente indiferente ao seu conteúdo efetivo. Esta oposição levada ao seu extremo é necessariamente o auge, a culminância e o declínio de toda a relação. Ibid., p. 93.

O estudo sociológico marxista de propriedade privada, também, aponta que a essência subjetiva desta é o próprio trabalho. A propriedade privada se incorpora ao próprio homem e reconhece o próprio enquanto sua essência.[171]

> Assim como a propriedade fundiária é a primeira forma de propriedade privada, assim como a indústria historicamente se lhe defronta antes de tudo simplesmente como uma espécie particular de propriedade – ou melhor, é o escravo liberto da propriedade fundiária -, assim este processo se repete junto da apreensão científica da essência subjetiva da propriedade privada, do trabalho, e do trabalho que aparece em primeiro lugar somente enquanto trabalho de cultivo da terra, mas que se faz valer depois como trabalho em geral. Toda a riqueza se tornou riqueza industrial, riqueza do trabalho, e a industrial é o trabalho completado, assim como a essência fabril é a essência desenvolvida da industrial, isto é, do trabalho, e o capital industrial e a figura objetiva tornada completa da propriedade privada.[172]

Afirma-se, portanto, que somente "[...] a propriedade privada a partir de seu surgimento pode exercer o seu pleno domínio sobre o homem e tornar-se, na forma mais universal, um poder histórico-mundial."[173] A propriedade privada contém em si uma relação contraditória: "[...] o *trabalho*, a essência subjetiva da propriedade privada enquanto exclusão da propriedade, e o *capital*, o trabalho objetivo enquanto exclusão do trabalho, são a *propriedade privada* enquanto sua relação desenvolvida da contradição."[174] Assim, entende-se que o trabalho, o qual representa a essência subjetiva da propriedade privada e o capital enquanto exclusão desta essência subjetiva, formam a unidade contraditória da propriedade privada. O trabalho sendo um *trabalho não livre é a fonte da nocividade da propriedade privada* e de sua existência enquanto estranhamento do ser humano. Em suma, tem-se que a propriedade privada é a expressão material da vida humana estranhada.[175] E por isso, é tão importante para a valoração das normas penais.

Karl Marx explica que a supra-sunção positiva da propriedade privada é apropriação da vida humana, é a supra-sunção positiva do estranhamento, é o retorno do ser humano à sua própria existência humana enquanto ser social. Afirma-se que "[...] a minha própria existência é atividade social, por isso, o que faço a partir de mim, faço a partir de mim para a sociedade, e com a consciência de mim como um ser social."[176] A sociedade não pode ser fixada como uma abstração frente aos indivíduos. O indivíduo sendo ser social, sua manifestação de vida é uma externação e uma confirmação da vida social.

---

171 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 100. (grifo do autor).
172 Ibid., p. 102.
173 Ibid.
174 Ibid., p. 103.
175 Ibid., p. 106.
176 Ibid., p. 107.

A propriedade privada é a expressão de que o indivíduo se torna, ao mesmo tempo, objetivo para si e estranho, não humano. Sua externação de vida é, simultaneamente, a sua efetivação e a negação desta efetivação: uma efetivação estranha. A supra-sunção positiva da propriedade não procura a apropriação da essência e da vida humana apenas no sentido do *ter*. Para que haja a apropriação da essência e da vida humana, tem-se que libertar deste sentido unilateral do ter, e torna-se um ser social.

Nas relações de propriedade privada um objeto só é meu se eu o tenho enquanto capital ou quando é um objeto que eu posso usá-lo a meu proveito. A propriedade privada apreende todas as efetivações imediatas do ter e a *vida* passa a ser a *vida da propriedade privada*: o trabalho e o capital em uma unidade dialética. "O lugar de todos os sentidos físicos e espirituais passou a ser ocupado, portanto, pelo simples estranhamento de todos esses sentidos, pelo sentido do ter. A esta absoluta miséria tinha de ser reduzida a essência humana."[177]

Perante esta redução da essência humana, indaga-se: O que é, então, o ser humano em uma sociedade de interesses privados e fundada na propriedade privada? Se é o indivíduo que coloca concretude às categorias abstratas da ciência jurídica, então, o que é este indivíduo para a sociedade capitalista?

O capital não conhece os indivíduos enquanto seres humanos, mas somente como instrumentos de produção:

> [...] os quais têm de render tanto quanto possível e fazer tão poucas despesas quanto possível [...] a indústria, que os convocou a todos, somente os deixa viver enquanto precisa deles, e assim que pode libertar-se deles, ela os abandona sem a mínima hesitação; e os trabalhadores são forçados a ofertar a sua pessoa e a sua força pelo preço que se lhes quiser atribuir. Quanto mais o trabalho que se lhes dá é longo, penoso, repugnante, tanto menos eles são pagos. [178]

Karl Marx explica que o capital é o homem totalmente perdido de si. "O homem nada mais é do que trabalhador e, como trabalhador, suas propriedades humanas o são apenas na medida em que o são para o capital, que lhe é estranho."[179] Acrescenta-se que, o trabalhador tem existência não enquanto homem, mas apenas enquanto trabalhador.

Neste sentido, cumpre dialogar esta visão de Marx com a interpretação de Ruy Fausto[180] acerca da constituição do ser humano em uma econômica capitalista. Ruy Fausto, em seu texto *Dialética Marxista: Antropologismo, antiantropologismo*; afirma que na obra

---

[177] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 108.
[178] Ibid., p. 138. Análises de Karl Marx sobre Economistas Clássicos.
[179] Ibid. p. 90.
[180] FAUSTO, Ruy. Dialética marxista, antropologismo, antiantropologismo. **Discurso,** São Paulo, n. 8, p. 71, jun. 1978. Disponível em: <http://www. Revistas.usp.br/discurso/article/view/37835>. Acesso em: 2015.

Fenomenologia do Espírito de Hegel, não se apresenta uma história do espírito, mas sim a história da constituição do espírito, ou seja, apresenta-se a pré-história do espírito. Este é posto apenas no final do processo e até lá o que é exprimível são os predicados (ou determinações) do espírito, pois toda expressão de um ser enquanto sujeito no nível da sua pré-história implica na posição de algo que ainda não é real.

Do mesmo modo, para Ruy Fausto, Karl Marx tratou sobre a constituição do ser humano: "[...] o ser humano é o operário ou operária, o ser humano é o capitalista, o ser humano é o cidadão, o ser humano é o servo, é o senhor feudal."[181]

Assim, o ser humano que deveria ser o sujeito passa ao seu predicado. Os predicados é que são postos efetivamente na realidade concreta, na qual não há elementos para o ser humano ser posto em sua completude enquanto sujeito. Estes predicados (ou determinações) são de fato as negações do ser humano no sistema capitalista de produção.

Em uma sociedade comandada pelo capital, tem-se que este é o sujeito central e não o ser humano (ou melhor, os seus predicados – pois o ser humano no capitalismo ainda não existe em sua completude, é negado por seus predicados). No sistema capitalista de produção o sujeito é o Capital, este é que domina as relações sociais, é o sujeito de um processo. Já os predicados operário/capitalista são suportes do sujeito Capital, este é sujeito porque ele é um movimento autônomo, um objeto-movimento.[182]

O ser humano conseguiria vir a ser apenas na forma de seus predicados, que são a sua própria negação. A dialética marxista, segundo Ruy Fausto, assume a própria negação do ser humano para que ele não negue a si próprio. "Assumimos a negação dialética para não sofrer a negação vulgar. E na medida em que a negação dialética contém a contradição [...] poderíamos dizer que assumimos a contradição para não nos contradizer."[183]

De extrema importância é entender que "[...] o movimento sujeito/predicado não exprime somente uma negação do sujeito, um desaparecimento do sujeito no predicado, mas exprime também uma negação que é também conservação do sujeito enquanto sujeito pressuposto, negado."[184] Esta explicação é relevante para entender que o sistema jurídico-penal, tanto em discursos como o da tutela penal dos Direitos Humanos quanto na proteção

---

[181] Ruy Fausto exemplificou os predicados a partir destes termos. Entretanto, pode-se realizar uma comparação com o fato de que hoje pode-se dizer que o sujeito reflete-se em seu predicado enquanto "louco", "criminoso", "viciado em drogas", dentre outros.

[182] FAUSTO, Ruy. Dialética marxista, antropologismo, antiantropologismo. **Discurso,** São Paulo, n. 8, p. 71, jun. 1978. Disponível em: <http://www. Revistas.usp.br/discurso/article/view/37835>. Acesso em: 2015.

[183] Ibid., p. 75.

[184] Ibid., p. 82.
O economista Belluzzo, em sua obra "O Capital e suas metamorfoses" afirma que o sujeito, na sociedade capitalista, é o próprio capital e o trabalho e sua extensão. BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 74.

clássica à propriedade privada, busca proteger a conservação da negação do sujeito no predicado. O sistema jurídico-penal lida com o movimento de reflexão do sujeito no predicado, e com a realidade do capital enquanto sujeito do processo. Devido a este aspecto determinante do Capital, passar-se-á a analisá-lo.

1.5.2 O Capital

Percebeu-se, perante as observações do tópico anterior, que o Capital é o protagonista do momento histórico no qual estamos inseridos, e que apesar de todas as suas metamorfoses ou transformações, o Capital continua a controlar os diversos sistemas (como o sistema jurídico-penal, o sistema cultural, o sistema político) que estão inseridos em uma dada sociedade. Ressalta-se que é reconhecida a autonomia e o funcionamento próprios de cada um destes sistemas, mas não se nega as suas ligações com o objetivo comum de manutenção do poder ao Capital, sobretudo na configuração da sociedade atual, em que se verifica uma *personificação* do mercado global comandando as relações sociais, e uma diminuição das relações reais entre os seres humanos, as quais, no mundo atual, configuram-se, muito mais de modo virtual, e com dependência das tecnologias de informações, do que relações concretas, reais e mais humanas.

Considerando, então, o Capital como protagonista passar-se-á a análise de suas principais configurações e como estas refletem-se no desenvolvimento do Direito Penal, notadamente da dogmática penal, com foco no setor das condutas delitivas que afetam as relações de propriedade privada.[185]

1.5.3 Concorrência capitalista e Progresso Tecnológico: defesas do próprio Capital

Karl Marx salienta que o Capital "[...] é poder de governo sobre o trabalho e os seus produtos. O capitalista possui esse poder na medida em que ele é o proprietário do capital."[186] Estudar-se-á, então, em primeiro lugar, como é que se dá o poder do capitalista sobre o trabalho por meio do capital, e, em segundo lugar, como é que se configura o poder do capital sobre o próprio capitalista.

---

[185] Em sua análise da política econômica nacional, Marx evidencia o pensamento de Say o qual apontava que se o próprio capital não se reduz ao roubo ao à fraude, então necessita do concurso da legislação para sacralizar a herança. Say, T.I, p. 136 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39.

[186] MARX, op. cit.,. p. 40.

Karl Marx aponta que para Smith, o Capital é uma certa quantidade de trabalho armazenado e posto de reserva.[187] E fundos "[...] é cada acúmulo de produtos da terra e do trabalho manufaturado. Então, os fundos só se chamam capital se dão ao seu proprietário um rendimento ou ganho."[188]

Quando o trabalho humano transforma um produto natural em um produto elaborado, este progresso não gera uma elevação do salário do trabalhador, mas eleva o número de capitais passíveis de ganho. Dessa forma. o proprietário do capital ganha duplamente: 1.Com a divisão do trabalho; 2.Com o progresso que o trabalho humano imprime sobre o produto natural. Portanto, quanto maior a participação humana numa mercadoria, tanto maior o ganho do capital.[189]

Para compreender a dominação do capital sobre o trabalho é importante entender os motivos capitalistas que levaram a própria aplicação do capital. Karl Marx aponta o posicionamento de Smith o qual acreditava que a motivação dos capitalistas na aplicação de seus capitais tem como ponto de partida o lucro.[190]

No mesmo sentido, Marx mostra a visão de Say: "[...] a aplicação mais útil do capital é aquele que lhe rende o maior ganho. Esta aplicação não é sempre a mais útil para a sociedade."[191] Então, percebe-se que os próprios economistas da época, como Smith, compreendem que o interesse privado é contraditório com o interesse das massas de uma sociedade.

> O interesse particular daqueles que exploram um ramo do comércio ou da manufatura é, em certo sentido, sempre diferente do interesse do público e, frequentemente, até mesmo contraposto [...] o interesse do comerciante é sempre o de ampliar o mercado e limitar a concorrência dos vendedores. Esta é uma classe de gente cujo interesse jamais será exatamente o mesmo que o da sociedade, gente que tem em geral um interesse, o de enganar e sobrecarregar o público.[192]

Assim sendo, não era segredo nem dos economistas clássicos que os interesses daqueles que têm a propriedade de capitais são contrapostos aos interesses dos não-proprietários. No seio dos conflitos entre a dominação dos interesses do capital sobre o trabalho e os motivos individualistas dos capitalistas, insere-se a ciência do Direito. É diante desta realidade de conflito de forças opostas que a ciência jurídica, e no caso deste trabalho, a ciência jurídico-penal deve ser analisada. É perante estes conflitos que a ciência jurídico-penal tem procurado

---

187 Smith, T. II, p. 312 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 40.
188 Smith, T. II, p. 191 apud MARX, loc. cit.
189 MARX, op. cit., p. 48.
190 O único motivo que determina o possuidor de um capital a empregá-lo, seja na agricultura seja na manufatura, ou num ramo particular do comércio por atacado ou varejista é o ponto de vista de seu próprio lucro. Smith. T. II, p. 400-401 apud MARX. op. cit., p. 45.
191 Say, T. II, p. 130-131 apud MARX, op. cit., p. 47.
192 Smith, T. II, p. 163-165 apud MARX, op. cit., loc. Cit.

ordem e equilíbrio. Apresenta-se mais uma justificativa de como a análise sociológica realizada neste capítulo é importante para se entender a formulação dos conceitos dogmáticos nos capítulos posteriores.

Cumpre ressaltar, agora, como se configura a dominação do capital aos próprios capitalistas, e isto não pode ser explicado sem a menção sobre a relação que ocorre entre *acumulação de capitais e a concorrência entre os capitalistas.* Assevera-se que "[...] a acumulação, sob a dominação da propriedade privada, é concentração do capital em poucas mãos."[193] Quando o aumento dos capitais diminuem, por intermédio da concorrência, os lucros dos capitais, tem-se uma situação de prejuízo para o pequeno capitalista. Além disso, quando a quantidade dos produtos é excessiva, o preço de mercado se reduz.[194] Surge, então, uma concorrência entre os diferentes capitais: (pequenos e grandes capitais), que interfere nos ganhos e nos salários. Esta concorrência marca a dominação do capital sobre os próprios capitalistas.

Nessa concorrência entre os diferentes capitais apresenta-se como uma consequência necessária a deterioração geral das mercadorias, a adulteração, a produção enganosa, a contaminação universal.[195] Um ótimo espaço, para a atuação do atual Direito Penal Econômico, tão comentado em nossa sociedade atual. O que interessa, neste ponto, é que o Direito Penal Econômico também deve ser estudado com vista à configuração estrutural da sociedade na qual está inserido. E este estudo não pode apresentar uma atitude metodológica cega aos jogos do mercado e sua necessidade de concorrência. Segue-se, então, alguns apontamentos sobre a concorrência do Capitalismo.

A concorrência é o que permite ao Capital atingir sua expansão e reprodução. O limite do Capital encontra-se nele mesmo. Quanto mais desenvolvida a concorrência mais o Capital se estabelece enquanto processo de auto-valorização. E o essencial para este processo de valorização do capital está nas inovações tecnológicas, pois o desenvolvimento da produção requer a criação incessante de novas necessidades de consumo e a difusão dos produtos

---

193 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 48.

194 Ibid., p. 49.

195 Ibid., p. 51.
No que tange à concorrência capitalista, cumpre apontar a passagem de Schulz ressaltada por Marx: Onde a legislação mantém, em massa, a propriedade da terra, o excedente de uma produção crescente amontoa-se nas oficinas, e é, portanto, no terreno da indústria, principalmente, que se acumula a maior quantidade de proletários. Mas onde a legislação admite a contínua divisão do solo, aí aumenta o número de pequenos e endividados proprietários que, pelo contínuo parcelamento, são atirados à classe dos indigentes e descontentes. Se esse parcelamento e sobre-endividamento forem levados a um grau elevado, então a grande posse da terra volta a engolir a pequena, tal como a grande indústria aniquila a pequena, e posto que novamente voltam a se formar maiores complexos de bens. Schulz, p. 58 -59 apud MARX, op. cit., p. 53.
Como já fora comentado, quando há diminuição dos preços dos produtos, aumenta-se o consumo e aumenta-se o número de trabalhadores. Assim, com o crescimento do capital a quantidade de indústria é aumenta, gerando uma elevação na quantidade de produtos malfeitos – sobreprodução – e uma indiferença total em relação aos seres humanos. Ibid.

existentes em novos mercados, "[...] induzindo a processos mecânicos de produção que permitem alcançar novos resultados via introdução das inovações."[196] Afirma-se que: "[...] O capitalismo é essencialmente movimento, seu impulso fundamental, necessário a acumulação e reprodução do capital, é o de criar maneiras novas sustentadoras do processo de valorização do capital em suas diversas formas."[197]

Dessa forma, os estudos sobre as normas penais devem ser realizados de forma aberta à configuração da sociedade. Deve-se construir mecanismos de resistência da dogmática penal para que esta não seja utilizada apenas como meio de se ocultar as assimetrias estruturais o que acaba por desvirtuá-la de sua função clássica de limitar a intervenção penal. A dogmática penal dos crimes patrimoniais, portanto, deve ser revista no sentido de se atualizar os mecanismos limitativos para que esta não acompanhe a valoração exacerbada do sistema econômico, e coloque o patrimônio e a propriedade acima da liberdade humana. Afinal, a função da dogmática penal, desde o Direito Penal Clássico, é a limitação da intervenção punitiva do Estado.[198]

Na medida em que as inovações tecnológicas criam novos produtos, intensifica-se, ainda mais, a valoração das "coisas" sob a valoração do próprio ser humano. O Direito Penal acompanha esta valoração, notadamente no que tange ao apelo social para aumentar o recrudescimento das penas no setor dos crimes patrimoniais. A tutela penal é aclamada como se fosse solucionar o problema das assimetrias estruturais do sistema econômico, corrompendo com a sua própria função originária.

Estas afirmações são comprovadas quando se analisa o Projeto do Novo Código Penal brasileiro, o qual tenta acompanhar estas pressões da dinâmica econômica, diante de um alarmismo social, colocando, ainda mais, a valoração do patrimônio e da propriedade privada acima da valoração da liberdade humana, o que pode representar um regresso à evolução da dogmática penal e um desvirtuamento de sua função clássica.

Portanto, percebe-se as influências do progresso tecnológico, o qual é uma característica importantíssima da configuração da sociedade atual, na configuração do Direito Penal dos crimes patrimoniais ao acentuar a valoração das relações de propriedade privada. Todavia,

---

196 NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 57.

197 Ibid..
Compreende-se, portanto, que as inovações tecnológicas são: "[...] mudanças qualitativas inseridas endogenamente no processo de crescimento econômico, transformando continuamente a estrutura econômica e a partir dai, configurando novos ambientes para as empresas viverem. Inovações, nesse sentido, indicam um processo contínuo de mutação industrial que se revela, nessa tradição, como um processo de destruição criativa, fruto da própria natureza do capitalismo." Ibid.

198 Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (06/05/2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

apesar desta valoração, o que o Direito Penal deveria filtrar é que, para adequar-se a sua função, esta análise da valoração do patrimônio e das relações de propriedade privada deve ser orientadora da norma penal apenas perante as noções de dano social. Um pouco mais além, esta valoração massiva dos objetos não pode ser confundia e incorporada nas normas penais sob pena de se configurar erroneamente a dogmática penal. É a valoração das condutas sob a potencialidade de abalar a ordem do direito que deve ser analisada frente à intervenção penal. E perante esta atualização de valor, não se pode conceber que as condutas que afetam o patrimônio e a propriedade privada em uma dimensão meramente individual, são merecedoras de pena.

A estrutura do mercado, na sociedade atual, é de grandes empresas que criam, de forma constante, estratégias para valorizar o Capital, elaborando, assim, as inovações tecnológicas como base das vantagens concorrenciais por parte das grandes corporações. Afirma-se, então, que: "[...] o progresso técnico é um dos elementos fundamentais ao entendimento dos mecanismos de acumulação, concorrência e formas de distribuição do produto presentes no desenvolvimento econômico capitalista."[199]

Em um primeiro momento, compete analisar a relação entre o progresso técnico e os mecanismos de acumulação do Capital, para em um momento posterior realizarmos um estudo sobre a ligação entre o progresso técnico e as formas circulação de bens, notadamente no que interessa ao objeto deste trabalho, qual seja, a violação destas regras de circulação resultando na criminalização de condutas contra o patrimônio.

No que tange as inovações tecnológicas e os mecanismos de acumulação e concorrência, afirma-se que elemento central da acumulação de capital é o progresso técnico. Para entender o porquê desta relação, cumpre explicar a diferença entre capital fixo e capital circulante. Karl Marx aponta algumas passagens de Smith sobre o assunto. O Capital circulante é:

> [...] um capital que é aplicado na produção dos meios de vida, manufatura ou comércio. Este capital assim investido não dá ao seu dono rendimento ou lucro enquanto permanece em sua posse. Sai constantemente de sua mão sob uma determinada forma para regressar sob outra, e só proporciona lucro por meio desta circulação ou dessa sucessiva transformação.[200]

O capital circulante está relacionado, então, à matéria e ao salário do trabalho, é o que coloca a indústria em atividade. Já o Capital fixo "[...] consiste no capital empregado no

---

[199] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 4.

[200] Smith, T. II, p. 197 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 49.

melhoramento de terras, na compra de máquinas, instrumentos, ferramentas e coisas semelhantes."[201]

A acumulação do Capital, para Marx, consiste na "[...] reaplicação da mais-valia em trabalho produtivo e equipamentos de produção, respeitada a condição básica de que apenas o capital variável adiantado no pagamento da força de trabalho gere mais-valia."[202] Assim sendo, o capital regula, de acordo com suas necessidades de exploração, a produção da força-de-trabalho, ou seja, "[...] a produção da massa humana que ele irá explorar. O capital não produz apenas capital, produz massa operária crescente, a única matéria por meio da qual pode funcionar como capital adicional."[203]

Faz-se necessária a distinção entre trabalho necessário e trabalho excedente para se compreender o segredo da apropriação de mais-valia que é intensificada pelas inovações tecnológicas da sociedade atual:

> [...] aqueles capitalistas que introduzem novos métodos de produção que reduz o tempo de trabalho necessário possam se apropriar de um trabalho excedente maior do que os demais que se encontram naqueles ramos de produção usando técnicas mais antigas. Graças ao processo de concorrência os demais capitalistas passam a adotar aquele novo método de produção fazendo desaparecer aquela mais-valia extraordinária apropriada pelo pioneiro quando da introdução dos novos métodos de produção [...], o aumento geral da mais-valia na economia depende da elevação da produtividade do trabalho naquele ramo produtor de meios de subsistência para a força de trabalho. O aumento da produtividade do trabalho está vinculada à lei da produção da mais-valia.[204]

A lei de produção da mais-valia rege-se, notadamente, pelo seguinte esquema: diminui-se a parte do dia de trabalho em que o (a) trabalhador (a) tem que trabalhar para si mesmo, e aumenta-se a parte do dia de trabalho na qual se trabalha gratuitamente para o proprietário dos meios de produção. Por conseguinte, transforma-se a mais-valia em Capital: "[...] aplicar trabalho adicional ao meio de produção adicional. Aplicar trabalho excedente em meios adicionais de produção e de subsistência em maior quantidade do que o capital adiantado."[205]

Uma situação de centralização e concentração de capital é verificável diante do aumento do capital constante e diminuição do capital variável. O que é intensificado pelas inovações tecnológicas, em substituição do trabalho vivo ao lado da criação de um exército industrial de reserva. Demonstra-se, então, que uma maior produtividade do trabalho decorre de uma maior utilização dos meios técnicos para acelerar, portanto, a acumulação de capital.

---

201 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 49.
202 NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 58.
203 Ibid.
204 Ibid.
205 Ibid., p. 59.

Com o desenvolvimento das inovações técnicas tem-se um aumento do capital constante perante o capital variável, o que resulta em uma criação excedente do exército de reserva. Bem como coloca os postulados da Criminologia Crítica, notadamente em estudos como os da obra *Punição e Estrutura Social*, verifica-se que a intervenção penal é mais aclamada nestes ápices de concentração e centralização do capital e da intensificação da formação do exército de reserva.

Desse modo, compreende-se que o desequilíbrio entre acumulação de capital constante e variável intensifica a concentração e centralização da riqueza nas mãos dos proprietários dos meios de produção. A sociedade fica, claramente, dividida entre proprietários e não proprietários[206] o que gera consequências na configuração da ciência jurídico-penal.

Neste contexto, o trabalho fica, de forma nítida, subordinado ao capital e aos processos de sua valorização. A divisão técnica do trabalho e as inovações em ramos produtivos interessam ao capitalista na medida em que contribuem para aumentar o capital constante. A inovação tecnológica é responsável pela expansão do capital e pela exclusão do caráter subjetivo do processo produtivo, proporcionando uma maior independência do Capital em relação ao trabalho.

Enfim, as inovações tecnológicas tornam a sociedade cada vez mais complexa e contraditória, além de ser um elemento fundamental a ocasionar uma maior pressão ao sistema jurídico-penal, exigindo que este acompanhe a valoração da proteção dos processos de acumulação de capital, como ocorre com a proteção das inovações tecnológicas e dos componentes do patrimônio de um indivíduo, em nível superior à própria liberdade individual.

Dessa forma, a troca entre trabalho vivo e trabalho objetivo, por meio dos processos tecnológicos, exprime o extremo da *lei do valor*. A criação da riqueza passa a depender da ciência e da tecnologia na produção, o que reflete-se nas valorações que o Direito Penal tem de realizar.

Encontra-se, na configuração da sociedade atual a seguinte situação:

> Total apropriação por parte do capital da força produtiva geral, da total capacidade intelectual e física gerada pelo organismo social, onde o trabalho vivo, fundamento da criação do valor, deixa de ser, ao mesmo tempo, fonte e medida da riqueza capitalista, tornando o valor-de-troca estéril para medir a utilidade dos produtos [...]. **Quanto mais revoluções e aperfeiçoamentos ocorrerem no ramo onde se produz maquinaria tanto melhores os espaços para ampliação de uma nova base**

[206] Como bem aponta esta passagem sublinhada por Marx: Os proprietários receberam da lei dos homens o direito de usar e abusar, isto é, fazer o que quiserem da matéria de todo o trabalho. Não são de modo algum obrigados pela lei a fornecer, oportunamente e sempre, trabalho aos não proprietários nem de lhes pagar um salário sempre suficiente. PECQUEUR, Théorie nouvelle, p. 413 apud MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 55.

> **técnico-produtiva e maior os níveis de extração da mais-valia e lucros extraordinários dos inovadores individuais**.[207]

Neste sentido, o progresso técnico, em nossa sociedade atual, faz parte do próprio movimento do capital, o qual se modifica constantemente para se expandir, por meio de movimentos contraditórios que são necessários a sua própria valorização. A negação que fora explicada do trabalho vivo pelo trabalho objetivo é um exemplo destes movimentos contraditórios, pois o trabalho vivo é a própria base de criação do valor. Todavia, estes movimentos são a essência da dinâmica do capitalismo e refletem-se no sistema jurídico-penal na medida em que este deve acompanhar tais contradições e transformações.

A análise dos crimes patrimoniais relaciona-se diretamente com esta realidade na qual o progresso técnico é um ponto crucial do sistema, pois as inovações tecnológicas são essenciais aos processos de transformação do modo de produção capitalista, inserindo-se nos pressupostos de valorização do capital global e das leis de concorrência. Entretanto, este progresso técnico gera, de forma constante, novas necessidades nunca saciáveis. As massas populares não possuem condições concretas de acompanhar essa demanda de consumo proporcionado pelas inovações tecnológicas, e quando as tem é por meio do sistema de crédito (que será explicado adiante) o qual provoca um endividamento dessas massas.

A Economia Clássica já ponderava que o progresso técnico é um elemento ligado ao progresso de transformação da econômica, um elemento endógeno à própria dinâmica econômica e que é integrado à lógica de valorização do capital.

Tem-se que ponderar que tanto a Economia Clássica e a Crítica de Marx[208] estão em um contexto em que se debate a desintegração do mundo feudal e a construção da ordem econômica capitalista, notadamente no que se refere à passagem do mercantilismo para o capitalismo. Todavia, estas teorias apresentam uma importância singular nas análises das causas e da estrutura do modo de produção que ainda prevalece na configuração da sociedade atual. Pois bem, estas teorias, apesar de construídas em contexto histórico diverso, apontam para análises que são cruciais para se entender as causas e porquês (e não somente os efeitos e consequências) da configuração da sociedade atual.

A Economia Clássica desenvolve o conceito de sociedade econômica formada por diversos elementos interdependente que compõem o sistema. Assim, a sociedade econômica é

---

[207] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993, p. 64. (grifo nosso)

[208] Ibid., p. 23.
A economia política clássica e a crítica de Marx surgem comprometida com essas transformações e com as mudanças de mentalidade [...] a economia clássica é única por ter elaborado a noção de sociedade econômica, regida por leis próprias, referenciadas por um tipo racional de comportamento o qual poderia ser, analiticamente, previsto. Para tanto, a economia política interiorizava o modelo de conhecimento das ciências naturais. Ibid.

uma sociedade movida pelas *determinações da troca e do valor*. Pois bem, aponta-se aqui apenas uma concepção de sociedade econômica vinda do pensamento da econômica clássica, mas que se verifica na configuração da sociedade em que estamos inseridos. Hoje, continua-se a falar de uma sociedade essencialmente econômica,[209] o que significa que ainda estamos inseridos numa sociedade movida pelas determinações das *leis de troca e do valor*.

Como um reflexo desta configuração econômica da sociedade no pensamento penal tem-se a construção dos conceitos de patrimônio, cujo pano de fundo está claramente interligado a estas leis de troca e de valor. A seguir, demonstrar-se-á a ligação do conceito jurídico de patrimônio e do conceito econômico de patrimônio com as referidas leis.

1.5.4 Conceitos de Patrimônio e suas relações com as leis de troca e valor

Os conceitos de patrimônio relacionam-se com as análises sobre valor de uso e valor de troca das mercadorias. Compreende-se que:

> As mercadorias não possuem somente valor de uso para aqueles os quais a adquirem mas, também, possuem um valor de troca, posto a despeito de qualquer apreciação subjetiva dos agentes, que permite a realização de trocas entre mercadorias diferentes, implicando, portanto, um pré-requisito para o ato da troca dado pelo valor existente no valor de troca, isto é, dado pelo trabalho humano incorporado na mercadoria, responsável, em última instância, pela interdependência de todos os trabalhos individuais na esfera da troca. O valor de troca das mercadorias será determinado tanto em relação aos níveis de rendimentos das classes sociais, quanto esses rendimentos determinam, por seu turno, o próprio valor de troca, com a consequente incorporação da distribuição no contexto da criação do valor, sem a qual o sistema não encontra uma explicação global e unificada como acalentada em seus objetivos racionalistas.[210]

A Lei do valor é o princípio básico unificador do sistema e esta lei reflete-se também na configuração do Direito Penal, ao passo que a adoção de um conceito de patrimônio que exige a consideração do valor do patrimônio para a configuração dos crimes patrimoniais, retira da criminalização à lesividade aos objetos que possuem apenas valor de uso e não valor de troca. Como se verá a seguir, as várias concepções de patrimônio circulam entre as concepções de valor de uso e valor de troca, sendo que se for adotado um conceito de patrimônio que reforça a necessidade do valor de troca, ter-se-á um meio para limitar as condutas no âmbito dos crimes patrimoniais.

Alamiro V. S. Netto explica três categorias de conceitos de patrimônio que podem ser aplicadas no âmbito penal. A primeira delas seria a que engloba o **conceito jurídico de**

---

[209] JAKOBS, Günther apud FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 343-394.

[210] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 23.

patrimônio. A principal referência que representa a construção de uma vertente jurídica do patrimônio está nas ideias de Karl Binding para o qual as normas penais apresentariam uma natureza essencialmente sancionatória, e não constitutiva. Neste sentido, as normas penais reforçariam, por meio da ameaça da pena, as normas de outros ramos jurídicos. "O Direito Penal transforma-se no reforço sancionatório destinado a exigir dos cidadãos a máxima obediência aos regramentos jurídico-civis."[211]

Para a vertente do conceito jurídico de patrimônio, o patrimônio seria a soma de direitos e obrigações patrimoniais de um sujeito, e só haveria crime se este atingisse algum elemento, de cunho nitidamente patrimonial, que rompesse com a ligação jurídico-subjetiva que confere titularidade de um patrimônio a um sujeito. O dano patrimonial seria a perda ou limitação desta ligação jurídica entre direitos subjetivos-privados e a sua titularidade. Aqui, não há a mínima preocupação com o valor econômico do objeto patrimonial, mas apenas com a ligação jurídica entre o elemento patrimonial e a titularidade do sujeito: o patrimônio é visto como um conjunto de direitos subjetivos, e não como objetos materiais que são lesionados.

Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente, no mesmo sentido, explicam que patrimônio, para a vertente jurídica, *"[...] es el conjunto de derechos patrimoniales de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico."*[212]

Alamiro V. S. Netto aponta a preocupação perante a vertente jurídica de patrimônio no sentido de que esta estruturação resulta na mais incisiva defesa da propriedade: "[...] a incriminação recairá sobre aquelas condutas que agridem o exercício de quaisquer direitos inerentes ao domínio."[213] Resta impossível a compatibilidade desta vertente acerca do conceito de patrimônio com o princípio da insignificância, pois o valor do bem não importaria (até mesmo objetos sem nenhum valor de troca poderiam ser objeto de proteção penal), o que interessaria é a não observância das regras de transmissão de bens impostas pelo Direito Privado.

---

[211] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.
"A lei penal teria o condão de permitir ao Estado aplicar penas nos casos de violações a algumas normas e funcionaria como um elemento sancionador capaz de reforçar o cumprimento das mais relevantes determinações normativas. Para Binding a natureza do Direito Penal é meramente sancionatória, jamais constitutiva." Ibid.

[212] DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. **Revista Latinoamericana de Derecho,** México, DF, ano 1, n. 1, p. 42, ene./jun. 2014.

[213] SALVADOR NETTO, loc. cit.
O ambiente normativo do Direito Privado é este o segmento responsável pela definição das regras para a aquisição e transferência de bens. A criminalização, em última instância, ocorre em razão da não observância dessas mesmas normas jurídicas, eis que ada mais faz o furtador do que inverter a posse de determinado bem sem obedecer às formas juridicamente lícitas. Ibid., p. 59.

Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente complementam que a perspectiva do conceito jurídico de patrimônio faz reconhecer um delito patrimonial ainda que não haja a configuração de um prejuízo real e concreto no patrimônio alheio e, ao mesmo tempo, faz com que se exclua os valores em torno do patrimônio que não se relacionam com um direito subjetivo, como é o caso das expectativas.[214]

Perante esta concepção jurídica de patrimônio, contrapõe-se a **concepção econômica de patrimônio**, para a qual o patrimônio é o conjunto de todos os valores relevantes para a vida econômica de um sujeito.[215] Nas palavras de Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente, patrimônio, nesta perspectiva, seria *"[...] el conjunto de bienes e posiciones economicamente valorables de una persona."*[216] Encontra-se nesta concepção uma valoração essencialmente econômica acerca do patrimônio. De acordo com Alamiro V. S. Netto[217], haveria crime, para a concepção econômica, a configuração de qualquer conduta que lesionar o patrimônio, diante de uma valoração econômica concretizada no objeto, sem que haja reconhecimento de um liame jurídico entre o bem lesionado e o sujeito (no caso a vítima do crime patrimonial). Os delitos patrimoniais representariam, assim, uma diminuição econômica no conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa.

Todavia, a concepção econômica de patrimônio, por trabalhar apenas com uma dimensão fática, desconsidera a forma lícita de transmissão dos bens que importa para a ordem jurídica. Este apego apenas a uma dimensão fática tornou-se alvo de críticas, pois se o Direito Civil não reconhece alguém na condição de possuidor ou proprietário, "[...] não faz sentido o direito penal desprezar essa instância de normatividade e proteger, com sua peculiar violência, uma situação não entendida como lícita."[218] Segundo Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente, um dos maiores problemas do conceito econômico de patrimônio reside nos fatos em que integra-se ao patrimônio de uma pessoa recursos provenientes do tráfico econômico, mesmo que sem nenhum reconhecimento jurídico.[219]

A terceira concepção que pode ser apontada é a do **conceito jurídico-econômico de patrimônio**. Para esta concepção deve-se considerar a existência de um bem com valor econômico de troca – valor de troca – e, também, a atribuição de titularidade reconhecida pelo Direito. Tem-se o patrimônio enquanto a "[...] soma dos valores econômicos colocados à

---

[214] DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. **Revista Latinoamericana de Derecho,** México, DF, ano 1, n. 1, p. 43, ene./jun. 2014.
[215] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51.
[216] DONNA; FUENTE, op. cit., p. 44.
[217] SALVADOR NETTO, op. cit.
[218] Ibid., p. 59
[219] DONNA. op. cit., p. 44.

disposição de um sujeito mediante a proteção do ordenamento jurídico."[220] Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente esclarecem que o patrimônio seria *"[...] el conjunto de bienes o derechos con valor económico que además gocen de protección jurídica."*[221]

Donna e Esteban de la Fuente salientam que, para o conceito misto de patrimônio, considera-se patrimônio os bens e direitos econômicos desde que sejam reconhecidos pelo Direito e sem apresentarem nenhuma contradição com o sistema de valores previsto na Constituição e no ordenamento jurídico em sua totalidade. Tem-se, então, que para os fins do tipo penal o conceito de patrimônio deveria ser: *"[...] los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la constitución."*[222] Em suma, o conceito misto de patrimônio englobaria, na perspectiva dos autores citados:

> *a) Las cosas, bienes y créditos con valor económico; b) Los derechos reales, personales e intelectuales; c) La posesión debe quedar al margen cuando sea obtenida ilicitamente; d) Las expectativas (garancias futuras), pero en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y certo grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación.*[223]

Há discussões no âmbito da delimitação do conceito de patrimônio, se a força de trabalho pode ser englobada neste conceito. Assim, questiona-se se seria vítima aquele que ao executar sua atividade, é, de forma fraudulenta, frustrado no recebimento do salário, por exemplo. Ora, a força de trabalho, como já fora detalhadamente analisada neste Capítulo, possui valor econômico, podendo, então, ser integrada no conceito de patrimônio.[224]

A principal consequência da Concepção Jurídico-Econômica de patrimônio é a separação entre crimes contra o patrimônio no sentido estrito e crimes contra a propriedade (crimes contra o patrimônio em sentido amplo). De acordo com Alamiro,[225] nos crimes contra a propriedade a proteção recai sobre o *senhorio* que uma pessoa exerce sobre determinada e

---

220 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

221 DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. **Revista Latinoamericana de Derecho,** México, DF, ano 1, n. 1, p. 45, ene./jun. 2014.

222 Ibid.

223 Ibid.

224 Há autores que entendem que no estelionato patrimônio compreende "[...] quaisquer elementos constitutivos do patrimônio, mencionando os bens moveis e imóveis, direitos de qualquer natureza, assunção de obrigações, execução de prestação de serviços." SALVADOR NETTO, op. cit., p. 63.

225 Ibid.
Complementa-se sobre o Princípio da insignificância: "[...] critério de interpretação e limitação do tipo penal, colocou sob suspeita, ao lado das severas críticas, a adoção de um conceito jurídico de patrimônio. Não se pode tutelar uma mera posição jurídica de proprietário, esquecendo-se da noção de lesividade ou ofensividade inerente à subsidiariedade penal." Ibid., p. 84.
A previsão, no artigo 155, §2º, CP, já aponta uma tendência de se defender o valor como um componente essencial para a reprovação penal. Ibid.
A exigência de valor à coisa para a configuração dos crimes patrimoniais mostra-se coerente com a postura jurídico-econômica, apresenta logicidade dogmática e permite a unificação dos crimes contra o patrimônio sob uma ideia comum. Ibid., p. 104.

específica coisa. Já nos crimes contra o patrimônio em sentido estrito, o patrimônio deve ser agredido em sua globalidade, constituído o dano patrimonial com uma diminuição do valor econômico da universalidade dos bens. Há, neste caso, uma afetação concreta, uma diminuição econômica, um real prejuízo patrimonial.

Esta distinção que resulta da concepção jurídico-econômica está sujeita à críticas, como, por exemplo, a possível materialização dos crimes contra a propriedade (por meio da aplicação do princípio da insignificância) e a formalização dos crimes contra o patrimônio (por meio dos critérios corretivos das concepções pessoais e funcionais do patrimônio). Assim, a cisão entre ambos não é absoluta.

Percebe-se que as discussões acerca do valor de uso e ao valor de troca direcionam as perspectivas que irão conceituar o próprio patrimônio. Perante as ponderações acerca do valor de uso e do valor de troca de um patrimônio, tem-se, ainda, **concepções pessoais e funcionais do Patrimônio.** "O patrimônio passa a ser considerado como o conjunto econômico que serve para a satisfação de necessidades ou interesses de seu titular."[226] Retoma-se, nestas concepções, um viés nitidamente subjetivista da noção de patrimônio. Na **perspectiva pessoal de patrimônio,** "[...] o delito patrimonial não é apto a lesionar bens com valores monetários em si mesmos considerados, mas sim as pessoas às quais correspondem tais bens e que possuam a capacidade de dar-lhes um emprego útil."[227]

Para as **concepções funcionais de patrimônio** o que importa é a lesão à própria função do patrimônio e a liberdade de disposição patrimonial. Para ambas as concepções (pessoal e funcional) o patrimônio tem a função de satisfazer a necessidade de seus titulares. Edgardo Alberto Donna e Javier Esteban de la Fuente acrescentam que o conceito pessoal de patrimônio, concebe o patrimônio enquanto *"[...] unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos."*[228] A preocupação está no reconhecimento da finalidade econômica individual do titular do patrimônio. O delito

---

[226] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

[227] Ibid., p. 77.
Intrigante estas concepções, pois como conciliar a ideia de patrimônio como forma de satisfazer necessidades diante de relações assimétricas de propriedade privada? Como fazem os não proprietários para satisfazerem suas necessidades sem esta disposição patrimonial?
Para as concepções pessoais e funcionais de patrimônio pode-se considerar que há dois momentos que envolvem os delitos patrimoniais: Os delitos patrimoniais podem atacar dois momentos. No de repouso, o Direito Penal protege o patrimônio com a criminalização de condutas unilaterais de apropriação, como: furto, roubo e apropriação indébita, dano. Na fase dinâmico-subjetiva, a proteção penal decorre de tipos que pressupõem uma relação entre autor e vítima, como é o caso do estelionato e da extorsão. Ibid., p. 82.
Como bem estabelece Alamiro, a versão jurídico-econômica mais os critérios das concepções pessoais e funcionais tendem a gerar um conceito de patrimônio em Direito Penal que não dispensa o valor econômico e soma-se, a este, a verificação concreta da capacidade de utilidade de um bem. Ibid., p.84.

[228] DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. **Revista Latinoamericana de Derecho,** México, DF, ano 1, n. 1, p. 46, ene./jun. 2014.

patrimonial lesionaria não o patrimônio mas a própria pessoa a quem corresponde o patrimônio. Lesiona-se o âmbito econômico individual de ação do titular. As concepções funcionais e pessoas de patrimônio representam uma nítida consideração não do valor de troca, mas sim do valor de uso para conceituar o patrimônio. O que interessa a esta perspectiva seria analisar a lesão na satisfação dos fins econômicos dos proprietários. Frustra-se a finalidade perseguida pela vítima.[229]

Torna-se difícil defender, neste trabalho, estas últimas concepções pois, como ficará demonstrado nos capítulos seguintes, o que será proposto é o preenchimento da materialização do injusto penal no campo patrimonial por meio da verificação da danosidade social no sentido da conduta apresentar tamanha potencialidade e gravidade que seja capaz de negar a totalidade do Direito. Para que haja tal negação, tem-se que abalar as condições reais de liberdade. Como ficará demonstrado, no setor jurídico-penal que aborda a afetação da propriedade privada e do patrimônio em uma dimensão, estritamente, individualista e privatista, aquelas condições reais de liberdade não existem! Dessa forma, questiona-se a real potencialidade de condutas que formam a pequena criminalidade patrimonial em abalar a estrutura normativa da sociedade e, em última instância, questionar a própria identidade social. Será discutido, até o final deste trabalho, como que o contexto influencia na operacionalidade de tal criminalidade para se verificar se se trata de um questionamento/negação da estrutura social ou de uma consequência e utilidade ao próprio sistema social.

Na concepção de Alamiro V. S. Netto, a adoção do critério de jurídico-econômico do conceito de patrimônio poderia ajudar a limitar a produção de normas de conduta, ou seja, limitar a criminalização de condutas. Todavia, para este autor, tem-se que superar a separação entre crimes contra o patrimônio (como, por exemplo, o estelionato) e crimes contra a propriedade (como o furto), e para isso faz-se necessária a consideração de alguns critérios objetivo-individuais, trazidos pelas concepções pessoais e funcionais acerca do patrimônio.

Restou demonstrado os reflexos da configuração de uma sociedade essencialmente econômica na construção de conceitos jurídico-penais, como o caso dos conceitos de patrimônio, os quais são desenvolvidos com base na Lei do Valor: valor de uso e valor de troca.

1.5.5 As regras de circulação do capital e a intervenção penal perante sua afetação

[229] Donna e e Esteban de la Fuente apresentam a crítica referente à estas concepções no sentido de uma falta de utilidade prática. Ibid.

O presente tópico tem como objetivo analisar a importância que existe nas regras de circulação de bens em uma sociedade essencialmente econômica, para se compreender a valoração que a dogmática penal realiza diante das condutas que afetam estas regras de circulação. No mesmo sentido, será possível entender o porquê das preocupações em torno da formulação dos conceitos jurídico e econômico de patrimônio comentados no tópico anterior. Passar-se-á, portanto, ao estudo sobre a circulação dos bens na sociedade capitalista, realizando as conexões com a configuração do Direito Penal.

O processo econômico surge da circulação dos bens que engloba os fluxos e refluxos da produção. O segredo da economia capitalista consiste na transformação do valor em mais-valia, o que resulta na substituição de relações sociais entre indivíduos por relações sociais mediadas por coisas. Quando se realiza esta transformação do valor em mais-valia, a sociedade torna-se consumidora de trabalho humano por meio de uma operação do conjunto de capitais individuais enquanto capital social. A extração de mais-valia torna o produto gerado em produto do capital, e não do indivíduo. Afirma-se que em uma sociedade referenciada pela produção de capital pelo capital, a *troca e a circulação de mercadorias* são os instrumentos principais do processo de produção.

Entender como essa sociedade se sociabiliza segundo esse movimento de acumulação e de reprodução de suas condições básicas foram as preocupações de Marx.[230] E são estas mesmas preocupações que refletem-se na estrutura do Direito Penal o qual rege as condutas de forma favorável à sociabilidade capitalista baseada na lei do valor enquanto lei da produção de mais-valia. O Direito Penal, deste modo, acompanha a transformação do valor em mais-valia e a organização das relações sociais mediadas por coisas. Esta é a realidade que se encontra no setor de criminalização das condutas que lesionam as relações de propriedade privada e o patrimônio.

O regime do capital baseia-se em uma sociedade de intercâmbio generalizada na qual a produção é voltada para a troca com o objetivo de transformar a mercadoria em dinheiro, o qual é a forma do valor e da expressão geral da riqueza.[231] Ora, os crimes patrimoniais que atingem as relações de propriedade privada afetam não só os meios de circulação de mercadorias, mas também as funcionalidades que o dinheiro apresenta no regime do capital. Por isso, é importante saber como se dá esta circulação e suas relações com as funções do dinheiro para se compreender a intervenção penal nos casos em que haja a quebra das

---

[230] NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993. p. 25.

[231] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 46.

expectativas sociais perante estas relações de troca. Passar-se-á, portanto, a analisar as funcionalidades do dinheiro nas relações de troca no regime do capital.

O dinheiro é uma mercadoria escolhida para exprimir o valor das demais mercadorias.[232] De acordo com Belluzzo, as mercadorias não ingressam no processo de intercâmbio generalizado antes de serem exibidas ao dinheiro como medida de valor, expressão da sociabilidade entre os produtores privados de mercadorias. Estas, então, já entram na circulação com preços monetários, não mais com sua determinação natural, mas sim com sua determinação social, isto é, com valores de troca. O dinheiro assume, por conseguinte, a tarefa de realização do preço das mercadorias.[233]

Outra função do dinheiro pode ser determinada pelo seu papel enquanto meio de pagamento. O dinheiro passa a ser uma mercadoria universal a qual permite que a circulação se inicie apenas de maneira ideal, sem que o objeto a ser trocado esteja efetivamente presente. Do mesmo modo, segundo Belluzzo, pode haver um negócio de compra e venda sem que haja a participação imediata do dinheiro. O dinheiro, ao assumir sua forma de mercadoria universal, apresenta sua função de meio de pagamento, a qual pressupõe a realização de uma compra em troca de uma promessa de liquidação da operação em dinheiro, ou seja, há transferência de propriedade da mercadoria, com a promessa de pagamento posterior, o que origina as relações de débito e crédito.[234]

A produção e a circulação dos produtos são características do capitalismo constituído, isto é, "[...] quando a finalidade da produção é a acumulação de riqueza abstrata concretizada no dinheiro, pelos detentores dos meios de produção."[235]

As funcionalidades do dinheiro estão na própria condição de existência do processo de circulação, notadamente no momento em que se compra a força de trabalho. Explica Belluzzo que o dinheiro pode funcionar, também de forma antecipada, para comprar trabalho vivo, riqueza a ser criada. Neste caso, o dinheiro não surge apenas no momento de realização do preço das mercadorias na circulação, "[...] mas torna-se o motor do processo de circulação. O dinheiro nasce da circulação e passa a ser seu pressuposto, sua condição de existência."[236]

Pode-se ilustrar esta determinação do dinheiro na seguinte fórmula: D-M-D': os proprietários dos meios de produção aplicam uma parte do dinheiro na contratação de força de trabalho e meios de produção para assim gerar mais dinheiro no circuito. Apresenta-se o dinheiro como pressuposto da própria circulação e da produção.

---

[232] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 47.
[233] Ibid., p. 54.
[234] Ibid.
[235] Ibid.
[236] Ibid., p. 58.

Em resumo, encontram-se três determinações do dinheiro quais sejam: 1. Unidade de conta (padrão de preços), 2. Meio de circulação e reserva de valor, 3. Forma geral da riqueza. Todas estas determinações do dinheiro são concretizadas por meio da confiança, que, de acordo com Belluzo, é fenômeno coletivo, social. "Tenho confiança na moeda porque sei que o outro está disposto à aceitá-la como forma geral de existência do valor das mercadorias particulares, dos contratos e da riqueza." [237]

Acrescenta-se, ainda, que o "[...] metabolismo da troca, da produção, dos pagamentos depende do grau de certeza na preservação da forma geral do valor que deve comandar cada ato particular e contingente."[238] Pois bem, se a confiança é um fenômeno social tão essencial à concretude das próprias determinações do regime do capital, tem-se um dos motivos pelos quais este fenômeno social (a confiança) apresenta um papel tão importante nas configurações de teorias sociológicas atuais, como ocorre com a Teoria dos Sistemas de *Luhmann*, mas que não evidenciam a relação de funcionalidade da confiança com o regime do Capital.

No momento em que o capital-dinheiro atinge o ápice do controle da circulação é que se pode afirmar que o trabalho está orientado diretamente à troca. E no regime do capital encontrar-se-ão as condições sociais e materiais de acumulação de riqueza abstrata cuja concretude está na forma do dinheiro. Afirma-se que "[...] as mercadorias só circulam com objetivo de fechar o circuito com mais dinheiro."[239] Tem-se também que "[...] o dinheiro funciona predominantemente como capital e secundariamente como renda, a circulação do dinheiro como renda depende da circulação do capital-dinheiro."[240]

A aplicação do dinheiro enquanto circulação de renda é essencial para que não se interrompa o fluxo de circulação de capital e de sua valorização. O que ajuda a manter este fluxo são as próprias leis de concorrência na medida em que impõe aos proprietários de capital a aplicação de parte da riqueza existente na produção de novas riquezas. Encontra-se, neste ponto, a contradição da desvalorização da riqueza existente para a valorização de novas riquezas, enquanto processos do fluxo do capital e de sua valorização.

Comenta Belluzzo que se a classe capitalista tentar preservar a riqueza existente não há valorização do capital, interrompe-se o circuito. "Preservar a riqueza existente significa interromper o fluxo de criação de renda, da criação de valores e da geração de mais-valia."[241] Detalha-se que,

---

[237] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 62.
[238] Ibid.
[239] Ibid., p. 70.
[240] Ibid.
[241] Ibid., p. 71.

> A continuidade do fluxo depende da disposição dos capitalistas de arriscar a forma geral da riqueza na aquisição de matérias-primas e força de trabalho [...] na medida em que a classe capitalista resolva produzir, ela está buscando a valorização de seu capital, mas esse ato é ao mesmo tempo ato de desvalorização da riqueza existente [...] processo de acumulação impulsionado pela concorrência intercapitalista que impõe aos detentores dos meios de produção a contradição entre a criação da riqueza nova e a desvalorização da riqueza já existente.[242]

Percebe-se uma contradição imanente ao movimento do capital: a lei do valor (lei de valorização do capital) é ao mesmo tempo lei de desvalorização do capital e da força de trabalho.[243] O fluxo de capital tem efeitos sobre o valor da riqueza acumulada que será desvalorizada com a nova produção. Quando esta desvalorização desequilibra-se há crise de desvalorização do capital.

Neste mesmo sentido, alguns apontamentos de David Harvey são relevantes. De acordo com Harvey, os capitalistas "[...] estão sempre produzindo excedentes de capital na forma de lucro. Eles são forçados pela concorrência a recapitalizar e investir uma parte desse excedente em expansão."[244] David Harvey aponta as seguintes explicações sobre o funcionamento do regime do capital:

> O capital não é uma coisa, mas um processo em que o dinheiro é perpetuamente enviado em busca de mais dinheiro. Os capitalistas – aqueles que põem esse processo em movimento – assumem identidades muito diferentes. Os capitalistas financistas se preocupam em ganhar mais dinheiro emprestando a outras pessoas em troca de juros [...]. A força de trabalho é combinada com os meios de produção por um processo de trabalho ativo realizado sob a supervisão do capitalista. O resultado é uma mercadoria que é vendida no mercado por seu proprietário, o capitalista, por um lucro.[245]

O ponto central do capitalismo está no fluxo na circulação do capital o qual não pode ser interrompido, sendo que qualquer descuido neste processo levará a uma crise do sistema. A aplicação do lucro em nova expansão no mercado é, portanto, uma necessidade de sobrevivência do regime do capital.

A globalização e os novos sistemas de comunicação facilitaram a circulação do fluxo internacional de capital-dinheiro líquido para onde fosse usado de modo mais rentável. Quando se verifica uma ampla disponibilidade de trabalho ao capital, há redução de salários e a classe trabalhadora não consegue se afirmar no mercado. Assim, segundo David Harvey, proporciona-se um problema à demanda da expansão da produção das corporações capitalistas. O trabalho deixa de ser um obstáculo à acumulação de capital, mas a repressão

---

242 BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

243 Ibid.

244 HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 30. "Medidas mornas para ajudar as pessoas, claramente muito atrasadas, são então propostas para impedir o que poderia ser uma séria crise de legitimidade para o futuro do poder dominante da classe capitalista. Podemos voltar à economia alimentada pelo crédito, uma vez que os bancos comecem a emprestar novamente?" Ibid. p. 34.

245 Ibid., p. 40.

salarial acaba por gerar outra barreira ao capital qual seja: a escassez de mercado. Neste ponto, o sistema de credito é essencial para solucionar esta barreira ao fluxo de capital.

David Harvey afirma que para os Estados e para a ordem econômica internacional "[...] o principal objetivo é superar qualquer obstrução potencial à livre circulação de capitais em todo o mercado mundial."[246] E para isso:

> É preciso criar instituições internacionais com caráter de Estado, como as criadas no âmbito do Acordo de Bretton Woods para facilitar e regulamentar os fluxos internacionais de capital. O Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, juntamente com o Banco de Compensações Internacionais na Basileia, são centrais aqui, mas outras organizações, como a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o G-7 (mais tarde G-8), agora expandindo para G-20, também desempenham um papel importante, na medida em que os bancos centrais do mundo [...] procuram coordenar suas ações para constituir uma arquitetura financeira mundial em evolução para uma versão internacional do nexo Estado-finanças.[247]

A necessidade de expansão do mercado pressiona o sistema jurídico-penal e o sistema político a acompanharem esta expansão, pois se não o fazem, podem colaborar com uma interrupção ao fluxo de circulação de capital, resultando em graves crimes globais.

Harvey questiona "Por que os capitalistas reinvestem na expansão, em vez de consumir seus lucros em prazeres?"[248] e responde que esse é momento em que as leis coercitivas da concorrência desempenham um papel decisivo. Acrescenta-se: "Se eu, como capitalista, não reinvestir em expansão e um rival o fizer, então depois de um tempo eu provavelmente estarei fechando as portas. Preciso proteger e expandir minha participação no mercado."[249] E para isso faz-se necessário o reinvestimento do excedente para se permanecer enquanto capitalista.

Assim sendo, o dinheiro é uma forma de poder social, e deste modo, torna-se necessário consegui-lo a qualquer custo, mesmo que por meios ilegais. Mas se estes ocorrerem pode-se gerar um desequilíbrio na sistemática do regime do capital, sendo legitimada, então, a intervenção penal perante os mercados ilegais. Neste sentido, bem aponta Harvey que uma das principais maneiras de se ter mais dinheiro é o reinvestimento dos fundos excedentes para se gerar mais excedentes, mas existem outras formas, concomitantes a esta aplicação dos excedentes, que proporcionam a acumulação de poder social por meio do dinheiro. Estas outras formas recaem nas condutas fraudulentas, na corrupção, no roubo, no tráfico de drogas.

---

[246] HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 49.

[247] Ibid., p. 50.
David Harvery salienta que "essa centralização do dinheiro por meio do sistema de credito tem todos os tipos de implicações para a trajetória do desenvolvimento capitalista. Dá a uma classe privilegiada de financistas um poder social imenso [...]. O aumento da centralização do capital cria o perigo do poder ascendente do monopólio e da concorrência diminuída." Ibid., p. 50.

[248] Ibid. p. 43.

[249] Ibid.

Segundo Harvey, os três maiores setores de comércio externo global são as drogas, as armas ilegais e o tráfico de seres humanos.[250] É bem com esta realidade que o Direito Penal é chamado a intervir para lidar com problemas propriamente estruturais do regime do capital.

Diante de todas estas explicações, tem-se, ainda, que acrescentar alguns pontos sobre a diferença entre circulação do capital e reprodução do capital. Em primeiro lugar, cumpre destacar que a circulação é anterior à reprodução do capital. Belluzzo aponta que a ideia de circulação diz respeito "[...] às formas necessárias que todo capital individual deve percorrer em seu movimento de valorização no conjunto do capital social."[251] Acrescenta-se, ainda, que as mercadorias circulam como produtos do capital, e a lógica interna da acumulação reclama a anulação do tempo de circulação, mas a materialidade da produção impõe obstáculos a essa produção.[252]

Esta descrição está vinculada a configuração da sociedade atual notadamente quando se analisa as formas de comércio eletrônico tão presentes em nossa sociedade. Estas formas atendem a essa lógica interna da acumulação que reclama anulação do tempo de circulação. E ao lado desta realidade tem-se um novo ramo do Direito Penal preocupado em acompanhar os delitos informáticos que ocorrem neste contexto.

Pois bem, pode-se resumir o conjunto do processo de produção na seguinte fórmula: D-M-P-M'-D'. O Capital-dinheiro inicia o processo de produção com a compra de força de trabalho e a matéria-prima que irão ingressar na esfera do capital produtivo. As mercadorias acabadas são carregadas de mais-valia (M'), e, por último, tem-se a transformação das mercadorias em dinheiro (D') para que se possa recomeçar o ciclo D-M-D'. Assevera-se que cada capital individual tem de cumprir todas as etapas para poder se reproduzir. Isso significa a subordinação de todas essas etapas formais às leis de circulação capitalista.[253] Para simplificar tem-se: Capital-dinheiro, capital-produtivo, capital-mercadorias, capital-dinheiro.

1.5.5.1 Sistema de crédito enquanto um dos elementos nucleares do sistema socioeconômico

O sistema de crédito, comandado pelos bancos, ocupa lugar de destaque nestes movimentos do capital, pois proporcionam a fluidez da circulação. É de suma importância analisar o poder que o sistema financeiro apresenta na dinâmica econômica moderna, assim como analisar o papel que o sistema de crédito representa na configuração da sociedade atual.

---

[250] HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 44. Em outras palavras, quanto maior for aplicação do excedente de capital pelos países centrais na produção e no fluxo de novos produtos, maior será a concentração de renda em nosso país.

[251] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 79.

[252] Ibid.

[253] Ibid., p. 79.

De acordo com Belluzzo, o sistema de crédito é um gigantesco mecanismo social de centralização e concentração do capital.[254] O sistema financeiro é o gestor dos fundos de capital-dinheiro.

> No momento de (re) constituição teórica do modo capitalista de produção, o dinheiro, como substantivação do valor e objetivo do processo de valorização, assume a forma de dinheiro de crédito. As determinações mercantis e capitalistas alcançam o ápice de seu desenvolvimento quando são introduzidos o crédito e o capital a juros. O dinheiro de crédito aparece como a forma mais adequada para cumprir as determinações mercantis do dinheiro na medida em que aperfeiçoa a execução das funções monetárias no capitalismo ao constituir uma esfera de valorização em que o capital monetário estabelece uma relação consigo mesmo.[255]

O crédito possui duas formas: a mercantil e a de capital, ambas as formas são concentradas no sistema bancário o qual se transforma no gestor dos fundos financeiros da economia capitalista.[256] O crédito mercantil é o capital que funciona como dinheiro, cumprindo funções apenas de cunho mercantil. É este crédito que impulsiona a circulação das mercadorias. Já o crédito de capital é o fundo financeiro, é o crédito que funciona como capital "[...] ao cumprir o papel de levar a acumulação além do permitido pelo volume de dinheiro gerado no processo geral de circulação de capital."[257] O crédito de capital impulsiona a acumulação de capitais individuais para que estes superem as limitações financeiras e consigam atingir novos ramos da produção. O crédito de capital, portanto, é um adiantamento de dinheiro com vista, não à circulação de mercadorias, mas à acumulação de capital.

O Capital apresenta-se em algumas formas, como: Capital comercial, capital a juros, capital industrial, capital produtivo. Cumpre, neste ponto, ressaltar alguns pontos do capital a juros o qual é o capital reaplicado sob a forma de capital-propriedade. Esta forma de Capital proporciona a

> [...] expansão de valorização do capital para além dos limites de seu processo mais geral e elementar de circulação e reprodução. Para revolucionar periodicamente a base técnica, submeter massas crescentes de força de trabalho a seu domínio, criar novos mercados, o capital precisa existir permanentemente de forma livre e líquida, e ao mesmo tempo, crescentemente centralizada.[258]

Pode-se afirmar que as "[...] transformações do processo de reprodução capitalista impuseram a constituição do sistema de crédito e sua dominância na hierarquia de poderes que comandam a concorrência entre as empresas."[259]

---

254 BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 81.
255 Ibid., p. 89.
256 Ibid., p. 90.
257 Ibid., p. 91.
258 Ibid., p. 88.
259 Ibid., p. 93.

O capital social representa os empreendimentos sociais, e o capital individual representa os empreendimentos individuais. Assim, o sistema de crédito é uma força ao capital individual na medida em que promove a supressão das barreiras tecnológicas e de mercado, em um cenário de concorrência generalizada.[260]

> As instituições financeiras que participam da constituição e gestão das grandes empresas ao estimulara concorrência promovem centralização do capital e, portanto, reforçam o caráter monopolista dos empreendimentos capitalistas. Na verdade, ao estimular a conquista de novos mercados, provocam o acirramento da concorrência entre blocos de capital e impulsionam a internacionalização crescente da concorrência capitalista. O sistema de crédito acelera as leis de movimento do regime do capital e governa o processo permanentemente inacabado de nivelamento da taxa de lucro sobre a qual repousa toda a produção capitalista.[261]

Portanto, o sistema de crédito proporciona a concentração do poder de decisão no sistema bancário, sendo que o poder do capital industrial é transferido para o capital financeiro: *financeirização* do controle capitalista. No contexto da concorrência generalizada, Belluzzo destaca que é na configuração das grandes corporações que se verificam condições adequadas ao processo de valorização do capital, pois são estas grandes empresas que criam, de forma constante, novos métodos para se expandirem, ocuparem novos mercados, deslocarem a produção de manufaturas para regiões de menor custo, dentre outras características. Estar-se em um contexto em que ocorre a progressiva abolição da propriedade privada individual sem, no entanto, destruir os princípios da propriedade privada.[262] De acordo com Belluzzo, o capital social é, então, cada vez mais concentrado nas instituições bancárias o que acarreta transformações na circulação monetária, na acumulação e na reprodução de capital.

Ora, diante destas modificações tem-se, claramente, uma transformação na valoração de relações proprietárias/patrimoniais individuais sendo diminuída, para dar lugar às relações do capital social, sendo este o ponto central do sistema, cuja valoração chega em seu ápice. Não faz sentido então o Direito Penal continuar com tamanha repressão no que se refere aos crimes patrimoniais clássicos.

O capital passa a assumir seu domínio por meio da forma de capital social, mesmo que inserido em princípios da propriedade privada.

> O capitalismo não é definido, apenas, pela existência da propriedade privada, mas como um sistema que tende a coletivizar todas as suas formas de existência. Isso ocorre sem que o sistema deixe de se basear nos critérios privados de apropriação da renda e de valorização da riqueza. O capital assume uma forma social nos marcos da

---

260 BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 96.
261 Ibid.
262 Ibid., p. 103.

> propriedade privada. É a superação da propriedade particular no interior do regime capitalista de produção, a coletivização capitalista.[263]

Neste contexto, cumpre salientar o papel que o sistema financeiro apresenta nestas metamorfoses do capital. A fusão entre o setor das finanças e o setor industrial resulta no Capital Financeiro. Na configuração da sociedade atual é evidente a aliança entre as instituições bancárias e as empresas. O capital bancário se une ao capital industrial, mas o primeiro mantém seu monopólio sobre o segundo. Diante desta relevância que o capital financeiro atinge no capitalismo monopolista, tem-se que a classe financeira comanda os destinos das grandes corporações.

Pode-se afirmar, então, que as grandes corporações, o mercado de capitais, o sistema de crédito e o capital financeiro marcam a configuração capitalista atual. A classe financeira comanda o momento mais importante dos fluxos do capital e utiliza sua função para arrecadar ganhos privados, na maioria das vezes de forma abusiva e corrompendo sua própria função.

Como já fora comentado acima, verifica-se um contexto em que a criação de valor no regime do capital torna-se cada vez mais socializada[264] mesmo perante os ditames da apropriação privada, mas para que haja o acompanhamento desta socialização tornou-se necessária a substituição da moeda-mercadoria pela moeda-crédito, assumindo esta última a forma geral da riqueza. Assim, a forma tradicional do dinheiro transfigura-se para formas mais desenvolvidas do valor e da riqueza como o crédito, o capital a juros e o capital fictício.

Na interdependência entre corporações, sistema de créditos, capital financeiro e mercado de capitais, ressalta-se que o desenvolvimento do capital financeiro depende da constituição dos mercados de negociação dos títulos de dívida e das ações que regulam a transferência da propriedade entre os próprios capitalistas.[265]

O regime do capital depende do desenvolvimento do sistema financeiro e de capitais para reproduzir o modelo de apropriação privada da riqueza.[266] O poder do capital global é superior aos capitais individuais, pois caso os proprietários individuais de capital não consigam acompanhar os ditames impostos pelas normas financeiras no processo de valorização do capital, podem ser expropriados de seus direitos de proprietários. O que

---

[263] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

[264] Socialização significa não apenas que o crédito permite o aumento das escalas produtivas, da massa de trabalhadores reunidos sob o comando de um só capitalista. Significa mais que isso: os capitais individuais passam a ser mais interdependentes e solidários no sistema de crédito e, portanto, mais dependentes do movimento geral do capital. A separação entre o capital em funções e o capital na qualidade de propriedade promove a subordinação solidária do capital produtivo à sua forma mais geral e abstrataIbid., p. 112.

[265] Ibid., p. 108.

[266] Bancos são provedores da infraestrutura do mercado, na medida em que definem as normas de acesso à liquidez, ao crédito e administram o sistema de pagamentos. Tais normas impõem condições de produção e de concorrência das empresas. Ibid., p. 115.

importa é o desenvolvimento do sistema financeiro de capitais para manter o regime do capital global e sua valorização crescente. O Capital financeiro também tem o poder de criar métodos de valorização que "[...] não dependam diretamente das leis de produção de mais-valia e das normas de reprodução e acumulação do capital produtivo."[267] Torna-se, deste modo, o capital global mais poderoso. Se o sistema social proporciona tal valoração ao capital global, não faz sentido o Direito Penal intervir quando a conduta, no âmbito dos crimes patrimoniais, resulta em um dano apenas aos capitais individuais.

A expansão da valorização do capital passa a depender, diretamente, da ampliação das relações de débito-crédito, e para isso cria o mercado de negociações e as condições jurídicas (incluindo as condições jurídico-penais) que são responsáveis por dar continuidade ao processo de expropriação dos produtores-proprietários que não se encaixem nos ditames das normas financeiras, econômicas e técnicas de valorização do capital global. O mercado de negociações e as novas condições jurídicas tornam-se responsáveis por dar continuidade ao processo de "[...] expropriação dos expropriadores e de destruição do capital efetivo e fictício."[268]

Todavia, o capital financeiro não se tornou responsável apenas pela expansão da valorização do capital, mas também por sucessivas crises econômicas no sistema capitalista. Bem aponta Belluzzo que: "[...] o capital financeiro em sua fúria de dominação e de valorização fictícia da riqueza tende a empurrar a economia capitalista para sucessivas crises de superacumulação e de crédito."[269]

Neste sentido, estabelece David Harvey que se o fluxo do capital sofrer qualquer interrupção deparar-se-á com uma crise do capitalismo "[...] em que o cotidiano não pode mais continuar no estilo a que estamos acostumados."[270] Por isso, a compreensão do fluxo do capital e da sua lógica é essencial para entender as condições em que vivemos.[271]

---

[267] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 108.
O capital a juros é a forma que reflete por excelência a natureza invertida desse sistema que em seu funcionamento concreto, o capitalismo parece negar as determinações de seus fundamentos [...]. Esta forma de capital [...] insiste em obter mais valor do seu próprio processo de circulação, prescindindo dos fundamentos que possibilitam a valorização do valor, ou seja, a utilização da força de trabalho pelo capital em funções e a criação de renda monetária mediante o gasto originário da classe detentora dos meios de produção e controladora do crédito. Ibid. p. 113.

[268] Ibid., p. 108.

[269] Ibid., p. 109.
[...] retorno aos fundamentos se efetua mediante a desvalorização dos títulos que representam direitos à apropriação da renda futura e do patrimônio: títulos de dívida e de propriedade, mercadorias não vendidas e sem valor, capacidade produtiva excedente. Nas crises fica demonstrado que não é possível preservar o capital em funções das escaladas de valorização da riqueza capitalista na esfera financeira [...] a concentração e centralização do controle do capital líquido em instituições de grande porte e cada vez mais interdependentes. Ibid.
Dentre as habilitações dos bancos: promover as mudanças na estrutura da propriedade, ou seja, organizar o jogo da concentração patrimonial e produtiva. Ibid. p. 128.

[270] HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012.

[271] Ibid., p.7.

Em relação à crise econômica de 2008 cujas consequências percorrem os momentos atuais de nossa sociedade, David Harvey questiona:

> Será que a crise sinaliza, por exemplo, o fim do neoliberalismo de livre-mercado como modelo econômico dominante de desenvolvimento capitalista? A resposta depende do que entendemos com a palavra neoliberalismo [...]. Mascarado por muita retórica sobre liberdade individual, autonomia, responsabilidade pessoal e as virtudes da privatização, livre-mercado e livre-comércio, legitimou políticas draconianas destinadas a restaurar e consolidar o poder da classe capitalista. Esse projeto tem sido bem-sucedido, a julgar pela incrível centralização da riqueza e do poder observável em todos os países que tomaram o caminho neoliberal. E não há nenhuma evidência de que ele está morto.[272]

David Harvey salienta que os poderes que dominam o sistema, atualmente, procuram sanar os problemas estruturais mediante o sacrifício popular, para, em seguida, salvar os interesses de classe. Problemas como a queda dos lucros e as desvalorizações da falta de demanda efetiva podem ser solucionados por meio do sistema de crédito. Todavia, quando há uma crise no sistema de créditos toda a economia se abala, sendo necessário que o capitalismo crie um poder externo (como o Federal Reserve) para escapar de suas próprias contradições. Ressalta David Harvey que "[...] o verdadeiro problema não é a falta de demanda efetiva, mas a falta de oportunidades para o reinvestimento lucrativo do excedente conquistado ontem na produção."[273] Em suma, o verdadeiro problema é interromper a continuidade do fluxo do capital.

Analisar-se-á, neste momento, o último obstáculo potencial para ao fluxo de capital o qual "[...] reside no ponto em que a nova mercadoria entra no mercado tanto como uma coisa ou como algum tipo de serviço a ser trocado pelo dinheiro original acrescido de um lucro."[274] Cria-se indústrias de publicidade para influenciar e manipular as necessidades e desejos das populações para assegurar o fluxo de capital. Harvey aponta que o que é necessário "[...] é a formação de condições diárias de vida que exigem a absorção de um conjunto de certas mercadorias e serviços, a fim de se sustentar."[275]

É neste ponto que temos a Indústria cultural comandando a sociedade em prol dos interesses da classe capitalista. Theodor Adorno, em sua obra *Indústria Cultura e Sociedade,* defende que vivemos em uma sociedade de ditadura da produção em que os aparatos

---

[272] HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012.
[273] Ibid., p. 98.
[274] Ibid.
[275] Ibid., p. 91.
No que tange ao problema do subconsumo tem-se que: "A resposta mais importante par ao enigma da demanda efetiva [...] é que a solução reside no consumo capitalista. Este se dá de duas formas: uma parte da mais-valia é consumida como gastos [...], mas a outra parte é reinvestida ou em bens de sobrevivência para que mais trabalhadores sejam empregados ou em meios de produção novos [...]. A demanda efetiva do produto excedente de ontem depende do consumo dos trabalhadores, do consumo pessoal capitalista e da nova demanda gerada pela expansão da produção de amanhã." Ibid. p. 94.

ideológicos e os meios de comunicação de massa difundem os valores que as pessoas devem seguir para que haja uma manipulação do comportamento das massas voltado à produção resultando em uma alienação sobre a exploração da qual as pessoas são vítimas.

> A indústria cultural, mediante suas proibições, fixa positivamente uma linguagem sua, com uma sintaxe e um léxico próprios. A necessidade permanente de efeitos novos, que permanecem todavia ligados ao velho esquema, só faz acrescentar, como regra supletiva, a autoridade do que já foi transmitido ao qual cada efeito particular desejaria esquivar-se. Tudo o que surge é submetido a um estigma tão profundo que, por fim, nada aparece que já não traga antecipadamente as marcas do jagão sabido. E não demonstre, à primeira vista, aprovado e reconhecido. Mas os matadores – produtores e reprodutores – são os que usam esse jargão com tanta facilidade, liberdade e alegria, como se fosse a língua que, há tempo, foi reduzida ao silêncio. É este o ideal da naturalidade em cada ramo, que se afirma tanto mais imperiosamente quanto mais a técnica aperfeiçoada reduz entre imagem e a vida cotidiana.[276]

De acordo com Adorno, a Indústria cultural cria comportamentos de submissão, conformismo, euforia, entusiasmo, (falsa) satisfação, gerando um consumo irracional. Ela coloca na mente de todos o desejo pelo consumo, sente este o atual norte da sociedade. Tem-se, com a Indústria Cultural, um controle da subjetividade do indivíduo pela fabricação de necessidades, o que redunda em uma uniformização das pluralidades sociais e um bloqueio das individualidades.[277]

Belluzzo também explica que o consumo e as ondas de inovações se tornaram ótimos instrumentos para o próprio mercado disfarçar os conflitos sociais. A configuração da sociedade atual está baseada no consumismo, na insatisfação das necessidades ilimitadas, e no impulso insaciável da acumulação de riquezas.[278] Ao lado da configuração capitalista atual de grandes corporações empresariais vê-se um apelo ao consumo em massa. Estas corporações necessitam do apoio dos meios de comunicação para atingirem o nível elevado de consumismo na sociedade. Como bem salienta Belluzzo, os meios de divulgação e formação de opinião da sociedade atual são eles próprios grandes empresas: "[...] a importância crescente desses meios exprime hoje o caráter cada vez mais diferenciado e abrangente dos processos de controle social e político exercidos em nome de uma liberdade abstrata."[279]

Quando se analisa o consumismo na configuração da sociedade atual, percebe-se que há uma diferenciação do consumo das classes altas e das classes média e baixa. Estas últimas tentam imitar e acompanhar o padrão de consumo das primeiras, mesmo que esta imitação

---

[276] ADORNO, Theodor. **Indústria cultural e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra: 2002. p. 18.
O princípio básico consiste em lhe apresentar tanto as necessidades como tais, que podem ser satisfeitas pela indústria cultural, quanto por outro lado organizar antecipadamente essas necessidades de modo que o consumidor a elas se prenda, sempre e apenas como eterno consumidor, como objeto da indústria cultural.

[277] A realidade artificial construída pela indústria cultural transmite a ideia de que precisamos consumir coisas diferentes para nos sentirmos diferentes, entretanto todos desejamos a mesma coisa: consumir. Ibid., p. 36.

[278] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 25.

[279] Ibid., p. 17.

não seja possível devido às condições materiais objetivas, o que importa é que as classes média e baixa tenham a sensação desta imitação e acompanhamento do padrão de consumo, notadamente para que elas se joguem na utilização massiva do sistema de crédito. O sistema de crédito é uma ferramenta essencial para a diferenciação do consumo e de sua massificação, no sentido de atingir os imperativos da mercantilização global. Pode-se afirmar que:

> [...] caráter constitutivo da expansão do consumo na dinâmica do capitalismo moderno que combina o domínio do sistema de crédito sobre as decisões de gasto, a deslocalização da manufatura para regiões de menor custo relativo, o aumento das escalas de produção e a rápida introdução do progresso técnico. Os ganhos propiciados pela valorização da riqueza financeira dos mais abastados sustentaram o consumo e facilitaram o crédito bancário aos consumidores menos afortunados [...] diferenciação do consumo dos ricos obriga as famílias de renda média e baixa a comprometer uma fração crescente de seus ganhos com o endividamento no afã de acompanhar novos padrões.[280]

A pequena criminalidade patrimonial está ligada a esta estrutura. A título de esclarecimento, nesta pesquisa considerar-se-á pequena criminalidade patrimonial não apenas os crimes patrimoniais puros, mas também aqueles que afetam a integridade física e a autodeterminação do indivíduo, cuja motivação para a prática do delito está relacionada diretamente com a configuração social aqui analisada, notadamente no âmbito do consumismo, excetuando-se os casos de latrocínio ou de graves lesões à pessoa. Assim sendo, a pequena criminalidade patrimonial estaria relacionada às situações em que a renda das classes baixas não consegue mais acompanhar os endividamentos, mas, mesmo assim, mantêm-se a necessidade de acompanhar os novos padrões de consumo. Os crimes patrimoniais cometidos por motivações oriundas destas situações deveriam ser retirados do âmbito penal, e serem resolvidos em outro ramo jurídico, pois são injustos cuja valoração é específica de uma estrutura social econômica que exige tal comportamento. O segundo capítulo deste trabalho analisará em que momento da atribuição da responsabilidade penal, pode-se identificar este fator, ou seja, na análise do injusto, da culpabilidade, da punibilidade ou do processo penal.

> No mundo em que mandam os mercados da riqueza financeira e a concorrência entre as grandes corporações, os cidadãos estão divididos entre vencedores e perdedores. Os primeiros, ao acumular capital financeiro, gozam do tempo livre e do consumo de luxo. **Os demais se tornam dependentes crônicos da obsessão consumista e do endividamento, permanentemente ameaçadas pelo desemprego, e, portanto, obrigados a competir desesperadamente pela sobrevivência.**[281]

---

[280] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 26.
[281] Ibid., p. 27. (grifo nosso).

Pois bem, o próximo tópico tratará em específico desta relação da pequena criminalidade patrimonial com a configuração social baseada na imposição de um consumismo exacerbado. Restou explicado neste tópico a importância que a circulação de bens apresenta no regime do capital, principalmente no que se refere a circulação deste último. Dessa forma, em uma sociedade fundada na produção do capital pelo capital, a troca e a circulação de mercadorias são os instrumentos principais do processo de produção. O verdadeiro problema do regime do capital reside na interrupção de seu fluxo, e para que isto não ocorra cria-se uma indústria de publicidade para ampliar e manipular as necessidades das populações, impulsionando o papel de protagonista ao sistema de crédito, configura-se, assim uma sociedade baseada no consumismo, na insatisfação, na insegurança e no impulso à acumulação de riquezas. É com esta realidade que as normas penais dos crimes patrimoniais se relacionam. Assim, entende-se o papel da intervenção penal e dos discursos sobre a prevenção geral positiva perante a pequena criminalidade patrimonial, mas não se considera este âmbito jurídico o ideal para solucionar problemas de cunho nitidamente econômico, ou, ao menos, a pena privativa de liberdade não cumpre esta função, devendo ser substituída por pena pecuniária. Passar-se-á a compreender o porquê desta não adequação da intervenção penal mesmo em um setor que atinja o núcleo central da sociedade atual complicando-se, ainda mais, quando se lesiona a integridade física ou a autodeterminação de um indivíduo.

1.5.5.2 Consumismo e reflexos na tutela penal do patrimônio

A criação de valor resulta no fluxo da renda, nas operações de débito e crédito que passam a transformar a distribuição dos direitos sobre a riqueza, atingindo a situação patrimonial dos participantes. Estes movimentos ocasionados pela relevância que o capital fictício apresenta na configuração do capitalismo contemporâneo refletem-se na propriedade enquanto relação social:

> Como propriedade de alguém a riqueza só pode ser avaliada em sua relação com o poder dos demais possuidores de riqueza. A propriedade é a um só tempo uma relação com as coisas e uma relação social de interdependência entre produtores privados. Isso impõe aos proprietários privados das formas particulares e especializadas da riqueza a dura e penosa obrigação de submeter seus haveres ao tribunal dos mercados de riqueza, ou seja, à avaliação e à reavaliação de seus rendimentos vis-à-vis com os rendimentos dos demais. Essa avaliação é realizada pela taxa de juros formada no mercado que desconta o valor da capacidade estimada do fluxo de ganhos futuros dos ativos instrumentais e financeiros. Trata-se de converter o fluxo monetário de receitas futuras proporcionado pela posse do ativo em seu valor presente, na forma universal, ou seja, na riqueza líquida.[282]

[282] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 118.

O sistema jurídico-penal tem que lidar com a realidade destes movimentos os quais interferem na configuração do patrimônio dos participantes do jogo do mercado, assim como na configuração da propriedade enquanto relação social. No campo da dogmática penal, a teoria funcionalista radical é de suma importância ao analisar a legitimação da intervenção penal quando há quebra de expectativas normativas e, em última instância, da base de confiança social. Ora, esta intervenção penal legitimada pela quebra de expectativas normativas é um reflexo da sistemática que ocorre no âmbito sistema econômico. Pode-se citar um exemplo desta sistemática no campo econômico os casos de ruptura de expectativas sobre os direitos à distribuição da riqueza. Os detentores destes direitos concentram suas expectativas no ativo dos possuidores de riqueza que imaginam serem dotados de capacidade aquisitiva invariável.[283] Quando há quebra destas expectativas, há desequilíbrios e drásticas crises no sistema econômico.

Tem-se, portanto, uma construção social fundada na confiança, principalmente na confiança de cumprimento de expectativas. Essa mesma sistemática é, então, adotada pela dogmática penal para delimitar os casos em que se deve ter a intervenção do Direito Penal.

Em específico, compreende-se que os movimentos do processo de valorização do capital atingem a valorização e desvalorização do patrimônio total tanto de empresas quanto das massas de consumidores, refletindo-se no sistema jurídico-penal no seguinte sentido: As massas de consumidores, por meio dos processos de endividamento, têm a percepção de que seu patrimônio aumentou (notadamente devido à capitalização acelerada dos ativos financeiros), na medida em que se encontra uma ampliação da demanda de crédito por conta dessa mesma massa de consumidores. Esta intensifica, cada vez mais, sua capacidade de consumir sobre a renda corrente criando um circulo vicioso em que se adquire gastos exacerbados, o que acelera o endividamento desta massa.

Pois bem, em um nível muito simples, pode-se afirmar que aqueles indivíduos que não possuem esta percepção de enriquecimento patrimonial, nem por meio do endividamento e da aquisição de gastos exacerbados, também são pressionados a acompanharem as demandas de consumo, o que pode redundar na criminalidade em termos patrimoniais, como casos de furtos e roubos. A criminalidade patrimonial apresenta-se, em alguns casos, como uma forma ilícita de acompanhamento desta percepção de enriquecimento que ocorre perante a massa de consumidores endividados. Esta realidade não apresenta um percentual elevado nos crimes patrimoniais, para ser englobada na análise sobre a tendência generalizante destas condutas com esta motivação. Este ponto específico será discutido no segundo capítulo.

[283] BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 121.

Nem todas as classes sociais tem acesso ao crédito, mas lhes restam as consequências da produção de valor. Não conseguindo acompanhar os padrões de consumo impostos recaem no âmbito do Direito Penal no que se refere à pequena criminalidade patrimonial, incluindo-se os casos de roubo em que, apesar da lesão ao patrimônio e à integridade de outrem, a motivação para o crime se deu devido a este contexto acima descrito, estritamente patrimonial, e não envolvendo outras motivações como, por exemplo, adquirir recursos financeiros para a estrutura de uma organização criminosa; casos estes em que a motivação, mesmo que em última instância seja patrimonial, há algo a mais que envolve toda a ligação dos agentes com tal organização, principalmente no que se refere ao âmbito do tráfico de drogas.

O progresso tecnológico intensifica esta contradição das relações de posse da riqueza, no sentido de que desvaloriza, de forma constante, a força de trabalho e a riqueza existente (ou seja, os produtos existentes para que novos produtos sejam valorizados). Pois bem, esta constante valoração e desvaloração do patrimônio tem que se refletir na configuração dos crimes patrimoniais, pois não se pode conceber uma valoração plena e imutável acerca do valor do patrimônio.[284]

Os bancos centrais ocupam posições de destaque nesta valoração da relação de propriedade, pois são os responsáveis em promover as transferências de propriedade implícitas nas relações de crédito-débito sem, no entanto, sair dos moldes da apropriação privada da riqueza, mesmo que alguns proprietários individuais sejam sacrificados. Percebe-se, portanto, que a valoração em torno da relação de propriedade é modificada, mas apenas na medida em que se adequa às conformações da economia global, sem ocorrer a violação dos postulados de apropriação privada da riqueza.

A expansão financeira globalizada resultou em algumas consequências, como: a queda dos preços dos imóveis, a desvalorização de ativos financeiros associados ao consumo, intensificação do endividamento das famílias, cortes de gastos de capital nas empresas, queda da renda das famílias, desempregos. É com esta configuração atual da sociedade que as normas penais dos crimes patrimoniais deve se relacionar, ou seja, nos capítulos futuros quando se discutirá as teorias da dogmática penal enquanto formas limitadoras da intervenção penal ter-se-á este cenário social como fundamento sociológico das propostas a serem apresentadas.

---

[284] Somam-se as consequências da informatização dos mercados: Intensa informatização dos mercados permitiu ampliar o volume de transações: intensas transformações nos métodos e modelos de precificação de ativos e dos riscos associados, bem como na hierarquia e no papel das instituições. Tais inovações permitiram maior fluidez nas transações, estimularam a securitização gananciosa e a alavancagem imprudente. ADORNO, Theodor. **Indústria Cultural e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra: 2002. p. 148.

Tão clara se torna a relação da sociedade, essencialmente econômica, e sua proteção pelo sistema jurídico-penal que é contraditório elevar a proteção do patrimônio à liberdade individual (liberdade em perspectiva jurídica e não a sociológica até aqui trabalhada), pois é a própria estrutura econômica que divide os cidadãos entre proprietários e não proprietários e força estes a entrarem em uma necessidade consumista insaciável por meio de uma procura acelerada ao sistema de créditos, recaindo em uma realidade de endividamentos, corte de gastos de capital nas empresas, queda da renda e desempregos. Como criminalizar condutas decorrentes de um movimento estrutural essencial ao sistema socioeconômico?

Na perspectiva dos próprios delinquentes patrimoniais constata-se este reflexo, contraditório, de que o patrimônio vale muito mais do que a liberdade de uma pessoa. É o que ocorre nos crimes patrimoniais cometidos mediante violência ou grave ameaça. Nesta análise, realiza-se uma comparação invertida: Para criminalizar as condutas que ferem o patrimônio e as relações de propriedade privada, estes são colocados acima da liberdade de locomoção de um indivíduo, e, em uma perspectiva sociológica, são colocados acima da constituição de um ser livre e autodeterminado (ou seja, é necessário ter patrimônio para ser alguém na sociedade): o próprio regime do capital impede o ser humano de se constituir enquanto um ser livre e autônomo, pois não há condições materiais objetivas para que isto ocorra. Então, o próprio delinquente entra nesta lógica da sociedade na qual ele está inserido, e coloca a imposição do "ter" acima da vida ou da liberdade de outrem.

A imposição da valoração acentuada do patrimônio e das relações de propriedade privada pela estrutura social tem como consequência lógica a prática de condutas que irão afetá-los. Percebe-se que, até mesmo saindo da esfera dos *crimes patrimoniais puros* e adentrando na seara dos crimes patrimoniais que atingem a vida, a integridade física e a autodeterminação individual; verifica-se a mesma influência da configuração da sociedade perante a valoração do patrimônio e das relações de propriedade privada, na motivação das condutas criminosas.

Dessa forma, para estudar a limitação da intervenção penal no campo dos crimes patrimoniais, além da importância em se diferenciar as condutas que afetam o patrimônio e a propriedade privada e os objetos das normas lesionados (campo da diferenciação do injusto), tem-se, também, que verificar a motivação que levou o agente a cometer aquela conduta (campo que se encontra, tradicionalmente, na culpabilidade a qual, muitas vezes, é totalmente negligenciada pela prática penal dos juízes e tribunais).

Tanto em um caso de furto (seja qualificado seja simples) quanto em um roubo (exceto, nos casos de latrocínio os quais necessitariam de uma grande evolução da sociedade para

serem retirados do âmbito penal) em que a motivação do agente tenha sido *estritamente patrimonial* e influenciada por esta configuração social até agora aqui descrita, deve-se retirar a intervenção penal, ou pelo menos, a pena privativa de liberdade, resolvendo-se o problema em outro campo jurídico. Ora bem, é a própria estrutura social que influencia no comportamento do agente. Deve-se resolver tal conflito no âmbito econômico, e não no âmbito penal. Se não se retirar a intervenção penal, ao menos se deve substituir a pena privativa pela pena pecuniária e restituição do dano.

Diferente é quando a motivação para o crime é outra que não puramente patrimonial, como ocorre nos casos em que os furtos ou roubos estão associados ao tráfico de drogas e organizações criminosas. Mesmo que o fim último destes delitos seja de cunho patrimonial, o que se está por detrás são outros crimes um tanto quanto mais complexos do que a pequena criminalidade, além da associação de várias motivações distintas presentes nestes casos de crimes associados, o que não se verifica na concepção de pequena criminalidade patrimonial aqui trabalhada.

Todavia, cabe questionar se estas condutas, individualmente consideradas, que são motivadas para se atingir bens de consumo de forma ilícita, mesmo nos casos mais simples, como o furto, feririam as regras do jogo de circulação de bens, atingindo a circulação de capital, e se deveriam ser reprimidas, no âmbito penal, para que se mantenha a convivência social nos padrões do regime do capital, assim como a vigência de normas penais que protegem as relações de propriedade privada.

É no sentido positivo deste questionamento que trabalha Günther Jakobs e Silva Sanchez os quais defendem a manutenção da criminalização da pequena criminalidade (no sentido destes autores, diferente do defendido nesta pesquisa[285], inclui-se na pequena criminalidade apenas os crimes patrimoniais puros, como o furto) devido ao perigo de generalização destas condutas. Pois bem, o que se pretende é demonstrar que a pequena criminalidade patrimonial, nem no sentido trabalhado por estes autores nem no defendido nesta pesquisa, tem a potencialidade e gravidade de, realmente, afetar a convivência social ou abalar a vigência de normas penais, tanto que este setor de pequena criminalidade, no viés adotado neste trabalho, nem sequer deveria ser resolvido no âmbito do sistema jurídico-penal. Todavia, passar-se-á a demonstrar a visão oposta dos autores acima mencionados.

[285] A título de esclarecimento, nesta pesquisa considerar-se-á pequena criminalidade patrimonial não apenas os crimes patrimoniais sem violência, de forma a abranger, também, o roubo simples, estelionato e extorsão (não qualificada), por exemplo, desde que represente uma afetação privatista do patrimônio, além de apresentar uma motivação relacionada diretamente com a configuração social aqui descrita, notadamente no âmbito do consumismo. Em suma, considera-se pequena criminalidade patrimonial aquela conduta que não tem a potencialidade de negar a totalidade do Direito, ou seja, que não apresente danosidade social: uma conduta que em vez de questionar o sistema é somente uma de suas consequências estruturais.

No segundo capítulo deste trabalho, serão discutidos os critérios de merecimento e necessidade de pena. Salienta-se, neste momento, alguns apontamentos sobre o assunto. Silva Sanchez aponta o posicionamento a favor do merecimento de pena da pequena criminalidade patrimonial, no seguinte sentido:

> *[...] afecta a la propriedad y, com ello, a uno de los elementos del núcleo de la identidad normativa de nuestra sociedad, la delincuencia patrimonial leve no debe quedar al margen del derecho penal. Pois é o direito penal que reafirma a identidadenormativa em seu aspecto nuclear [...]. Por tanto, si com la expresión ilícito de bagatela se pretendiera significar que un determinado hecho antijurídico há de quedar fuera del alcance del derecho penal, habría que concluir que la delinquencia patrimonial leve no constituye tal ilícito de bagatela [...]. .Sise entiende que un criterio para la caracterización de una conducta como de bagatela es su proximidad a lo socialmente adecuado debe indicarse que las nrmas que protegen la propriedad son básicas em nuestra sociedad, de modo que no puede afirmarse em ningún caso que un hurto sea próximo a lo socialmente adecuado.*[286]

Percebe-se que estes posicionamentos estão pautados na ideia de generalização das condutas que afetam as normas penais as quais pretendem proteger o patrimônio e a propriedade privada, ou seja, estão pautados na tese de acumulação a qual será explicada no segundo capítulo deste trabalho. Alamiro V. S. Netto apresenta uma crítica a este posicionamento salientado por Silva Sanchez. Para Alamiro Netto, a afirmativa de que o patrimônio faz parte da estrutura normativa da sociedade capitalista é verdadeira. Todavia, essa afirmativa não pode legitimar a intervenção penal excessiva, pois a tutela penal não deriva apenas da importância do bem jurídico, mas também de princípios como o da *fragmentariedade e subsidiariedade*. Nas palavras de Alamiro V. S. Netto, algo pode fazer parte do núcleo central da sociedade e ser tutelado por outros ramos jurídicos.[287]

Alamiro V. S. Netto aponta o posicionamento de Günther Jakobs para o qual o caráter insignificante de uma conduta deve depender da ausência de um risco social de generalização.[288] Nesta linha de pensamento, a intervenção penal seria necessária pois a incidência dos crimes patrimoniais seria massiva. Todavia, como ficará demonstrado neste trabalho é neste ponto que reside **a importância da diferenciação do injusto, para desmistificar este caráter massivo dos crimes patrimoniais puros ou cuja motivação seja um reflexo da valoração que o patrimônio recebe na configuração da sociedade**.

---

[286] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 348, 2005.

[287] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215.
Acrescenta Alamiro: O crime não pode se esgotar na mera violação da norma, mas seu resultado concreto é essencial para juízos de merecimento e necessidade de pena. Do contrário, retornar-se-ia ao velho conceito jurídico de patrimônio, no qual o delito não encontra sua essência na subtração concreta do bem, mas na simples infração ao direito subjetivo do proprietário. Ibid., p. 215.

[288] Ibid., p. 214.

Alamiro V. S. Netto apresenta também uma crítica muito importante ao pensamento de Jakobs no sentido de que somente é possível criminalizar uma conduta, em face de sua repetição, se esta conduta, em si mesma, for merecedora de pena. "Algo não deve ser penalmente relevante porque simplesmente se repete, mas sim por possuir danosidade social em termos concretos, e não somente normativos."[289]

No mesmo sentido, explica Fernando Andrade Fernandes[290] como a tese da acumulação deveria ser aplicada, ou seja, a hipótese dos efeitos cumulativos tem de ser realista além de estarem presentes todos os outros critérios para merecimento de pena (o fato individualmente considerado já tem que por gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada); além de apresentar uma necessidade de salvaguardar um bem coletivo de interesse fundamental da sociedade. Percebe-se, neste ponto, um problema para justificar o merecimento de pena diante da criminalidade patrimonial (leve, por exemplo) por meio da tese de acumulação, pois o patrimônio não é um bem coletivo, mas sim individual.

Além do mais, apesar da pequena criminalidade patrimonial interferir nas regras de circulação capitalista, deve-se levar em conta, na análise do merecimento de pena, que muito mais preocupante ao regime do capital, e à não interrupção de seu fluxo, é a realidade das grandes corporações e dos Estados perante problemas como a corrupção, (tanto privada quanto pública), fraudes, crimes societários, escândalos empresariais, dentre vários outros crimes no âmbito econômico. Estes crimes sim podem resultar em grandes obstáculos ao fluxo adequado de capital global, muito mais do que a pequena criminalidade patrimonial, cometida pelas classes que não apresentam nenhum poder social.

Os argumentos de Peter-Alexis Albrecht são de suma importância, também para se compreender a necessidade de se verificar a real gravidade da lesão, pois apesar das intervenções na propriedade e no patrimônio serem vistas como condutas indesejadas que perturbam a ordem social, não se pode desprezar a realidade das novas técnicas de propaganda e de venda e sua relação com os crimes patrimoniais. As estruturas de decisão empresarial, os mercados financeiros e o sistema de crédito, bem como as disposições empresariais de riscos, como a escolha por técnicas de venda que despertem os desejos de enriquecimento dos clientes, assim como a pretensão de elevar os lucros no âmbito das economias de finanças e da economia de seguros a qualquer custo e a oferta descontrolada de

---

[289] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215.

[290] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1.

mercadorias no âmbito de uma economia globalizada e competitiva; contribuem para que o consumidor seja atraído para uma situação de sedução por certas mercadorias, sem no entanto apresentar condições materiais objetivas para que tal consumidor obtenha os bens desejados. Este contexto conduz a elevados riscos de criminalização, em especial de uma terminada classe social. Neste sentido, já detalhado neste tópico, fundamenta Albrecht que:

> A compulsão por bens de status, criada pela propaganda psicológica, encontraria uma apresentação de mercadorias que teria eliminado as barreiras materiais entre mercadoria e comprador [...]. A oportunidade massiva para cometimento de determinadas ações puníveis poderia ser designada como resultado de decisões de economia de empresa [...]. Sistema de banco eletrônico, ofertas de pagamento parcelado, créditos reais, créditos excedentes da conta corrente, ofertas de novação de dívida, cartões de crédito – aumentam possibilidades de consumo onde as possibilidades financeiras seriam limitadas ou não estariam à disposição.[291]

Peter-Alexis Albrecht defende, ainda, que a vítima, muitas vezes, exerce um papel perante a pequena criminalidade patrimonial, no sentido de ter um dever de cuidado perante o seu patrimônio, o que justificaria a aplicação de uma sanção jurídico-penal subsidiária, sendo de preferência a aplicação do Direito Civil enquanto instrumento de controle primário. Assim, afirma Albrecht que "[...] feita a proposta de configurar como subsidiária a proteção jurídico-penal nos tipos penais de fraude de bagatela se é evidente uma coculpabilidade da vítima."[292] O tema da co-responsabilidade da vítima será detalhado no segundo capítulo deste trabalho.

Acrescenta-se, ainda, o debate político-criminal perante a possibilidade de o risco patrimonial ser retirado da proteção jurídico-penal, sendo esta reservada apenas aos delitos de dano ao patrimônio. Todas estas medidas de intervenção na dogmática penal serão ser analisadas, na presente pesquisa, notadamente em relação ao projeto do Novo Código Penal brasileiro. Restou apenas evidenciar neste tópico o contexto social que se apresenta por detrás da realidade dos crimes patrimoniais e apontar a ligação que a dogmática penal deve ter com fundamentos sociológicos para legitimar ou deslegitimar a intervenção penal.

1.5.5.3 Função Social da Propriedade Privada e reflexos na atualidade

Alamiro Velludo Salvador Netto aponta o rompimento, na configuração da sociedade atual, com o liberalismo no sentido de ser o direito subjetivo de propriedade o símbolo máximo da liberdade, ou seja, vê-se enfraquecida a compreensão de que a intervenção sobre o

---

[291] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 473.

[292] Ibid., p. 483.
No segundo capítulo deste trabalho, serão apresentadas algumas teorias de co-culpabilidade que podem ser aplicadas à pequena criminalidade patrimonial.

exercício dos direitos implicaria em verdadeiro atentado à liberdade.[293] O direito de propriedade passa a ser condicionado à intervenção estatal perante sua função social a qual delimita o fundamento, o limite, o conteúdo e o exercício da propriedade. A função social passa a ser o elemento fundamental que legitima as atividades de intervenção do Estado na esfera privada.[294]

"A adoção de uma função social representa a mencionada tensão entre o coletivo e o individual e submete a propriedade à realização de outros anseios, fundamentalmente a busca de uma efetiva igualdade material."[295] Todavia, tem-se que ponderar esta afirmação. Mesmo com o discurso de função social da propriedade, esta não deixa de ser propriedade privada. Não tem como desvincular propriedade privada e desigualdade social, sendo que a suposta busca pela igualdade material por meio da função social da propriedade pode se resultar em um discurso ocultador da realidade. Afirma Alamiro V. Salvador Netto que

> [...] só é condizente a defesa da propriedade se esta for capaz de incrementar, ou ao menos, não obstaculizar, outras conquistas de cunhos econômico-sociais e aptas a melhor aperfeiçoar a igualdade material dos indivíduos. A propriedade não pode ser um fator de criação de desigualdades, carecendo de sentido um sistema criminal que se faça alheio a esse aspecto. [...]. Do mesmo modo que o reconhecimento da propriedade pressupõe e está condicionada pela sua função social de promover a igualdade, a tutela desse mesmo direito não pode ser responsável, dada a sua desproporção e rigor, por criar verdadeiras desigualdades.[296]

Muito além de discutir a desigualdade oriunda da proteção penal da propriedade, ao se deparar com a realidade concreta, verifica-se que mesmo com a adoção da função social a propriedade privada não apresenta a finalidade de promover a igualdade material. O sistema necessita dos não proprietários. Se houver essa igualdade, o sistema econômico capitalista se abalaria.

Ressalta Alamiro V. Salvador Netto que a racionalidade na defesa do proprietário sob a ideologia liberal, "[...] não perece estar justificada se inserida no âmbito do Estado Social, eis que, aqui, a função social atua como elemento de subversão de hierarquias, tornando injustificável a tutela, a qualquer custo, das relações patrimoniais."[297] Mas, novamente, tem-se que tomar cuidado com a concretude da função social, pois a realidade brasileira está longe de se configurar um Estado Social. Na concepção de Alamiro V. Salvador Netto,

---

[293] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 185.

[294] Ibid.
Atual configuração da propriedade privada no Brasil: CF/88: Função social da propriedade. Art. 5º, XXII e XXIII. Princípio geral da atividade econômica Art. 170, III, CF. Política urbana Art. 182, CF. Política agrícola e reforma agrária Art. 184 e 186, CF.

[295] Ibid., p. 186.

[296] Ibid.

[297] Ibid.

> A propriedade mostra-se desproporcionalmente tutelada, atuando, pois, como real instituto fomentador de disfunção social. Ao invés de ser convertida em mais um instrumento de promoção de igualdades, em seu nome se aperfeiçoa um modelo jurídico de exclusão, simplesmente gestor de miséria.[298]

A propriedade privada, em sua essência capitalista, não poder ser convertida em um instrumento de promoção de igualdades. O que se pode fazer é encontrar uma maneira para limitar ou diminuir sua incidência enquanto gestora de miséria. Mas sua essência de exclusão e de estranhamentos não se modificará enquanto for ligado ao sistema capitalista de produção.

A desapropriação da propriedade é explicada por Alamiro V. Salvador Netto enquanto um procedimento administrativo que consiste na perda do bem mediante indenização, conduzindo à notória negação do atributo proprietário da perpetuidade. A desapropriação exige indenização ao proprietário. Ora, se há indenização pela perda da propriedade, devido ao não cumprimento de sua função social, talvez não seja o direito de propriedade tão relativizado assim. A relativização é clara, apenas, no sentido de que a propriedade pode, muito bem, ser reduzida a mero valor de troca em dinheiro. A partir do momento em que a propriedade torna-se mais uma mercadoria no sistema a indenização acaba por suprir parte da perda do proprietário. Este não resta tão prejudicado! O proprietário pode perder uma propriedade devido ao não cumprimento de sua função social, mas isso não significa medida de justiça social. Com os grandes latifundiários em nosso país, o proprietário que perde uma parcela de sua terra, muitas vezes não fará nem diferença em sua produção total de capital. Até mesmo porque a perda da propriedade resulta em indenização.

Além do mais, com a relativização do valor da propriedade (não devido aos discursos sobre sua função social, mas por causa de sua conversão em valor de troca avaliável em dinheiro), em um âmbito restrito, caberia muito bem a inclusão normativa penal que extinguisse a punibilidade do agente caso o dano à propriedade ou ao patrimônio fosse reparado. Acrescenta-se a esta relativização valorativa da propriedade o fato de que, hoje, com as modificações do sistema capitalista de produção, a propriedade privada divide o papel de protagonismo no sistema de produção ao lado de novas formas. O sistema financeiro, o mercado de capitais, o sistema de crédito são realidades do capital atual.

Alamiro V. Salvador Netto, salienta a importância do art. 186, CF a qual exige, dentre outras, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração da terra que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.[299] Se a propriedade

---

[298] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 187.

[299] Ibid., p.193.

privada não é mais o direito absoluto do sistema capitalista de produção isto o é assim porque este modo de produção está em constante modificação. Os conceitos de propriedade privada irão se adequadar as modificações capistalisas. Dessa forma, se não há o cumprimento da função social da propriedade e caso haja violações das regras trabalhistas, o proprietário será muito bem indenizado pela perda da propriedade. Ademais, a realidade concreta brasileira nos revela as diversas violações dos direitos dos trabalhadores, notadamente, no âmbito das propriedades rurais. Muitas dessas violações já se tornam até legais, como a terceirização. As regras trabalhistas não foram criadas por qualquer motivo. O próprio sistema econômico considerou-as necessárias ao seu próprio funcionamento e manutenção. Pode-se entender que a violação dessas regras por parte de um proprietário não levará a uma punição com vistas à dignidade do trabalhador, mas por infringir o cerne do funcionamento do sistema entre as regras de capital e trabalho.

Alamiro V. Salvador Netto alerta que "[...] aparenta já não possuir muito sentido a tutela do domínio que, em termos punitivos, seja sempre mais severa do que aquelas outras direcionadas à pessoa, à sua integridade física e à sua liberdade."[300] Concorda-se com o autor, mas com a seguinte ressalva: Esta perda do sentido da tutela do domínio aparece muito mais no fato de que a propriedade privada pode ser convertida em uma mera mercadoria, sendo o valor econômica na análise preponderante. Assim, não é mais o domínio que deveria tomar o ponto central, mas o dano econômico em uma dimensão social. Observa-se,

> Ao estabelecer o texto constitucional que a propriedade rural pode ser objeto de desapropriação caso não respeitado o conjunto legislativo das condições de trabalho, clara é a mensagem de que a maior gravidade penal do roubo se comparada com o crime de redução à condição análoga a escravo cuida de notório absurdo.[301]

Pois bem, se a propriedade pode ser convertida em mera mercadoria sendo que o que mais importa é o seu valor econômico a análise acerca do patrimônio pode ser um tanto mais complexa de se separar dos postulados liberais os quais apresentam não somente uma dimensão econômica, mas cuja valoração do patrimônio pode alcançar até a valoração da liberdade, da individualidade e da vida de seu titular. Este dilema será tratado adiante. Neste momento, cabe indagar que se perante esta dificuldade de libertar a valoração do patrimônio destas outras dimensões, o problema pode ser resolvido, então, na própria conduta e, por conseguinte, no injusto penal. Ou seja, o desvalor da ação e o desvalor do resultado da conduta que afetar o patrimônio tem que ser de tamanha potencialidade para atingir todas as

---

[300] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194.

[301] Ibid.

dimensões de valoração do patrimônio, pois somente assim pode-se configurar um dano social. Se atinge somente a dimensão individualista do patrimônio afeta-se apenas a relativização da propriedade enquanto mercadoria availável em dinheiro.

Em continuação com o pensamento de Alamiro V. Salvador Netto, a desproporção é evidente entre a propriedade atacada pelo furtador e a restrição de sua liberdade como resposta criminal concreta.[302] Cabe-se observar que para a totalidade do sistema social de nada vale a liberdade de alguém que não segue as regras do jogo capitalista. O que é liberdade? Esta está inserida no sistema capitalista de produção e recebe diversas limitações. Como falar de liberdade em um país regido pela miséria e desigualdade? As massas pobres são livres? São aspectos que se deve pensar a respeito e não se prender apenas à liberdade individualmente supostamente atacada pela lesão ao patrimônio. Aliás, relembra-se que, mesmo em uma visão liberal acerca da dimensão de afetação da liberdade do proprietário lesionada por meio das conutas que atingem sua propriedade, esta própria liberdade exteriorizada na propriedade privada é uma liberdade estranhada.

Alamiro V. Salvador Netto propõe ao crime de furto:

> A percepção do redesenho da propriedade privada nos ambientes civil e constitucional deve exigir do penalista a mudança da qualidade de suas sanções, conduzindo a uma espécie de redescobrimento da pena pecuniária como medida mais proporcional e adequada, haja vista as mazelas produzidas pelo cárcere.[303]

No contexto atual do sistema social essa medida ainda pode tornar-se possível. Mas o melhor seria uma total retirada do furto do âmbito penal, ou seja, para acabar com a seletividade do crime de furto seria necessária uma descriminalização deste. Todavia, esta medida não é compatível com o atual desenvolvimento da sociedade brasileira, devido ao contexto apontado pela criminologia de insegurança social em torno da criminalidade de rua e do populismo eleitoreiro. Ao menos, então, uma despenalização do furto faz-se necessária. Mas esta deve se dar com vista à diferenciação do injusto (notadamente no plano das condutas).

Aqueles furtos, em que se subtrai, por exemplo, uma bicicleta podem ser tratatos fora do âmbito penal. Já as condutas advindas de uma organização criminosa, como furtos de obras de arte de grande valor, seriam muito mais difícil a aplicação prática de uma descriminalização e tratamento em outra área do Direito (mesmo que isso fosse muito mais eficaz, com uma elevada punição de cunho pecuniário). Então, poder-se-ia considerar que, nestas últimas

---

[302] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194.

[303] Ibid.

condutas exemplificadas, haja o enquadramento no âmbito criminal. Assim o é devido ao significado de dano social que estas condutas poderiam resultar, até mesmo porque estão associadas a outros crimes, muito mais complexos.

Ambas situações exemplificadas – furto de uma bicicleta e furto de obras de arte por uma organização criminosa – são tratadas como furto, como um mesmo injusto, colocados sob um mesmo tipo penal. Há necessidade de depuração deste injusto, ou seja, diferenciar um injusto do outro, para se verificar qual deles apresenta merecimento de pena.[304]

Um simples furto famélico ou um furto corriqueiro de objetos constituídos pelos padrões atuais de consumo não mereceriam estar no âmbito criminal. Salienta-se que a análise não se restringe ao furto simples, mas, notadamente, deve alcançar os tipos de furtos qualificados. Estas diferenciações do injusto deveriam apresentar-se em termos de regulamentações normativas até mesmo porque nossos juízes conservadores não aplicam de forma correta o principio da insignificância ou condicionam este a um valor econômico não definido legalmente, o que pode resultar em muitas distorções dos próprios fins do direito penal e de sua orientação a uma dimensão social (e não meramente individual), relegado aos arbítrios das decisões judiciais.

Ora, o furto de um tênis de marca comercial reconhecida pode ultrapassar o limite de valor considerado enquanto insignificante, na visão do Tribunal, ensejando o aprisionamento do furtador ou a aplicação de penas restritivas de direitos as quais também possuem um potencial de estigmatização e controle do indivíduo pelo sistema jurídico-penal. Nesses casos, independente do valor do objeto furtado não se pode acreditar que o sistema criminal é o meio adequado para a solução do conflito, até mesmo porque o objeto de propriedade lesionado não será recuperado nem reparado com a mera punição do delinquente. Esta análise da lesão da dimensão individual do patrimônio ou da propriedade pode ser aplicada, não apenas ao caso de furto, mas também nos casos de roubo simples, estelionato e extorsões. Por exemplo, muitas vezes percebe-se que a subtração de joias em locais públicos pode configurar roubo devido a produção de uma lesão corporal leve nas vítimas.

Todavia, tem-se que ponderar outra questão: os furtos e roubos envolvidos com o arrecadamento de fundos ao tráfico de drogas –crimes associados – que serão selecionados pelo sistema criminal serão aqueles de baixa classe social, muitas vezes os próprios usuários de drogas ou os devedores às organizações criminosas, não se chegando a punir por furto/roubo aqueles que ocupam as cúpulas das organizações. Então, tem-se que tomar a

[304] Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (04.06.2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

devida cautela. Até mesmo porque os tribunais utilizam os maus antecedentes quando os agentes estão sendo processos pelo crime de tráfico de drogas ou pelo crime de roubo para legitimar a punição aos furtos, que em si mesmo considerados, não apresentariam qualquer danosidade social, mas apenas uma lesão do patrimônio individualmente considerado, que poderia ser solucionada em outro ramo jurídico. A seletividade social ocorre também, e de forma intensificada, nos injustos conjugados. Dessa forma, muita cautela deve-se ter tanto nas formulações normativas a respeito da diferenciação do injusto quanto em sua operacionalidade. A dimensão de danosidade social não pode ser deixada de lado em nenhum momento da análise do conteúdo material do injusto.

Alamiro V. Salvador Netto apresenta um debate na Corte Italiana sobre a inconstitucionalidade da pena do furto por ser desproporcional e incompatível com as finalidades preventivas: a "[...] punição máxima do delito de furto, além de anacrônica, severa e injustificada, é incapaz de promover a reeducação do condenado, podendo, ao contrário, apenas provocar no indivíduo revolta contra a ordem constituída."[305] Estes argumentos apresentados à Corte Italiana ressalta a própria funcionalidade do sistema criminal ao sistema social. Ou seja, se o sistema criminal passa a mais atrapalhar as relações socio-econômicas do que protegê-las, então, deveria ser afastado. De qualquer forma, Alamiro assevera que estes argumentos não foram aceitos na Corte.

Explica-se que

> As tarefas do intérprete e do legislador precisam estar orientadas no mesmo sentido, sendo aptas a mitigar as respostas punitivas e diminuir as hipóteses de tipificação. As restrições dos conteúdos típicos podem ser feitas tanto em âmbito legislativo, na alteração do texto legal, quanto judicial, por meio de ferramentas de interpretação que restrinjam a criminalização somente àqueles casos de efetivos e significativos prejuízos patrimoniais.[306]

Instrumentos dogmáticos podem contribuir, tanto no âmbito das mudanças no texto legislativo quanto na tarefa do aplicador da norma penal, à operacionalização das orientações e referências valorativas e de fins do Direito Penal. Dentre estes fins, se comentará mais adiante sobre o princípio da proibição de excesso – princípio da proporcionalidade em sentido amplo – enquanto um mecanismo de reposionamento do patrimônio no sistema criminal. "[...] Os avanços dogmáticos desenvolvidos ao seu respeito parecem implicar em importante contribuição nesta matéria."[307]

---

[305] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 197.
[306] Ibid., p. 202.
[307] Ibid.

1.6. Karl Max e a Lei sobre o Furto de Lenha enquanto um fundamento sociológico à proposta de diferenciação do injusto e da motivação do crime

No que se refere à necessidade, colocada no tópico anterior, sobre a dogmática jurídico-penal apresentar fundamentos sociológicos para as propostas de deslegitimação da intervenção penal, com vista aos fins deste trabalho, cumpre salientar a ligação das observações sociológicas de Karl Marx acerca do *furto de lenha* com a proposta de diferenciação do injusto e da motivação do agente no âmbito dos crimes patrimoniais.

Marx, em seu texto *Debate acerca da Lei sobre o Furto de Lenha*, discute a oposição que ocorreu sobre a qualificação de "furto" colocada à recolha de lenha. Marx expôs os argumentos daqueles contra esta qualificação, e os argumentos daqueles a favor da qualificação. No que tange a estes últimos, tem-se que "[...] precisamente porque não se considera furto a subtração de lenha é que ela acontece tão frequentemente."[308] Ora, este argumento é comum na configuração da sociedade atual, não apenas no que se refere aos crimes patrimoniais, mas a todo o apelo pela intervenção penal e pela expansão político-criminal. Como um exemplo deste argumento explicitado por Karl Marx na sociedade brasileira atual, tem-se algumas propostas do Projeto de Novo Código Penal as quais serão analisadas em Capítulo oportuno.

Ainda diante dos posicionamentos a favor da qualificação de furto para a recolha de lenha, no texto de Karl Marx, apontam-se aqueles argumentos de que esta discussão sobre a oposição ao conceito de furto não passa de um aperfeiçoamento redacional, sem maiores implicações. Observa Marx que, por detrás da linguagem, se considera a transformação de um cidadão em um 'ladrão' como mera negligência da redação, e repele-se toda oposição como purismo gramatical.[309] Do mesmo modo, por detrás da linguagem apresentada na lei, se iguala a subtração de lenha caída ou a recolha de lenha seca à subtração de madeira verde em caule, ao colocar ambas as condutas em uma mesma categoria, qual seja: a categoria de furto.[310]

Neste ponto, Marx já observava algo essencial no âmbito dos crimes patrimoniais e que será trabalhado no desenvolvimento desta pesquisa. As ponderações de Karl Marx sobre o debate acerca do furto de lenha são de suma importância enquanto um fundamento sociológico para a análise dogmática da diferenciação de injusto nos crimes patrimoniais. Por

---

[308] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 253.

[309] Ibid.

[310] Ibid.

exemplo, tem-se que considerar a diferenciação que ocorre na categoria de injusto penal para não se considerar um furto de comida igual a um furto de grandes obras de arte. No caso embrionário de Karl Marx, a subtração de lenha seca e caída e a subtração de madeira verde em caule são englobadas em um mesmo injusto, como se fossem a mesma conduta. Sem se perceber a nítida diferença que ocorre no âmbito da categoria do injusto, ambas as condutas acabam por receber uma mesma valoração e uma mesma consequência jurídica.

Em relação aos posicionamentos apontados por Karl Marx contra a qualificação de furto sobre a subtração de lenha seca e caída, tem-se que na medida em que a punição pode chegar até a uma privação de liberdade, um rigor desse tipo poderia "[...] levar ao caminho do delito pessoas que, de outro modo, seguiriam por bons caminhos, ainda mais pelo fato de nas prisões serem juntados a ladrões habituais."[311] Apesar de haver diversas críticas em relação a este posicionamento, encontra-se um argumento o qual é ainda utilizado na sociedade atual, notadamente nos estudos de abolicionismo penal. Estes argumentos são, muitas vezes, utilizados no âmbito da descriminalização de condutas e estão baseados nas consequências nocivas que o sistema carcerário pode trazer ao infrator. Alessandro Baratta, em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal,* e outros criminólogos críticos ainda mais atuais como Lola Anyiar de Castro, Raúl Zaffaroni, Salo de Carvalho, dentre outros, são exemplos de como estes argumentos ainda são utilizados na sociedade contemporânea.

Estas concepções criminológicas críticas limitam-se ao âmbito da operacionalidade do sistema penal, e da consequência jurídica pena. [312] A questão central, aqui proposta, refere-se à norma que protege o patrimônio e o injusto que ela expressa, permitindo uma diferenciação das diferentes situações. O problema da operacionalização do sistema recai, notadamente, em relação aos escalões do delito, os quais não são devidamente analisados na solução dos casos concretos com uma orientação aos próprios fins político-criminais dos elementos e das categorias do delito.

Karl Marx assevera que quando se aceita os argumentos que defendem a qualificação de furto para a recolha de lenha seca e caída leva-se, necessariamente, a que uma "[...] massa de homens, sem intenções criminosas, seja cortada da verde árvore da moralidade e jogada, como lenha caída, no inferno do crime, da infâmia e da miséria."[313] Ao prevalecer a

---

311 MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 254.

312 Prof. Fernando A. Fernandes. Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (09/2014), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

313 MARX, op. cit., p. 254.

consideração da recolha de lenha seca e caída enquanto furto, "[...] os ídolos da lenha triunfam, e as vítimas humanas tombam."[314]

Neste contexto descrito por Marx, compreende-se que ao colocar a subtração de lenha caída na categoria de furto, o que se protege são as próprias relações de propriedade privada, nas quais a apropriação de lenha alheia pressupõe uma violação destas relações de propriedade.

Salienta Marx que: "[...] chamamos a atenção para a diferença, e se é preciso admitir que os fatos diferem na essência, ninguém pode afirmar que sejam iguais segundo a lei."[315] Essa afirmativa de Marx muito bem se encaixa no que será desenvolvido neste trabalho, pois se os fatos diferem na sua essência não podem ser considerados como iguais pela lei penal e colocados diante de uma mesma categoria de injusto e de pena.

De forma muito simples, Marx já demonstrava uma preocupação que nos interessa para o objetivo desde trabalho, qual seja: a diferenciação do injusto e a diferenciação na motivação que leva o agente a praticar uma determinada conduta proibida. A ideia de Marx pode ser transposta para as análises de diferenciação do injusto na medida em que ele já apontava a importância de se diferenciar a essência dos fatos e, caso esta essência se apresenta em formas distintas, há a impossibilidade da lei penal de igualá-los sob uma mesma conduta e valoração.

No contexto de Marx, o enquadramento da recolha de lenha seca e caída segue a lógica segundo a qual quem subtrai lenha cortada, subtrai propriedade. Para apropriar-se de "[...] lenha verde é preciso separá-la, à força, do complexo orgânico do que faz parte; como este é um atentado aberto à árvore, é também um atentado aberto ao proprietário da árvore."[316] Todavia isto não ocorre nos casos de lenha caída, em que nada é destacado de uma propriedade. "Aquele que reúne lenha caída apenas executa um juízo arbitrário que a natureza da propriedade mesma emitiu."[317] Pois bem, verifica-se que a essência dos fatos apresenta-se de forma completamente diferenciada.

Neste sentido, Marx explica que a recolha de lenha caída e o furto de lenha são coisas essencialmente diversas; o objeto é diferente, e o ato concernente ao objeto é diferente. Portanto, também a intenção deve ser diferente. "Com que medida objetiva deveríamos julgar a intenção senão com o conteúdo e a forma da ação?"[318]

---

[314] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 254.

[315] Ibid.

[316] Ibid.

[317] Ibid.

[318] Ibid., p. 255.

Dessa forma, deve-se também analisar o conteúdo e a forma de um caso no qual o agente furta ou rouba objetos de alto valor como notebooks, celulares, roupas importadas para acompanhar as exigências de uma sociedade consumista e tecnológica, verificando-se que esta conduta é essencialmente diversa dos casos em que um agente furta ou rouba objetos com a intenção de recolher recursos financeiros a uma organização criminosa voltada ao tráfico de drogas para alimentar sua estrutura. Desse modo, a análise do conteúdo e da forma das condutas levará a uma necessária diferenciação na motivação ou intenção que o agente teve ao praticar tal ato proibido.

Entretanto, nas palavras de Marx, não obstante a esta diferença substancial, "[...] vós citais e punis a ambas condutas como furto de lenha. Assim, vós punis a recolha de lenha caída com maior rigor do que o próprio roubo de lenha."[319]

Nestes termos, em um caso em que um agente realiza uma conduta configurada por furto simples (ultrapassando o senso comum sobre valor econômico considerado insignificante, pode-se imaginar um furto de alimentos e bebidas de elevado valor) enquadra-se no mesmo tipo penal que um agente, em conjunto com uma organização criminosa, realiza um furto simples de obras de arte com grande valor. Assim, um furto simples de alimentos ou bebidas de elevado valor torna-se igual a um furto de obras de arte cujo recurso financeiro irá ajudar na estruturação de uma organização criminosa. Na fundamentação de Karl Marx, pode-se compreender que a primeira conduta recebe pena maior do que a segunda, pois, além da valoração das condutas ser distinta, a pena da primeira é pena *não merecida*.

Segundo Marx, quando a lei denomina furto de lenha uma ação que apenas é um delito de lenha, então a lei mente, e o pobre é sacrificado a uma mentira legal. Quando a subtração de objetos em supermercados (seja de pequeno ou elevado valor), por exemplo, enquadra-se na categoria de furto e é tratada pelo Direito Penal com pena de prisão, é uma classe social que será sacrificada diante de uma "mentira legal", pois analisando a forma e o conteúdo desta ação, esta não mereceria estar no âmbito penal, mas mesmo assim o legislador o faz, criminalizando condutas típicas de classes baixas.

A lei acaba por "[...] fazer crer que existe um crime onde não há crime."[320] Por conseguinte, "[...] o povo vê a punição, mas não vê o crime, e porque vê a punição onde não há crime, logo não mais verá crime onde há punição." [321] Neste ponto, justifica-se a adoção e

---

[319] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 255.

[320] Ibid.

[321] Ibid.

defesa, no terceiro capítulo deste trabalho, do ponto de vista de Günther Jakobs, momento no qual se justificará a compatibilidade deste pensamento com a ideia apontada neste presente parágrafo. Acrescenta Marx que ao empregar a categoria roubo ou furto onde ela não pode ser empregada, atenua-se onde deve ser empregada.[322]

Quando se equiparam duas condutas distintas em um mesmo tipo penal, dois injustos distintos sob a mesma categoria típica, acaba-se por deslegitimar aquela própria categoria. No mesmo sentido de Marx, pode-se questionar perante a pequena criminalidade patrimonial: "Em atos diversos, retém-se apenas uma determinação comum e abstraem-se as diferenças?"[323] Considera-se apenas a subtração de coisa alheia móvel e abstrai-se todas as diferenças em torno da diferenciação do injusto e da motivação que está em torno da realização da conduta. Como bem aponta Marx, cabe questionar:

> Se toda violação da propriedade, sem distinção e sem determinação mais precisa, é roubo, não é toda propriedade privada um roubo? Não excluo, por meio da minha propriedade privada, a todo terceiro desta? Não violo pois, o seu direito de propriedade? Se negais a diferença entre os tipos essencialmente diversos do mesmo delito, então negais o delito como uma diferença do direito; dessa forma superais o próprio direito, uma vez que todo delito tem um lado em comum com todo o direito.[324]

Quando se coloca uma conduta em uma categoria delitiva sendo que ela não deveria ali estar enquadrada, nega-se o próprio Direito. Equipara-se esta atitude, então, ao próprio delito enquanto negação do Direito. Em última instância, pode-se entender que ao não realizar a devida diferenciação do injusto, o próprio Direito se nega. E aqui está a compatibilidade com a teoria hegeliana exposta no terceiro capítulo deste trabalho.

As relações de propriedade privada, assim, refletem-se de forma clara na configuração do Direito Penal. Pois, ao mesmo tempo em que se suprimem as diferenças das condutas e de suas valorações, as reconhecem quando se trata dos interesses de manutenção das relações de propriedade privada. Marx comenta sobre as circunstâncias agravantes que recaem sob o corte de lenha, como, por exemplo, a depender do instrumento utilizado aumenta-se a pena. Bem aponta Marx que "[...] para agravar uma pena, verifica-se minuciosas diferenças, mas para distinguir lenha caída e lenha verde não."[325] Acrescenta-se que as diferenças são significativas

---

[322] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 256.

[323] Ibid.

[324] Ibid.

[325] Ibid.

enquanto circunstâncias agravantes, mas perde todo significado como circunstância atenuante.[326]

Ora bem, esta observação de Karl Marx encontra-se, de forma evidente, na configuração atual do Direito Penal dos crimes patrimoniais, pois há uma série de diferenciações para que haja circunstâncias agravantes e qualificadoras para as condutas que afetam o patrimônio e as relações de propriedade privada. Mas não há, na mesma proporção e objetividade, normas que limitem a intervenção penal perante estas condutas. Não há estudos sobre a diferenciação que ocorre na própria categoria do injusto penal, distinguindo condutas dentre as quais não mereciam a intervenção penal.

Outra proposta colocada sob o debate acerca do furto de lenha e que pode ser transportada para a configuração da sociedade atual é sobre a delimitação de um valor para que se possa limitar a pena e, em sentido mais amplo, a própria intervenção penal. Esta delimitação do valor, na configuração do Direito Penal atual, continua ignorada, mesmo diante da busca pela orientação do princípio da insignificância, o qual na operacionalidade do direito penal enfrenta muitas barreiras para se concretizar. Já no que se refere à extinção de punibilidade nos crimes tributários, estas barreiras encontram-se um tanto quanto mais flexíveis. Karl Marx já se preocupava com esta delimitação: "[...] ao determinar a pena, se poderia adotar, como critério, o valor da lenha subtraída, o que é rejeitado como pouco prático."[327] Além do mais, "[...] em geral falta a toda a lei a determinação de um valor com base no qual a pena possa ser aumentada e diminuída."[328]

Como bem notou Marx, a realidade do delito exige a determinação de uma medida para a pena, baseada no valor daquilo que é subtraído. A pena, para ser justa, é limitada e sendo limitada torna-se uma consequência concreta ao delito. Assim, a pena, para Marx, deve aparecer como o efeito necessário da ação do autor: O limite da pena é o próprio limite da ação. Deve-se prestar atenção na variável do conteúdo que é violado pois esta variável é o limite do próprio crime. A determinação de uma medida deste conteúdo violado é essencial para se determinar a medida do delito. Quando se fala em patrimônio ou em relações de propriedade privada, pensa-se, de imediato, em valores os quais devem ser transplantados para o âmbito da limitação da pena. Portanto, essa preocupação apontada por Marx é de suma importância e deveria ser considerada pela dogmática penal atual em relação aos crimes

---

326 MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 256.

327 Ibid.

328 Ibid.

patrimoniais. Cabe ressaltar as próprias palavras de Karl Marx acerca desta delimitação do valor:

> O delito real é limitado. **A pena já deve ser limitada por ser concreta e deve ser limitada com base num princípio jurídico para ser justa. A tarefa consiste em tornar a pena consequência real do delito. Logo, a pena deve aparecer ao delinquente como o efeito necessário de sua própria ação**, por isso, como seu próprio ato. Portanto, o limite da sua pena deve ser o limite da sua ação. **O distinto conteúdo que é violado é o limite do distinto crime. A medida desse conteúdo é, portanto, a medida do delito**. **A medida da propriedade é o seu valor. O valor é a existência burguesa da propriedade, a palavra lógica pela qual esta apenas atinge inteligibilidade e comunicabilidade social**.[329]

Salienta-se, ainda, que muito além de uma mera concepção de afetação do bem jurídico patrimônio, tem-se que considerar a perspectiva funcional deste para se preencher o real conteúdo da norma. Assim sendo, além da delimitação do valor, tem-se que analisar a própria afetação da perspectiva funcional inerente à norma, para se caracterizar o injusto penal.

A seguinte assertiva, exposta acima, de Marx deveria ser incluída na configuração do Direito Penal atual como uma medida de limitação da intervenção penal: "[...] a determinação objetiva dada pela própria natureza do objeto deve constituir do mesmo modo uma determinação objetiva e essencial da pena."[330] E, para além da natureza do objeto, tem-se que verificar a própria determinação da conduta, no interior do injusto, para uma determinação objetiva e essencial da pena.

Na perspectiva de Marx, portanto, ao delimitar a pena o legislador não poderia excluir a delimitação do valor. Pois bem, ainda hoje o Código Penal Brasileiro não formulou esta delimitação dos valores no âmbito patrimonial, e, minimamente, fora incluído o parágrafo segundo no Artigo 155, que trata sobre o furto privilegiado, deixando nas mãos dos juízes e tribunais, no momento da aplicação da pena, a arbitrariedade de escolher ou não pelo princípio da insignificância, o qual, além da dificuldade em sua real aplicação, é completamente excluído na prática penal quando se trata de reincidentes (apesar de um recente posicionamento do STF) ou de crimes patrimoniais *pluriofensivos*, como o roubo e a extorsão.

Além desta medida do valor ser ponto de preocupação da dogmática atual, tem-se verificado, em sentido oposto, tipos penais de perigo, ao invés de se delimitar a criminalidade patrimonial apenas aos casos de uma efetiva lesão ao objeto da norma. No crime de extorsão,

---

[329] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 256. (grifo nosso)

[330] Ibid.

a parte majoritária da doutrina considera-o como crime de perigo, sendo que a obtenção da vantagem econômica é desnecessária para a sua consumação. Bem alerta Alamiro V. S. Netto que:

> Não se pode concordar com a suposta racionalidade na utilização de um crime de perigo, porque a liberdade individual, em primeiro lugar, já está autonomamente tutelada pelo delito de constrangimento ilegal – Art. 146, CP -, com previsão específica e penas cominadas. Extorsão – crime complexo – absorve o constrangimento em decorrência de seu modo de execução, o que pode justificar a sanção penal mais grave é a ideia de dano patrimonial porventura originado.[331]

Defende-se, assim, que o conceito de patrimônio a ser adotado para os crimes patrimoniais não poderia ser separado da dimensão do dano patrimonial que é causado. Se não há, como Marx já ponderava, uma medida de valor para se aplicar a pena, pelo menos a confirmação de uma real lesão, de um real dano, de cunho econômico, deveria ser requisito essencial a qualquer crime patrimonial, afastando-se concepções de subjetivação do injusto.

Perante aos crimes patrimoniais em que no tipo penal não traz, de forma expressa, a exigência de vantagem econômica, como ocorre com o furto e o roubo, por exemplo, deve-se prestar atenção em outra possibilidade dogmática para limitar o âmbito da intervenção penal e que se apresenta no próprio âmbito da tipicidade, qual seja: a real inversão possessória. Explica Alamiro V. S. Netto que para se consumar o crime de furto tem-se que ir além da mera subtração do objeto, e exercer, ainda que por alguns instantes, sobre a coisa um atividade tipicamente de dono, ou seja, exercer os poderes juridicamente concedidos ao titular do domínio. [332] O que mais importa não é a subtração da coisa de valor econômico, mas sim o uso, o gozo, a disposição do objeto. São essas atividades que justificariam a intervenção penal. O Direito Penal protege a própria posse ou detenção da coisa para proteger, em *última instância*, a relação social de propriedade privada.

Diante desta situação, torna-se cada vez mais imperioso realizar uma distinção dos injustos que são merecedores de pena e aqueles não o são, dentro da própria lógica do

---

[331] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 144. Acrescenta Alamiro V. S. Netto que: "A centralidade da atenção dos delitos patrimoniais na liberdade de disposição seria responsável pela justificativa teórica para antecipação de tutela. A extorsão restaria inegavelmente consumada com a restrição de liberdade, significando tal postura uma proteção exacerbada dos interesses patrimoniais, sob o oblíquo e falso argumento de que se estaria na realidade a proteger a autodeterminação. Uma postura condizente com o sistema penal de mínima intervenção não pode deixar de condicionar sua atuação à ofensa da conduta. Esta, por sua vez, é entendida em sua dimensão econômica, ou melhor, como afetação ou perigo de afetação significativa na instrumentalidade econômica destinada à satisfação de interesses no modo de produção capitalista." Ibid., p. 118.

[332] Ibid., p. 133. Acrescenta-se, ainda no que se refere ao roubo e ao furto: "O subtrair aqui, como sinônimo de apossamento, implica em obter normativamente a posse, ou seja, ter a potencialidade de exercício factual dos poderes inerentes ao domínio. Em suma, possuidor é aquele que tem aparência de proprietário e isso definitivamente não acontece com o indivíduo que desesperadamente corre pelas ruas com o relógio subtraído nas mãos, com a polícia ao seu encalço e a gritar pega ladrão."

sistema. Como bem aponta Marx: "[...] não importa que as diferenças se esgotem, mas importa que estas sejam feitas."[333]

Marx explica, diante do contexto no qual estava inserido, que o proprietário atribuiu ao *valor* um caráter individual e, assim, se funda a exigência de uma indenização especial pelo prejuízo advindo das condutas que afetam as relações de propriedade.

> Assim pensa o prático proprietário: esta determinação legal é boa na medida em que me é útil, já que o bem é minha utilidade. A determinação da lei é supérflua, danosa, pouco prática, quando também deve ser aplicada em favor do acusado, com base no mero capricho teórico do direito. E como o acusado me é danoso, se entende por si mesmo que me é danoso tudo o que não lhe cause o maior dano.[334]

Fixa-se, assim, uma relação social baseada em desigualdades mediadas por leis penais. "O mundo da não-liberdade comporta direitos da não-liberdade."[335] Marx salienta que se uma pessoa age intencionalmente contra o Direito, pune-se sua intenção; se age por costume, deve-se punir seu costume como um péssimo costume. E nesta lógica, a quem viola o Direito, este será imposto, mesmo que o Direito não for o costume daquele que o violou. É perante esta explicação que se compreende o porquê será trabalhada, nesta pesquisa, a orientação funcionalista, de cunho hegeliana, do Direito Penal que descreve exatamente esta lógica de como a pena é uma medida a ser imposta devido a violação da norma, assim como considera a própria função do direito penal como sendo a de proteger a vigência da norma. Apenas acrescenta-se, na perspectiva aqui defendida, que por detrás das normas e do Direito escondem-se relações sociais assimétricas de poder. Como bem afirma Marx, os privilegiados encontram na lei não apenas o reconhecimento de seu direito racional, mas até o reconhecimento de suas presunções irracionais. A lei já antecipou todas as consequências possíveis ao seu Direito.[336]

O Direito Penal, portanto, defende a vigência de normas, mas ao contrário do que pressupõe as modernas teorias funcionalistas com base hegeliana, estas normas são estruturadas em irracionalidades. Um exemplo destas são os casos aqui discutidos em que não se considera as diferenças essenciais presentes na categoria dos injustos que atingem o patrimônio e a relação de propriedade privada.

Em um sentido muito mais amplo, o Direito Penal lida com a própria irracionalidade da relação social de propriedade privada:

---

[333] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 257.

[334] Ibid.

[335] Ibid.

[336] Ibid.

> Enquanto se transformava a propriedade dos monastérios em propriedade privada e, de alguma maneira, se indenizava os monastérios, não se indenizou os pobre que viviam dos mesmos. Assim, se lhes cortou um velho direito, e se impôs um novo limite. Isto aconteceu com todas as transformações dos privilégios em direitos. Reduzia o direito de uma das partes ao acaso.[337]

O Direito Privado assegurou a transformação dos privilégios em direitos e a manutenção da divisão de direitos e deveres entre proprietários e não proprietários. Quando estes últimos descumprem seus deveres decorrentes de seus papéis de não proprietários, cabe a intervenção do Direito Penal. No mesmo sentido, aponta Alamiro V. S. Netto:

> O Direito Penal, no ramo dos crimes patrimoniais, é absolutamente indiferente ao uso da propriedade. Isso conduz a que o sujeito ativo do delito será sempre o não proprietário ou, ao menos, o proprietário desprovido de alguma das faculdades do domínio [...]. Ao reforçar a propriedade, o direito penal robustece o desequilíbrio, transformando-se sempre em instrumento de proteção do detentor em face do despossuído. Essa característica é ínsita dos crimes patrimoniais.[338]

O Direito Penal dos crimes patrimoniais não pode ser estudado sem se ter esta consciência de que ele está fundado em relações assimétricas de poder que envolvem as relações de propriedade, e que quando se tem a intervenção do sistema penal intensificam-se, ainda mais, os desequilíbrios oriundos destas relações.

Sobre a afirmação de que crimes patrimoniais (como o furto, o roubo, a extorsão) são praticados por não proprietários, Alamiro V. S. Netto explica o porquê que os proprietários nunca podem ser colocados na categoria de autores de furto ou de roubo quando eles subtraem bens próprios que estão na posse de terceiro.

> O problema aparece naquelas situações em que o direito posto deseja a proteção da criticável posição estática do senhorio. Isso é o que ocorre nos crimes contra a propriedade e, principalmente, naqueles que utilizam a expressão coisa alheia. Nessas modalidades, o que almeja o ordenamento é a proteção do domínio e, se elas protegem também a posse, fazem isso em função da defesa do direito real máximo [...] a posse é protegida instrumentalmente, ou seja, como reflexo real e sensível da propriedade. Nesta óptica, não é possível, em termos doutrinários, tentar redimensionar a noção ínsita, por exemplo, ao furto ou à apropriação indébita. Por mais que sejam feitas considerações muito válidas e essenciais de lege ferenda, admitir que o proprietário possa cometer delitos dessa natureza é uma ilogicidade semântica e um completo desprezo às raízes históricas dessas espécies delitivas que estão a serviço de relações proprietárias e desiguais na sua singularidade. Por fim, a compreensão específica do termo coisa alheia não é o ambiente propício para esta disputa ou inversão de sentidos.[339]

---

337 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

338 Ibid.

339 Ibid., p. 111.
"[...] o Direito Penal preocupa-se com a posse e a detenção nos limites em que suas afetações alcançam, direta ou indiretamente, o direito de propriedade. A proteção da posse ocorre aqui como antessala da propriedade. Aliás, essa conclusão é reveladora da posição de protagonismo ocupada pela propriedade nos delitos patrimoniais, trazendo consectários práticos quando, por exemplo, se afirma que o proprietário jamais poderá ser autor de delitos de furto, roubo, apropriação indébita." Ibid., p. 130.

Pois bem, perante estas considerações de Alamiro V. S. Netto resta evidente o acerto das críticas acadêmicas no tocante aos impactos sociais que certas modalidades de crimes podem causar, notadamente no que se refere à seletividade social que ocorre neste âmbito criminal. Para os fins deste trabalho, cabe compreender "[...] em que medida a dogmática dos crimes patrimoniais ajuda na formatação de um sistema que pune de forma desigual." [340] No mesmo sentido defendido por Alamiro V. S. Netto "[...] deseja-se tão somente perceber como a articulação legal, por detrás de sua inerente e citada igualdade formal, também pode ajudar a propiciar uma realidade desigual."[341]

Karl Marx muito bem advertiu sobre esta seletividade que ocorre no interior da criminalização de condutas que afetam o patrimônio. Em seu contexto, ponderou que a lenha seca e caída representa a pobreza, os não proprietários os quais precisam arrancar da própria relação de propriedade privada o que esta não os concede voluntariamente. O mesmo ocorre, na configuração atual do Direito Penal, com a pequena criminalidade patrimonial, não apenas nos casos de furto, mas também de roubo o qual apesar de ter a gravidade de atingir a integridade física de outrem, é um crime cuja essência está vinculada ao âmbito patrimonial.

Bem afirma Marx que "[...] as esmolas da natureza, tal como as esmolas jogadas à rua, não pertencem aos ricos. Já na sua atividade a pobreza encontra o próprio direito."[342] Pode-se transplantar esta assertiva de Marx para a análise sobre os crimes patrimoniais no que tange à criminalização de condutas que serão praticadas apenas pela classe dos não proprietários, como ocorre com o furto e roubo.

Marx pondera que o legislador deveria prevenir o delito, e não apenas preocupar-se em puni-lo, assim eliminaria a essência negativa das condutas que infringiriam o Direito. Para se chegar a esta esfera de prevenção, Marx salienta que é necessário elevar uma classe à possibilidade real de ter direitos. Todavia, como bem objeta Marx, "[...] se o Estado para isso não é humano, rico e generoso, é, ao menos, seu dever incondicional não transformar em

---

340 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 151.
Alamiro apresenta o pensamento de *Filippo Sgubbi*: "[...] Sua investigação buscava entender como a lei penal consegue construir um sistema que, por um lado, se apresenta com uma vestimenta formal, constituída sobre as questões relacionadas às lesões de direitos subjetivos, inspirada sob os cânones de abstração, certeza e igualdade de tratamento dos indivíduos, e, por outro, funciona factualmente como uma ferramenta seletiva de criação de desigualdades [...] como a técnica jurídica converte a igualdade liberal sedimentada no contrato social em instrumento de opressão e gestão da miséria." Ibid.

341 Ibid.

342 MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 257.

crime aquilo que só as circunstâncias tornam uma transgressão."[343] No contexto de Marx ele aponta que:

> A pena policial é o caminho contra atos que as circunstâncias convertem em desordem externa, sem que impliquem uma violação da ordem eterna do direito. A punição deve infundir mais horror do que a transgressão; a infâmia do delito não deve transforma-se na infâmia da lei.[344]

Pois bem, algumas ponderações são devidas neste caso. No que se refere à atual configuração do Direito Penal, a pequena criminalidade patrimonial (incluindo-se o roubo, como já fora explicado anteriormente, e excetuando-se o latrocínio ou os casos de *grave* violência e ameaça), motivada por circunstâncias sociais oriundas das relações de propriedade privada, não deveriam ser enquadradas enquanto crime, mas deveriam estar em outro ramo jurídico o qual estabeleceria consequência jurídica de cunho notadamente patrimonial às condutas que devido às circunstâncias, são convertidas em desordem externa, sem implicar uma violação da ordem do Direito. Nas hipóteses de reiteração constante pelo mesmo agente, a análise do merecimento e necessidade de pena para cada conduta concreta deveria ser realizada.

Pode-se compreender que a *danosidade social* de uma conduta estaria ligada, então, a *violação e abalo da norma*, e não abalo à convivência social, pois o Direito Penal deveria intervir apenas nos casos que resultem uma violação da ordem do Direito. Ora, a pequena criminalidade patrimonial cuja motivação do agente se encontra nas relações de propriedade privada e de exclusão, não deveria estar no campo da intervenção penal, pois não têm o condão de abalar a vigência do Direito, apenas são consequências da própria estrutura social-econômica, apresentando-se enquanto perturbações externas na sociedade devido às próprias circunstâncias.

Afirma Karl Marx:

> O estado precisa ver no delinquente de lenha mais do que um delinquente, mais do que um inimigo da lenha. Cada um de seus cidadãos não está ligado com ele por mil nervos vitais? E pode o Estado cortar todos esses nervos só porque um cidadão cortou, sem autorização, um nervo apenas? Também num infrator de lenha o Estado precisa ver um homem, um membro vivo, um cidadão do estado. E o Estado não pode excluir facilmente um de seus membros de todas as suas determinações, porque amputa a si mesmo toda vez que faz de um cidadão um delinquente.[345]

---

[343] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 257.

[344] Ibid., p. 266.

[345] Ibid.

Torna-se evidente a relação de subordinação do próprio Estado perante as relações de propriedade privada, uma vez que "[...] a propriedade privada não possui os meios para se elevar ao ponto de vista do Estado, o Estado deve se rebaixar, contra o direito e a razão, aos meios da propriedade privada." Acrescenta-se, ainda, que o Estado coloca contra o acusado todos os meios opostos à razão e ao próprio Direito, em nome do excessivo respeito à propriedade privada, resultando em um enorme desrespeito ao acusado: "[...] o interesse privado degrada o estado a instrumento do interesse privado."[346]

Ora, ao se defender que a pequena criminalidade patrimonial deve estar ao alcance da intervenção penal e receber a consequência jurídica de pena privativa de liberdade, permite-se que comandos das relações de propriedade sejam colocados acima do direito à liberdade do acusado. Configura-se, então, uma proteção excessiva das relações de propriedade em detrimento dos próprios direitos do acusado. Marx já questionava: O proprietário e o contraventor não são ambos cidadãos do Estado? Se um pequeno e um grande proprietário têm direito à proteção do Estado, esse mesmo direito não o têm, ainda mais, o cidadão não-proprietário? "Pode ser alterada a relação entre Estado e o acusado pela mesquinha situação econômica de um particular?"[347] Infelizmente estes questionamentos realizados por Marx, em um contexto histórico-social muito anterior à configuração atual da sociedade, continuam presentes ainda hoje, pois as relações assimétricas não foram transformadas: o cidadão não proprietário, que deveria receber uma maior proteção do Estado por ser não-proprietários, acaba por receber os maiores prejuízos ao recair no sistema jurídico-penal.

No que tange aos discursos referentes à livre vontade do indivíduo no interior das relações assimétricas, Marx ressalta que a livre vontade não é inerente à qualquer qualidade de estamento em uma sociedade. Esclarece-se que essa livre vontade deve ter *modos civis*, deve ser uma livre vontade *cautelosa e leal*, que saiba se comportar de tal modo que sua esfera coincida com a esfera do arbítrio dos privilégios privados. Ora, se a livre vontade não coincidir estes requisitos, resta a intervenção penal para manter o controle da ordem social estabelecida.

A lógica das relações de propriedade privada converte, portanto, o aparelho estatal em um dependente daqueles que ocupam lugar enquanto proprietários. Marx demonstra como a estrutura do Estado e a função das autoridades administrativas podem ser utilizados enquanto

---

[346] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 271.

[347] Ibid. Acrescenta Marx que: "[...] não creio que as pessoas sejam garantia contra a lei, creio muito mais que a lei deva ser a garantia contra as pessoas."

instrumentos do proprietário e do interesse privado. No contexto do furto de lenha, Marx já ponderava que:

> Ainda que seja um peso para os senhores prefeitos manter no trabalho presos exaltados e indispostos, faz parte, porém, das obrigações desses funcionários reconduzir ao dever os administrados desobedientes e de má vontade. Não seria uma bela ação reconduzir um delinquente ao bom caminho? Quem nas comunas tem mais meios a disposição para tanto do que os senhores prefeitos?[348]

Demonstra-se, então, como o ladrão de lenha se tornou um capital para o proprietário de bosques, na medida em que houve a transformação da pena de reclusão em trabalho florestal. Neste momento é oportuno para o interesse do proprietário que as prisões piorem os indivíduos. A correção dos delinquentes passa a ser o aumento de utilidade que estes têm perante aos proprietários. "O interesse privado sabe denegrir o Direito. Encobrir a injustiça por meio de bons motivos."[349] Pois bem, apesar de esta análise de Marx em um contexto historicamente distinto da configuração do Direito Penal atual, suas análises não estão desatualizadas, pois muito bem se encaixam nas críticas que ocorrem, hoje, acerca dos trabalhos nas penitenciárias, os quais na teoria ou na legislação de execução penal aparecem de uma forma, mas que no cotidiano prisional existe uma realidade muito oposta ao Direito, verificando-se, na maioria das vezes, condições de trabalhos análogos à de escravos que trazem aspectos lucrativos às empresas envolvidas.[350] Aqui não cabe transcorrer sobre a análise acerca dos trabalhos nas penitenciárias na atualidade, mas apenas estabelecer que estas observações de Marx ainda podem ser encontradas, e de forma ainda mais oculta, na configuração atual do sistema penitenciário brasileiro, ou seja, não no âmbito da norma, mas de sua operacionalização.

Diante do interesse privado, as consequências danosas é aquilo que é danoso para o interesse do proprietário, e não para o delinquente, para o Estado, ou para a segurança civil. Portanto, quando as consequências do Direito não resultam em vantagens para o interesse privado, são consequências danosas. "O interesse privado considera-se como o fim último do

---

[348] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 274.

[349] Ibid.
Marx demonstra o perigo do próprio Direito mostrar a possibilidade de sua negação ao delinquente. À medida em que o Direito abre mão dos direitos do transgressor em defesa de interesses privados da sociedade, o Direito mostra ao acusado que ele mesmo se nega: "[...] se o Estado convertesse o delinquente em vosso servo temporal, sacrificaria a imortalidade do direito a vosso finito interesse privado. Isso demonstraria, pois, ao delinquente a caducidade do direito, cuja imortalidade lhe deveria demonstrar através da pena." Ibid.
Percebe-se, nesta passagem de Marx, uma nítida conotação hegeliana da Teoria da Pena no Direito Penal, a qual será trabalhada no segundo capítulo deste trabalho.

[350] Com a construção de presídios privados ou de parecias entre os estabelecimentos prisionais públicos com empresas privadas (como construtoras, terceirizadas no setor de alimentação, de higiene, dentre outros exemplos).

mundo. Quando o Direito não realiza esse fim último, é um Direito contra producente."[351] Assim, o sistema jurídico-penal não estaria voltado para a proteção dos indivíduos, mas sim da sociedade – sociedade fundada na estrutura de interesses privados. O Direito Penal pode trazer consequências muito danosas para aqueles que estão sob seu domínio, mas não pode trazer consequências danosas à sociedade do interesse privado. Deve, então, acompanhar as imposições das relações de propriedade privada. Estas relações são assimétricas e sempre excluirá uma pessoa para que outra seja considerada proprietária. Neste sentido, salienta Alamiro V. S. Netto:

> Enquanto um sujeito possui o poder ou faculdade sobre determinada coisa, impõe igualmente aos demais um dever de abstenção, ou seja, um dever negativo, uma exigência jurídica de respeito e não interferência. Essa dinâmica permite atribuir à propriedade dois aspectos essenciais, ou seja, a inerência ou aderência do vínculo jurídico à coisa e, ao mesmo tempo, sua oponibilidade em face de toda a coletividade. O Direito real, portanto, prevalece contra todos – *erga omnes*.[352]

Dessa forma, Alamiro V. S. Netto assevera esta percepção da dinâmica da relação produzida entre pessoas pelo direito de propriedade, relação esta sempre desigual, estabelecida entre o proprietário – sujeito de direitos – e os não proprietários – devedores de abstenção.[353]Assim, o que o Direito Penal realmente protege, no âmbito da criminalidade patrimonial clássica, "[...] são as faculdades inerentes ao domínio, os poderes que este confere, os quais podem ser objeto da subtração."[354]

Outra interessante análise a ser apontada, também no contexto de furtos de lenha descrito por Marx, estaria na situação em que o proprietário de bosques obtinha uma indenização tríplice a partir do cometimento da conduta de furto de lenha, isto é, recebia o valor, uma multa de quatro, seis ou oito vezes o valor, e, ainda, uma indenização especial, que era determinada, muitas vezes, por meios totalmente arbitrários. Soma-se, ainda, a pena de trabalhos forçados ao proprietário de bosques. Esta situação é interessante de ser salientada

---

[351] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 274.

[352] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.
Acrescenta Alamiro V. S. Netto que a propriedade confere a obrigação de não ingerência na esfera jurídica do domínio alheio. Assim estabelece o Art. 1228, CC: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a injustamente possua ou detenha. Ibid., p. 39.

[353] Ibid., 40.

[354] Ibid., p. 39.
Complementa-se que: "[...] O furtador não se faz proprietário de direito, mas exerce sobre a coisa um poder fático, ou seja, usurpa indevidamente uma capacidade factual de usar, gozar ou dispor do bem. Se não pode ser proprietário, pode exercer a posse, ainda que injusta [...]. O titular do direito de propriedade vê-se privado de suas faculdades no momento em que o sujeito violenta ou clandestinamente assume a posse de seu bem. Da mesma maneira, o proprietário também figura na condição de prejudicado quando o sujeito, por meio da fraude, estabelece uma relação obrigacional viciada, maculando a causa determinante para a inversão do poder factual sobre a coisa." Ibid. p. 40.

para demonstrar como o crime pode tornar-se, nas palavras de Marx, uma loteria, um meio pelo qual o proprietário poderia lucrar, ter acréscimo de valor. No contexto de Marx, o crime podia ser transformado em renda. O furto de lenha transformava o ataque desferido contra o proprietário "[...] em uma oportunidade de ganho vitorioso. O mais-valor da lenha, extravagância econômica, se transforma, por meio do furto, em substância concreta."[355]

Marx tenta demonstrar que o proprietário não poderia ter direito à multa, às indenizações e ao corpo do condenado para executar trabalhos. Todavia, ao passo que a ordem jurídica lhe permite ter tais direitos sob o transgressor, há, então, a garantia de proteção ao interesse do proprietário, colocando-se este interesse acima do próprio direito à liberdade que, em uma perspectiva jurídica, é direito de todos. Desse modo, Marx mostra que a defesa do direito à vida, à liberdade, à humanidade daquele que nada tem a não ser a si mesmo é relegada em prol das relações proprietárias. Na futura análise do projeto do novo Código Penal Brasileiro, perceber-se-á esta negação dos direitos dos não proprietários de forma clara, na configuração atual da sociedade.

Perante estas ponderações de Marx, tem-se que realizar duas observações que atingem a configuração atual do Direito Penal. A primeira delas estaria relacionada com a cautela que se deve ter perante os estudos de *vitimologia* e de *justiça restaurativa* (ou negociada), assim como a alguns atos processuais referentes às condutas de menor potencial ofensivo, os quais recaem no âmbito no JECRIM, e que podem ser atingidos por procedimentos como a transação penal. A intensificação da justiça restaurativa e dos estudos de vitimologia pode resultar em um perigo de voltarmos à situação descrita por Marx em que uma conduta criminosa torna-se um meio de obter mais-valor à vítima proprietária.

A segunda observação relaciona-se com a demonstração de que a prova do dano, no que tange à conduta de pequena criminalidade patrimonial deveria ser exigida. O dano e a danosidade social estão sendo esquecidos nos estudos de dogmática penal na configuração atual da sociedade, sendo que são de extrema relevância para que haja realmente uma intervenção do Direito Penal. Assim, estas observações servem para que a punição da pequena criminalidade patrimonial não se transforme, "[...] de uma vitória do Direito contra os atentados ao Direito, em uma vitória do egoísmo contra os atentados ao egoísmo."[356] Muito bem se preocupa Marx com a seguinte afirmação a qual pode ser transposta para a configuração do Direito Penal atual:

---

[355] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 276.

[356] Ibid.

> A pena pública é o nivelamento do crime com a razão do estado e, portanto, um direito do Estado, mas um direito que este não pode ceder às pessoas privadas, do mesmo modo que um indivíduo não pode ceder a outro a sua consciência. Todo direito do estado contra o criminoso é ao mesmo tempo um direito estatal do próprio delinquente. Sua relação com o Estado não pode ser convertida em uma relação com particulares. Mesmo quando se admitisse ao estado a faculdade de renunciar a seus direitos, isto é, se suicidar, a renuncia ao próprio dever seria sempre não apenas uma negligencia, mas um crime.[357]

Em um nítido caráter hegeliano (como ficará demonstrado no segundo capítulo deste trabalho), Marx aponta que a pena, *enquanto restauração do Direito*, deve ser distinguida do valor e da indenização enquanto restauração da propriedade privada, porque essa pena se transforma de pena pública numa composição privada.[358] Em um sentido mais concreto, Marx transfere esta ideia de restauração do Direito para a afirmação de que após o cumprimento da pena o "ladrão e o proprietário" são colocados em seu estado anterior, em suas categorias originárias de não proprietário e proprietário, tendo que conviverem por meio das relações sociais assimétricas.

No contexto do furto de lenha, há, ainda, outra situação que se reflete na configuração da sociedade atual, qual seja: os legisladores, responsáveis pela elaboração das leis penais, estão incluídos na categoria de proprietários. Ou seja, nas palavras de Marx, tem-se o proprietário convertido em legislador. Esta situação transforma o direito patrimonial em um direito duplicado e potencializado.[359] Ora, basta analisarmos a configuração do Congresso Nacional na realidade brasileira, que resta comprovada esta assertiva de Marx. Em capítulo futuro, serão discutidos alguns pontos do novo projeto de Código Penal Brasileiro, mas apenas como um exemplo, pode-se citar a proposta de modificação no tratamento do esbulho possessório: O PLS 43/08 indica uma qualificadora na qual se encaixam as condutas que afetam os imóveis rurais, em concurso com três ou mais pessoas. Pois bem, resta evidente o propósito do legislador frente à repressão de ocupações por grupos sociais em propriedades rurais.

Alamiro V. S. Netto ressalta, também, esta instrumentalização do sistema criminal para a defesa intransigente de institutos privados, com destaque à propriedade, direito real por excelência. Perante esta instrumentalização tem-se uma política criminal patrimonial baseada

---

357 MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 277.

358 Ibid.

359 Ibid. Voltando a questão do proprietário ser o próprio legislador questiona-se: "O proprietário de bosques, antes do roubo de lenha, por acaso era o Estado? Não, mas torna-se depois do roubo. O ladrão de lenha carregava em suas costas o próprio Estado dentro dos blocos de lenha roubados."

na lógica de controle e operacionalidade, o que colabora com o reforço, pelo Direito Penal, aos conceitos privados de patrimônio e propriedade, ocasionando uma supervalorização da tutela patrimonial e das relações proprietárias: uma criminalização confusa e desproporcional.[360]

No contexto do furto de lenha, o proprietário é lesado pelo furto só enquanto é danificada a sua propriedade, não enquanto o Direito é lesado. Explica Marx que,

> Só o lado sensível do delito o toca, mas a essência criminosa da ação não é o ataque à lenha material, mas sim à artéria estatal da mesma, ao direito de propriedade como tal, na execução da intenção anti-jurídica. Por acaso o proprietário florestal tem direitos privados sobre a intenção jurídica do ladrão? Que outra coisa poderia significar a multiplicação da pena em caso de reincidência, senão a punição da intenção delituosa?[361]

Ora, se a pequena criminalidade é considerada apenas no aspecto da lesão ao patrimônio de um indivíduo, não se está analisando a pequena criminalidade enquanto lesão à ordem do Direito, o que pode gerar o excesso de criminalização ou de punição. O que mais importa seria questionar se a pequena criminalidade patrimonial tem o potencial de abalar à ordem do Direito, e não apenas lesionar patrimônios individualmente considerados.

Como bem apontou Alamiro V. S. Netto,[362] o furto e o roubo negam a normatividade que regula a transferência de bens, pois implicam na inobservância das regras civis de circulação de bens. Assim, condutas como o furto e o roubo não atingem o objeto subtraído em si, mas sim o direito de propriedade, na execução de uma intenção antijurídica, tal como Marx explicou acima. Afirma-se, portanto, que o proprietário tem direitos privados sob a intenção do delinquente, o que fica evidente na agravante da pena pela reincidência: pune-se a intenção delituosa.

Pois bem, no contexto atual, há uma elevação da pena em caso de reincidência, sem se considerar a real motivação que teve o agente ao realizar o ato que feria a relação de

---

360 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

361 MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 271.
Alamiro V. S. Netto explica e exemplifica como a criminalidade patrimonial massiva atinge as relações de propriedade, não o objeto em si: Michael Kahlo, 2000 – Ao se tratar de delito contra a propriedade, o furto pressupõe a utilização de um bem por parte de quem não é proprietário, significando a subversão de um conteúdo adscritivo da propriedade, ou seja, dos poderes inerentes ao domínio. Enquanto o dano cuida da simples desapropriação fática, o furto aparece como inversão possessória. De acordo com Alamiro: Razões ocultadas pelo discurso jurídico que justifiquem uma punição muito mais excessiva ao furto se comparada com aquela do dano. Justifiquem a tutela patrimonial ser mais incisiva do que a destinada à integridade física da pessoa. SALVADOR NETTO. op. cit., p. 29
Tem-se ainda: [...] a se pensar na propriedade como relação jurídica, o dano deveria ser mais grave, pois é o único capaz de atacar o objeto em si mesmo. Já o furto ataca a relação de propriedade. Ibid.

362 O aparecimento do Direito Penal aqui é um reforço ao Direito Privado. Os interesses e as finalidades de ambos os setores jurídicos são muito mais próximos do que distantes. Ibid., p. 35.

propriedade, e em última instância, a ordem do Direito. Nas hipóteses de reincidência, as circunstâncias sociais que estão em torno da prática de condutas proibidas também deveriam ser analisadas, pois se estas circunstâncias ainda se encontram presentes na reincidência criminal, não podem ser ignoradas. Nas situações em que indivíduos, inseridos no contexto da sociedade consumista, furtam ou roubam objetos como alimentos de elevado valor (notebook, celulares, assessórios de marcas conhecidas), mesmo nos casos de reincidência, apesar de haver uma quebra do papel de não proprietário, a prática destas condutas não tem a potencialidade de abalar a ordem do Direito. Diferente são os casos em que os crimes patrimoniais são realizados diante de várias motivações, não apenas de *cunho patrimonial*, mas associados a outros crimes, como o tráfico de drogas e a participação em organizações criminosas. Estes casos de crimes associados apesar de serem complexos, são massivos na realidade dos crimes patrimoniais e nas penitenciárias, e, realmente, apresentam uma intenção que nega a ordem do Direito estabelecida na sociedade, e não somente as relações de propriedade que estão protegidas no Direito.

Em suma, é necessário distinguir quando a conduta que afeta o patrimônio representa apenas uma quebra dos papéis impostos em uma sociedade contraditória e complexa, e quando esta conduta, além da quebra de papéis, tem como conteúdo comunicativo o significado de negação do Direito como um todo.

Parece que a pequena criminalidade patrimonial, motivada pelas circunstâncias estruturais da própria sociedade consumista, não tem tal potencialidade de realmente causar um abalo na ordem jurídica vigente, podendo ser tratada em outro ramo jurídico, que não o penal, pois a lesão que promove ao patrimônio individual é de cunho econômico (por isso a importância da determinação do valor e do dano resultante da conduta), sendo possível a resolução do conflito no ramo jurídico específico para conflitos de ordem econômica. Como a pequena criminalidade patrimonial não tem a potencialidade de abalar a ordem do Direito, não deveria estar no campo jurídico-penal.

Demonstra-se, abaixo, um caso prático para melhor evidenciar tal explicação.

Figura 1 – Ilustração de decisão judicial: Poder Judiciário – Comarca de Ribeirão Preto – SP

PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Ribeirão Preto – SP.
PLANTÃO JUDICIÁRIO

CONCLUSÃO

Aos 15 de março de 2015 faço conclusão destes autos ao Exmo. Sr. Doutor **THOMAZ CARVALHAES FERREIRA**, MM. Juiz de Direito. Eu,_____, Esc., digitei.

RDO nº 5910/2015
Processo nº 0000345-36.2015
Vistos.

Trata-se de apreciar a necessidade da custódia cautelar de **LEANDRO RODRIGUES SILVA**, autuado em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Versam os autos sobre crime praticado mediante violência, uso de arma de fogo, concurso de agentes e restrição temporária de liberdade da vítima.

O autuado teria sido reconhecido pela vítima, que é tenente da polícia rodoviária.

Por ora pouco releva a prisão efetuada na residência do acusado, cujo advogado admitiu que ele possui **antecedente por roubo**.

Assim, conquanto tenha indicado ocupação lícita, não comprovada, bem como residência fixa, são circunstâncias insuficientes à soltura.

Trata-se de crime grave, cuja pena prevista ultrapassa o limite previsto em lei para aplicação de medida substitutiva à prisão. Incabível, da mesma forma, o arbitramento de fiança. Importante destacar que em situações como a retratada nos autos, verificada a existência de indícios razoáveis de autoria, torna-se legítima a custódia cautelar, justificada pela ameaça à tranquilidade pública.

A respeito, existe orientação jurisprudencial: **"Justifica-se a prisão cautelar quando a sua necessidade encontra-se devidamente demonstrada, sendo que a gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública..." (STJ – Habeas Corpus nº 12383/MA – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp).**

Ante o exposto, **INDEFIRO** a liberdade provisória ou a aplicação de medidas alternativas. Nos termos dos artigos 310, inciso II, 312 "caput" e 313, inciso I, do Código de Processo Penal, **converto a prisão em flagrante em preventiva**, diante da necessidade de manutenção da ordem pública e visando assegurar a aplicação da lei penal.

Oficie-se ao estabelecimento prisional, comunicando-se, servindo este, por cópia, como ofício.

Distribua-se, oportunamente.

Int.

Ribeirão Preto, data supra.

THOMAZ CARVALHAES FERREIRA
JUIZ DE DIREITO
(plantão)

15/03/15

OAB/SP 343.446

Este documento foi assinado digitalmente por ELIANA SANTOS SIUFI.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0000343-36.2015.8.26.0530 e o código 4EF5DC.

Fonte: www.tjsp.jus.br

Esta decisão judicial retrata bem a realidade da prática penal brasileira no que se refere aos crimes patrimoniais: roubo ou furto. Além da importância de se observar as análises criminológicas que cabem a esta decisão (como a questão da seletividade social), tem-se que verificar as várias violações dos direitos do acusado. É a prática penal negando o próprio Direito e igualando-se à constituição do delito. Em primeiro lugar, cumpre destacar que se trata de uma decisão sobre prisão cautelar, sem haver qualquer desenvolvimento da produção de provas, nem tendo o contraditório se efetivado.

Assim, sem a produção de provas e o contraditório realiza-se a prisão cautelar de um indivíduo com base na suposta *gravidade do delito* o que já representa uma violação às garantias constitucionais do acusado, assim como aos princípios político-criminais clássicos. Outro argumento utilizado para legitimar a decisão do magistrado refere-se ao antecedente penal de roubo, o qual se distingue da reincidência, mas que já fora suficiente para a decisão.

Ora bem, com a mínima análise da dogmática penal e processual penal sabe-se que antecedentes penais não são aceitáveis para justificar uma prisão cautelar. Os últimos fatores analisados pelo magistrado estão nos requisitos genéricos da prisão preventiva como manutenção da ordem pública e asseguração da aplicação da lei penal. Em relação a este último, em momento algum houve registro no processo de tentativas de fuga do indiciado para que o requisito de asseguração da aplicação de lei penal fosse preenchido, além do mais a simples configuração de antecedente penal não se faz suficiente para o preenchimento do requisito de manutenção da ordem pública.

Apesar da negação ao próprio Direito que ocorreu em tal decisão, o que nos importa nesta análise, acima de apresentar artigo por artigo que fora violado, é evidenciar que, em momento algum da decisão do magistrado, fora analisada a motivação da conduta e outros aspectos dogmáticos. Apenas houve uma subsunção dos fatos ao tipo penal e suas qualificadoras, sem maiores análises. Afirmou-se a gravidade do delito apenas com base na subsunção às qualificadoras, sem nenhuma análise material. Embora o fato de que o delito ocorrera em concurso de agentes, não se comprovou nenhuma vinculação a uma organização criminosa ou a associação a outros crimes, como o tráfico de drogas. Não se analisou, em momento algum, o dano patrimonial da vítima, a efetiva lesão econômica, o valor do objeto roubado, a restituição deste, e até mesmo a efetiva lesão que a integridade física e a liberdade da vítima sofreram.

Em um sentido mais amplo, não houve nenhuma análise se tal crime de roubo abalaria a ordem jurídica vigente, se era merecedor de pena, e muito menos foi verificado qual o nível de danosidade social da conduta praticada Não se analisou as circunstâncias sociais que permearam a prática das condutas para se afastar a aplicação de prisão cautelar. Enfim, o magistrado se limitou a um tecnicismo jurídico, sem analisar os fatores que, minimamente, formam a antijuridicidade e a culpabilidade do delito, demonstrando, assim, um claro exemplo da realidade da prática penal brasileira na configuração atual da sociedade, a qual não se distingue muito do contexto analisado por Karl Marx perante o furto de lenha.

Uma interessante analogia realizada por Marx cabe perfeitamente na análise da sentença apresentada. De acordo com Marx, os piratas do *Tidongi* para assegurar que os prisioneiros não escapariam, quebravam seus braços e pernas. Para assegurar que os transgressores não escapem, o legislador não apenas quebrou os braços e pernas do Direito, mas, inclusive, lhe transpassou o coração. Assim, o próprio Direito realiza a sua negação e demonstra isso aos acusados ao negar seus direitos na prática processual penal e na execução da pena. Bem afirma Marx que: “[...] o processo é apenas o salvo-conduto seguro que leva o inimigo à

reclusão, uma mera preparação da execução; e se pretende ser mais do que isso é levado ao silencio."[363]

Ora, apesar de que na teoria o processo penal, em nossa realidade, é formatado para ser um instrumento de garantias àquele que está sendo acusado, na prática penal (na aplicação e interpretação das normas penais) é evidente esta imposição desenfreada do próprio interesse privado da sociedade, e no desrespeito aos direitos dos acusados. Na sentença mostrada acima e em sua confirmação pela decisão do Tribunal de Justiça (em anexo) fica claro que a Justiça Penal não teve o mínimo cuidado em comprovar o dano social, o valor do objeto furtado, muito menos a real intenção do agente de negar o Direito, havendo a negação do Direito pelo próprio Estado. Disto resulta a seguinte afirmação de Marx:

> **Não é verdadeiramente uma tola e ingênua ilusão aquela do juiz imparcial, quando o legislador já é parcial? O que pode uma sentença desinteressada, quando a lei já é interesseira?** A neutralidade é então a forma, não o conteúdo da sentença. O conteúdo é antecipado pela lei. Se o processo não é mais do que uma forma sem conteúdo, uma tal ninharia formal não tem valor algum em si [...]. O conteúdo não livre confere uma forma não livre.[364]

Princípios clássicos do Direito Penal são, então, negados pela prática penal. O Legislador representou um determinado interesse particular e fez dele o fim último do Direito. "Se com isso pisoteou o próprio direito, é uma simples consequência de seu encargo porque o interesse é por sua natureza cego, desmetido, unilateral, numa palavra, instinto natural sem lei."[365] Indaga-se: "E poderia dar leis aquilo que é sem leis?"[366]

Diante de todos estes apontamentos acerca da função do Direito Penal perante às relações de propriedade privada, é importante que reste compreendido que as normas penais que tratam da criminalidade patrimonial clássica não estão separadas da análise sistemática das regras de Direito Privado acerca dos meios legais de transmissão de bens. Considera-se, então, na mesma linha apontada por Alamiro V. S. Netto, que o ponto central da proteção penal nos crimes patrimoniais tem sido a dimensão factual cuja ilicitude decorre da transmissão ou exercício ilegal de suas faculdades.[367]

---

[363] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015. p. 283.

[364] Ibid., p. 284. (grifo nosso)

[365] Ibid.

[366] Ibid.

[367] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

1.7 Conclusão

O objetivo principal deste Capítulo inicial foi decorrer sobre fundamentos sociológicos que podem embasar as análises da dogmática penal perante os crimes patrimoniais, notadamente na proposta que será desenvolvida neste trabalho sobre a diferenciação do injusto e da motivação da criminalidade patrimonial clássica.

A análise da configuração da sociedade atual se deu por meio de um estudo da própria estruturação socioeconômica na qual a ciência jurídico-penal se relaciona. Não é possível compreender as interferências da configuração social atual na configuração do Direito Penal sem uma análise das causas destas configurações. Por isso, os estudos sobre os elementos fundantes da sociedade atual foram essenciais para se entender as transformações, as consequências e os efeitos de tal estrutura socioeconômica.

Dessa forma, analisou-se a forma de trabalho assalariada, o Capital, as leis de valor e a propriedade privada, para se entender as conexões entre todos estes elementos e seus reflexos na ciência jurídico-penal. O estudo sobre o estranhamento da realidade, ou melhor, o estranhamento do trabalhador com o objeto que produz, assim como com a atividade produtiva, levou à compreensão do próprio estranhamento do ser humano pelo ser humano o que resulta em consequências diretas para as tarefas do Direito Penal.

Assim, não se negou, em momento algum deste capítulo, as características da sociedade atual, quais sejam: o risco, o medo, as percepções de perigo. Entretanto, o interesse se configurou no sentido de entender as causas destas características atuais as quais acabam por pressionar o sistema jurídico-penal a apresentar respostas aos conflitos sociais para os quais ele não tem a potencialidade de conseguir solucionar, pois são problemas estruturais da sociedade moderna.

As ligações entre as transformações no modelo do trabalho assalariado e das estratégias de valorização do capital com as mudanças na configuração do Direito Penal foram estabelecidas, principalmente no que tange ao campo econômico e perante a expansão político-criminal a qual é marca registrada da sociedade globalizada. As flexibilizações das normas penais, no âmbito do Direito Penal Econômico, podem contaminar o Direito Penal Clássico, notadamente em relação aos crimes de perigo. Os quais não deveriam ser enquadrados nos crimes patrimoniais como fora explicado, de forma detalhada, neste primeiro capítulo. Entretanto, o PLS 236/12 caminha em sentido oposto ao, por exemplo, criar a figura do estelionato massivo. O qual é um claro exemplo das modificações trazidas na dogmática penal pelo Direito Penal econômico e que começaram a ser transplantadas para os crimes

clássicos, como os patrimoniais.[368] Isso pode ser problemático, especialmente na questão de prejudicar, ainda mais, uma determinada classe social que não tem acesso a uma defesa técnica adequada e de qualidade.

Os reflexos da configuração da sociedade atual no que se refere às metamorfoses do capital no campo do sistema de créditos, do sistema financeiro e da necessidade de um consumo exacerbado como uma forma de não se interromper o fluxo de capital, foram demonstrados na valoração, incorporada nas normas penais, de condutas que atingem o patrimônio individual e as relações de propriedade privada. .

Os fundamentos sociológicos, apontados neste primeiro capítulo, são de extrema importância para se compreender a necessidade de diferenciação do injusto e da motivação do agente, como uma forma de se desmistificar a pequena criminalidade patrimonial como uma criminalidade massiva cuja suposta potencialidade seria capaz de atingir a convivência social, abalar a vigência da norma, e, em última instância, negar a ordem do Direito.

No próximo Capítulo, será desenvolvido um estudo de análise dogmática perante os crimes patrimoniais, com vista a encontrar uma forma que, por meio da própria essência do Direito Penal (qual seja: a norma), se possa limitar a intervenção deste subsistema jurídico e retornar a dogmática penal para sua função clássica.

Apresentar-se-á, então, as principais doutrinas modernas da dogmática penal atual, quais sejam: o *funcionalismo teleológico-racional* e o *funcionalismo radical*, assim como demonstrar-se-á alguns pontos interessantes de base filosófica destas doutrinas, como o neokantismo enquanto uma das bases teóricas do funcionalismo teleológico-racional, e o hegelianismo como um dos fundamentos filosóficos do funcionalismo radical. Após confrontar ambas as doutrinas, verificar-se-á as contribuições principais de cada uma para a construção da proposta de diferenciação do injusto e da motivação que levou o agente a praticar as condutas delitivas que afetam o patrimônio e as relações de propriedade privada. Critérios como o merecimento de pena, a necessidade de pena, bem como as análises sobre a *danosidade* social, perante as perspectivas apontadas acima, serão os pontos essenciais para se atingir o objetivo geral deste trabalho.

---

[368] FERNANDES, Fernando Andrade. Prefácio. In: FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal:** (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

CAPÍTULO 2 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DOGMÁTICAS À DIFERENCIAÇÃO DO INJUSTO NOS CRIMES PATRIMONIAIS: Injusto penal na concepção neokantiana e no funcionalismo racional-teleológico

2.1 Introdução ao Capítulo 2

Estudar-se-á, neste capítulo, as concepções da dogmática penal que contribuem para a compreensão do Direito Penal enquanto uma realidade referida a valores e a fins. A referência do injusto à valorações reflete-se na compreensão dos crimes patrimoniais orientados ao valor que o patrimônio recebe na configuração atual da sociedade. Como foi explicado no primeiro capítulo desta pesquisa, em uma perspectiva sociológica, e como será salientado no terceiro capítulo, frente à perspectiva da filosofia do direito de Hegel; o patrimônio e a propriedade privada, além de suas conotações econômicas, estão interligados a outros valores, como a vida e a liberdade. É na propriedade privada que se tem a exteriorização da liberdade e da individualidade do proprietário.

Assim, perante o recorte do objeto na propriedade privada, pode-se entender que sua afetação, de forma ilícita, além de resultar em uma lesão aos valores econômicos atinge, em última instância, a própria exteriorização e objetivação da liberdade e do livre desenvolvimento individual do proprietário. Diante destas valorações resta evidente o motivo da preocupação de cunho liberal da não intervenção do Estado na propriedade e no patrimônio de indivíduos, desde que cumprido certos requisitos estabelecidos no texto constitucional, pois caso haja uma intervenção indevida pelo próprio Estado, alcança-se a própria liberdade exteriorizada na propriedade e no patrimônio.

Todavia, se nos limitarmos a esta primeira dimensão resta estabecer critérios de intervenção penal mínima, até mesmo no que se refere à pequena criminalidade patrimonial. O que se pondera, para ultrapassar esta primeira barreira, é a análise não somente da liberdade do proprietário refletida em sua propriedade; mas, também, a compreensão da dimensão de liberdade do *não proprietário* que afetará o patrimônio de outrem, pois este não possui propriedades para que sua liberdade seja exteriorizada.

Ao se compreender a dimensão da liberdade do não proprietário pode-se avançar na defesa de uma limitação da intervenção penal nos crimes patrimoniais. No primeiro capítulo foram detalhados os elementos que constituem a essência da propriedade privada: o trabalho e o capital. Estudou-se a propriedade privada por meio de suas próprias contradições as quais reacem no tema sobre o conjunto de estranhamentos da realidade. São estas relações

contraditórias inerentes ao próprio objeto de estudo (propriedade privada) que podem ser analisadas frente à valoração da dimensão patrimonial das normas penais de uma forma que se atenha à realidade concreta da estrutura socioeconômica.

Além do mais, com a consideração da dimensão da liberdade do não proprietário não se pode defender uma valoração do patrimônio em seu sentido individual/privatista, pois não englobaria a comunidade em sua totalidade, mas apenas um setor de interesses privados (dos proprietários). O direito penal, em seu sentido liberal e clássico, não está legitimado a intervir na liberdade individual para defender somente interesses privados. É somente diante de uma valoração do patromônio em seu sentido social que se pode conseguir uma limitação do sistema jurídico-penal.

Esta referência do Direito Penal a fins e a valores já tem seu cerne desde a concepção positivista de Franz von Liszt. Será exposta este pensamento de Liszt com as devidas particularidades que interessam a este trabalho. O Neokantismo é de suma importância para se compreender a abertura do sistema jurídico-penal para além dos postulados do positivismo jurídico. Esta abertura do sistema a valorações reflete-se na formulação das categorias do delito, e notadamente, no estudo do injusto penal. Por isso, o Neokantismo (notadamente no que se refere à compreensão do dualismo metodológico e do relativismo axiológico) e o Funcionalismo Racional-Teleológico foram selecionados para apontar suas possíveis contribuições à construção do conteúdo material do injusto penal enquanto um instrumento de limitação da intervenção penal perante a criminalidade patrimonial. Discutir-se-á, no final do capítulo, quais as contribuições destas perspectivas ao objetivo deste trabalho e quais apontamentos devem ser desconsiderados, por não permitirem uma limitação da intervenção penal. Será debatido se a adoção da concepção de bem jurídico não poderia, até mesmo, ser uma concepção que justifique uma maior punição caso haja a afetação do patrimônio em sua dimensão individual, sem se perceber uma real danosidade social. Acrescenta-se a discussão acerca da compatibilidade da teoria do bem jurídico, para o tratamento dos crims patrimoniais, com a realidade social, econômica e política brasileira.

Dentre as contribuições, que serão salientadas no decorrer do capítulo, encontra-se a abertura do sistema jurídico-penal à valores que devem orientar a construção das normas penais e sua interpretação. A Escola Neokantiana contribui às ideias de materialização do injusto e de dano social, a qual deveria ser uma exigência para se afirmar o merecimento de pena perante os injustos no campo patrimonial. Desse modo, a tentativa, nesta pesquisa, de se demonstrar a abertura da estruturação das normas penais no campo dos crimes patrimoniais aos valores que o patrimônio e a propriedade privada recebem na configuração social atual se

mostra enquanto uma forma dogmática de limitar a intervenção punitiva e a exasperação de penas.

Entretanto, as valorações acerca do patrimônio e da propriedade privada receberão alguns fundamentos de ordem sociológica, o que acaba por prejudicar, neste ponto, a utilização do dualismo metodológico neokantiano: separação dos valores da realidade. Da mesma forma que se comentou que a propriedade e o patrimônio apresentam valorações ligadas não apenas ao âmbito econômico, mas também ao livre desenvolvimento individual, não se pode esquecer daquele primeiro, pois o valor econômico lesionado também é ínsito à valoração que o patrimonio recebe. O seu valor de troca é um dos elementos que o compõe e não pode ser descartado nas tentativas de limitação da intervenção penal. A consideração desta valoração econômica é fundamental para se analisar a operacionalidade do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais. A liberdade exteriorizada na propriedade também se relaciona com o próprio valor econômico atingido. Se este se apresenta de forma mínima, não se pode falar em um prejuízo às outras dimensões de valoração do patrimônio. A filosofia do Direito de Gustav Radbruch será exposta e refletiva no que se refere ao conceito de propriedade privada. Neste momento, perceber-se-á que a própria valoração da propriedade privada, dada pelo sistema socioeconômico, acaba por transformá-la em uma mera mercadoria que pode ser trocada por meio do dinheiro. Esta valoração deveria ser refletida nas normas penais e em sua interpretação como um obstáculo ao valor absoluto da propriedade e do patrimônio.

Diante de todo o fundamento sociológico adotado no primeiro capítulo, busca-se, agora, a máxima limitação da intervenção penal na liberdade individual, no setor dos crimes patrimoniais. Como a defesa pela descriminalização de injustos que atingem apenas uma dimensão patrimonial individualmente considerado seja um tanto quanto utópica, questiona-se o que a dogmática jurídico-penal poderia realizar para conter o excesso de criminalização de condutas? A diferenciação do injusto, ou seja, a especificação de qual injusto se está a falar quando se refere ao tema dos crimes patrimoniais é o primeiro passo para se desmistificar que pequenos furtos e roubos, ligados a uma dimensão individual de patrimônio e circunscritos por motivações resultantes da estrutura consumista da sociedade; apresentam necessidade de pena.

No terceiro capítulo se estabelecerá o contraponto ao que será exposto neste capítulo, por meio da exposição de algumas bases da filosofia do direito de Hegel e da adoção de seus fundamentos teóricos no funcionalismo de Günther Jakobs. Analisar-se-á se a pequena criminalidade patrimonial teria ou não a pontencialidade e a gravidade de negar a totalidade

da ordem do Direito. Isto é, se os crimes patrimoniais puros representariam uma danosidade social que afirmaria o merecimento e a necessidade de pena.

Em resumo, o que se pretende estudar, no momento, é a diferença que reside na essência dos fatos, pois se há esta diferença não se pode comparar condutas e considerá-las iguais perante a norma penal. Caso esta equiparação ocorra, há uma deslegitimação da própria norma. A diferenciação do injusto e a diferenciação na motivação que leva o agente a praticar um delito patrimonial devem ser referidas à própria essência da conduta, em uma análise qualitativa. Caso estas essências se apresente em formas distintas, não se pode equipará-las por meio da norma penal como se fossem uma mesma conduta e recebessem uma mesma valoração.

Por isso, as escolas penais que contribuem para a análise do conteúdo material do injusto, para além da forma, perante as condutas no âmbito dos crimes patrimoniais, resultará em uma necessária diferenciação na motivação ou intenção que o agente teve ao praticar tal ato proibido. O conteúdo violado torna-se o próprio limite do injusto. A Escola Neokantiana muito tentou demonstrar este conteúdo do injusto, de forma a ultrapassar o positivismo jurídico-penal. A afetação de tal conteúdo é, portanto, a essência do injusto.

Em uma perspectiva mais ampla, os injustos que se apresentam no bloco dos crimes patrimoniais não podem ser considerados somente no aspecto da lesão ao patrimônio de um indivíduo, mas devem ser ponderados perante o abalo que se pode gerar à própria ordem do Direito. Se o patrimônio for analisado apenas em seu aspecto de dano individual, há como consequência direta o excesso de criminalização e de punição. Passar-se-á, portanto, a analisar as escolas dogmático-penais que contribuem para alcançar a materialização do injusto penal.

2.2 Teoria do Fim do Direito Penal de Franz von Lizt

Não se pode negar as contribuições de Franz von Liszt acerca da Teoria dos Fins do Direito Penal a qual se fosse aplicada na atualidade já resolveria alguns problemas no campo dos crimes patrimoniais. Todavia, o que se vê, hoje, na operacionalidade dos tribunais e juízes brasileiros não é um conhecimento aprimorado do positivismo jurídico, mas sim um mero formalismo jurídico em que, no campo dos crimes patrimoniais, apenas tem se verificado a subsunção da conduta ao tipo; sem a mínima referência aos fins do Direito Penal, da norma penal e da pena. Passar-se-á a analisar as contribuições e as críticas à teoria de Liszt sobre os fins que orientam o direito penal.

Franz von Liszt é um representante do positivismo jurídico-penal. Sua famosa frase "o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal" caracteriza de um lado, o Direito Penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica.[1] Caberia à política criminal a tarefa social do Direito Penal na demonstração dos métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade.[2] E ao Direito Penal, em seu sentido jurídico, "[...] competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado 'Leviatã'."[3] Neste sentido, Roxin apresenta que a concepção de Liszt a qual trazia a idéia de fim no Direito Penal:

> É a "estrela guia da Política Criminal, enquanto o código penal, como 'magna carta do delinqüente', de acordo com a expressa declaração de Liszt, protege não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se levantou, concedendo a este o direito de só ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais.'[4]

Ao compreender esta ideia geral de Liszt a respeito do fim último do Direito Penal enquanto uma proteção ao indivíduo que violou as normas penais, pode-se afirmar que no campo da criminalidade patrimonial o Direito Penal não poderia ser utilizado somente diante de discursos punitivistas de maior proteção à coletividade frente à criminalidade de flagrante colocada, de forma errônea, como uma grande causa do sentimento de insegurança e medo social. O Direito Penal deveria voltar a se orientar aos seus fins clássicos no campo da criminalidade patrimonial clássica, ou seja, o indivíduo que defraudou uma norma penal deve ser julgado dentro de pressupostos e critérios que limitem a intervenção penal na liberdade invididual. Acreditava, Lizt, portanto, que

> Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política.[5]

A função do Direito Penal seria conceber o crime e a pena como "[...] generalizações conceituais em uma abordagem puramente técnico-jurídica; desenvolver os preceitos legais, ascendendo até os últimos conceitos e princípios básicos, num sistema fechado."[6] Por conseguinte, a ciência jurídica seria por sua essência sistemática, já que somente a organização dos conhecimentos "[...] num sistema garante um domínio claro e sempre

---

1 ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.
2 Ibid.
3 Ibid., p. 3.
4 Ibid.
5 Ibid., p. 4.
6 Ibid., p. 5.

manuseável de todos os detalhes, domínio sem o qual a aplicação jurídica nunca passará de diletantismo, entregue ao acaso e ao arbítrio."[7]

O Positivismo jurídico-penal afasta da esfera do Direito as dimensções sociais e políticas. O Direito Penal apenas poderia ser considerado enquanto Ciência se se restringir à análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. Os conteúdos sociais e fins do Direito Penal seriam tarefas da política criminal a qual se encontrava separada do âmbito jurídico. "[...] A lei não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes."[8]

Destacar-se-á apenas os aspectos que mais interessam da Teoria dos Fins do Direito Penal de Liszt aos propósitos deste trabalho, quais sejam: 1. A demonstração do caráter social da pena desde seus primórdios; 2. A evolução da norma jurídica e o alcance da pena objetiva condicionadas pela experiência e pela ideia de fim. 3. A demonstração de algumas passagens nitidamente positivistas de Liszt para se compreender, posteriormente, a reação do Neokantismo. Estes aspectos serão analisados para se entender o motivo pelo qual, neste trabalho, se preocupa com um significado do injusto que alcance um caráter social, e não apenas individual. Ora, Lizst trabalhou este caráter social na pena; todavia, antes de se analisar este caráter no campo da consequência jurídica, deve-se aplicá-lo no âmbito do injusto penal e do juízo de merecimento de pena. No que tange à orientação aos fins, fazer-se-á necessária esta regressão ao pensamento de Liszt para ponderar alguns reflexos na teoria neokantiana que poderão ser úteis a finalidade geral desta pesquisa, qual seja: o papel da dogmática penal na limitação da intervenção punitiva aos crimes patrimoniais perante as condutas em que esta intervenção não é merecida ou necessária.

Parte-se da concepção de que: "[...] *il valore de un'ipotesi risiede nell'utilità della quale la stessa può essere portatrice. Deve affinare lo sguardo dell'osservatore, quando questi ricerca i fatti, e facilitargli le conclusioni, quando egli valuta e giudica i fatti rilevati*."[9] Compreende-se que a hipótese a ser pesquisada deve apresentar uma utilidade e esta deve perseguir as avaliações do observador. Desde então já se persegue a orientação às finalidades a partir da hipótese a ser pesquisa.

Liszt, em sua época, já apontava "[...] *i problemi relativi alla delimitazione di quelle azioni cui lo stato ricollega la minaccia d'una pena ed al criterio per stabilire contenuto ed*

---

7 ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6.
Como ficará demonstrado mais adiante, Claus Roxin apresentará a necessidade de superação desta concepção de sistema jurídico-penal fechado em si mesmo. Esta superação dar-se-ia pela busca de elementos criminológicos e político-criminais dentro da própria sistemática do material jurídico-penal.

8 Ibid.

9 LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 18.

estensione dela medessima."[10] A importância de se estudar o Direito Penal perante a orientação a fins é ressaltada na medida em que este afirma que é por meio da ideia dos fins que se pode determinar os limites da pena (ou, para melhor adequação aos objetivos aqui pretendidos: determinar os limites do próprio direito penal em um contexto de expansão político-criminal). Neste sentido, a orientação a fins favorece a ideia de limitação à intervenção penal nos crimes patrimoniais, ou seja, a construção de normas jurídicas que se relacionam com o patrimônio e propriedade privada de uma forma orientada à fins enquanto forma limitadora da intervenção punivita.

> *L'esperienza rende possibile la comprensione della conformità della pena allo scopo. È l'idea dello scopo che ne determina i limiti. Il progresso investe pure i pressupposti della pena – il reato -, como pure il contenuto ed i limiti della stessa – il sistema delle pena; dominata dall'ideia dello scopo, la pena si transforma da forza punitiva in diritto penale*.[11]

Nesta concepção exposta, deve-se separar a metafísica das considerações científicas acerca do Direito enquanto ciência: "[...] *la scienza finisce là dove la metafisica inizia*."[12] As considerações metafísicas sobre a pena são consideradas como estranhas ao Direito:

> *La scienza del diritto penale non assume una posicione ostile, e nemmeno in sé negativa, nei confronti della spiegazione metafisica della pena; essa deve però considerare tutti questi tentativi come qualcosa di estraneo alla propria natura, e quindi allontanarli dal proprio terreno [...]. Un acordo trai l diritto penale e la speculazione filosófica su quella linea di demarcazione che dall'una come pure dall'altra parte non può venir superata?*[13]

Por conseguinte, nenhuma fundamentação metafísica da pena seria capaz de lhe conferir um critério de medida. Essa medida deveria explicar o fato empírico da pena. A partir deste pensamento, Liszt devensolve um estudo desde os primórdios da pena. No que se refere à pena primitiva, enquanto reação instintiva, demonstra-se como a configuração do caráter social já era prevalente. Esta associação entre finalidades da pena e razão social aponta para a direção na qual o Direito Penal, em sua totalidade, não poderia estar a serviço apenas de interesses individuais.

A pena primitiva não apresentaria apenas um sentido negativo, mas também positivo referente à tendência do indivíduo a sua autoafirmação, autoconservação. Neste contexto, o indivíduo reage a uma ação de distúrbio de suas próprias condições de vida por meio de uma ação direta que responde a causa de seu perturbamento.

---

10 LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 5.
11 Ibid.
12 Ibid., p. 16.
13 Ibid.

> *Con ciò rimarrebbe nel contempo giustificata e spiegata la mostra tesi sull'estraneità dell'idea dello scopo alla pena primitiva, poiché l'istinto, pur anche in questo significato positivo, date le sue cieche ed irrazionali manifestazioni, si differenzia in maneira caratteristica dalla volontà in senso stretto*.[14]

Verifica-se um parentesco entre os posicionamentos de Liszt com as ideias de Ihering:

> *Poiché anche se Ihering nulla vuol sapare dell'istinto sencondo il significato che qui diamo al termine, se per lui pur non è pensabile alcun atto di volontà e quindi alcuna azione senza scopo, se egli pure expressamente rifiuta con l'istinto all'autoconservazione quello alla conservazione della specie, il suo intero sistema riposa pur sempre sull'idea della coincidenza degli scopi, del combaciare cioè dell'interesse egoístico con l'interesse della collettivitá*.[15]

A tese da pena primitiva, portanto, relaciona-se ao instinto de autoconservação e, indiretamente, à conservação da espécie. "[...] *La pena primitiva, come estrinsecazione dell'istinto di conservazione della specie, sai pure soltanto indireto, deve già dall'inizio rivestire carattere sociale, deve cioè presentarsi come reazione della società contro azione lesive dirette contro la società stessa*."[16] Veja-se bem como Lizst demonstra o caráter social da pena em seus três primeiros momentos. No que se refere ao primeiro momento, tem-se que "[...] *la prima forma delle pene primitive, la vendetta gentilizia, non è vendetta privata, bensí vendetta della famiglia o della stirpe* [...] *lotta tra due stirpi*."[17] Já em relação ao segundo momento: "[...] *ancora più chiaramente si revela il carattere sociale della pena nella seconda forma delle pene primitive, cioè nella proscrizione, consistente nell'espulsione del membro dalla comunitá*."[18] E no que tange ao terceiro momento, o qual é caracterizado pela formação do Estado, explica-se que:

> *Com il trasformasi delle comunità gentilizie e tribali in comunità organizzate in forma statuale, nasce il terzo tipo di pena primitiva: la pena statuale [...] il carattere sociale di codesta pena è incontrovertibile. Ma esso non è proprio solo di questa, sibbene anche delle due prime forme di pena. È proprio la statualizzazione della pena che della stessa rende possibile la completa obiettivazione, premessa prima d'ogni sua ulterior evoluzione.*[19]

Neste sentido, afirma-se que "[...] *il carattere sociale della pena primitiva in tutti i suoi aspetti è però nel contempo una ulterior conferma della nostra concezione della stessa come*

---

[14] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p.17.
"[...] *ancora ai nostri giorni l'istinto represso rompe, in occarione di um linciaggio, le barriere innalzate dalla società, con primitiva violenza, caratteristica dell'istinto*." Ibid.

[15] Ibid., p. 18.
Em resumo da investigação de Liszt e sua compatibilidade com Ihering, pode-se ressaltar que: "*Attraverso un processo di autolimitazione, la forza punitiva è diventata diritto penale, attraverso la recezione dell'idea dello scopo la cieca e sfrenata reazione si è transformata in pena giuridica e l'azione dominata dall'istinto è divenuta azione controllata dalla volontà. La potestà dello Stato há impugnato la aspada della Giustizia per tutelares l'ordenamento giuridico contro lo scellerato che vi si ribella*." Ibid.

[16] Ibid., p. 19.

[17] Ibid..

[18] Ibid., p. 20.

[19] Ibid.

azione istintiva."[20] Assevera-se que "[...] *se infatti essa fosse stata una reazione cosciente e determinata da uno scopo, noi non potremmo spiegarci il suo carattere sociale ai gradini iniziali dell'umana civiltà.*"[21]

Perante um nítido caráter positivista, Liszt pondera que "[...] *la concezione della pena primitiva como azione istintiva ci rende inoltre possibile una chiara visione del rapporto existente tra la pena e l'etica*."[22] Assim sendo, enquanto ação instintiva a pena não pode ser manifestação de um juízo ético de valores expressos nem pode encontrar fundamento no comportamento qualificado como imoral: "[...] *l'azione istintiva non há nulla a che vedere com l'etica. L'origine della pena può e deve perciò venire svincolata dall'etica, senza che questa abbia ad essere in qualsivoglia maneira negata o respinta*."[23]

Essa separação com a ética, "[...] *libera la scienza del diritto penale dal pericolo di essere trascinata in uma disputa sui fondamenti dell'etica, e la exonera dall'obligio di dovere reiteratamente dimostrate la validità del titolo sul quale poggia la sua esistenza*."[24] Observa-se, então, que Liszt diferencia a pena como ação instintiva do juízo ético de valores, bem como assevera seu caráter social frente à necessidade de uma organização da sociedade. A pena primitiva seria independente de qualquer espécie de juízo ético sobre a perturbação das condições de vida. Diante destas análises, é interessante asseverar que Liszt afirma ser idêntica a relação na qual a pena se encontra com o Direito: *"[...] nel diritto domina l'idea dello scopo, essenza del diritto stesso*."[25] Esta é a ideia base da teoria de Ihering.

A teoria da ação instintiva independe da ideia dos fins, tanto que a precede no tempo. Assim, "[...] *la pena primitiva si ritrova peró prima dell'esperienza e quindi non soltanto prima della moralitá ma anche prima del diritto*."[26] Apenas alcançado um nível superior de evolução, e como pena objetiva, é que se tem sua experiência: "[...] *ma soltanto como pena giuridica essa recepisce in sé l'idea dello scopo*".[27] Ou seja, apenas como pena jurídica esta recebe, em si, a ideia de fim.

---

20 LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 19.

21 Ibid.
Una finalizzata reazione della società è condizionata infatti dalla chiara visione del senso che il delito riveste per i gruppi esistenti di singoli individui (famiglia, società, tribale, Stato). Questa conoscenza è però il risultato di un'esperienza raggiunta in secoli di lotta per l'esistenza, mentre la pena à presente prima di tutte queste espererienze.

22 Ibid.

23 Ibid., p. 21.
Contrapor-se-á esta posição de Liszt com a posição de Guillermo Sauer, em tópico específico.

24 Ibid., p. 21.
Il giudizio morale di valore à impensabile senza il corretativo concetto di colpevolezza, ma la pena già esisteva prima di questo. La pena dev'essere perciò independente dall'etica.

25 Ibid., p. 24.

26 Ibid.

27 Ibid.

Ihering explica que a apreensão do não poder matar, furtar, roubar ocorreu no curso da própria experiência: "[...] *anche nel diritto come in ogni altro campo l'uomo è dovuto diventare inteligente a proprie spese*."[28] Neste sentido, o homem primitivo reage à perturbação de suas condições de vida como um animal, e enquanto animal não tem a necessidade de aprender a reação. Conclui Lizst a respeito da ação instintiva e da ideia de fim: "[...] *solo l'evoluzione della norma giuridica ed ética, la valutazione dell'azione nel suo valore giuridico e morale, la reazione cioè nella forma della pena giuridica obiettivata è condizionata dall'esperienza e dall'idea dello scopo che essa ha fato propria*."[29]

No que se refere à objetivação da pena cabem alguns apontamentos. É a ideia de fim que distingue "[..] *l'azione dominata dall'istinto da quella direta dalla volontà*."[30] Portanto, a pena é ação instintiva conforme o fim. As condições de vida que foram perturbadas não são de um indivíduo singular, mas de um grupo de indivíduos singulares, que vem proteger-se contra as ações que o perturba por meio da pena. A objetivação da pena para Lizst se dá com a passagem da função punitiva dos sujeitos interessados e parciais a um órgão jurisdicional não interessado e imparcial. Passagem da pena ao Estado, para assegurar a imparcialidade do juízo e o caráter social da pena. A estruturação das normas, neste contexto, representa sua própria autolimitação, além de ser o primeiro passo para a separação entre direito e moral. Portanto, o processo de objetivação explica a própria eficácia. Com a objetivação da pena, tem-se sua limitação.

Pois bem, com base no próprio positivismo jurídico, já se pode perceber uma conotação social que rodeia a intervenção penal. Isto é, nas explicações acima acerca do caráter social da pena e sobre o processo de objetivação da pena, Liszt ao demonstrar que esta é o meio de proteção não das condições de vida que foram perturbadas de indivíduo singular, mas de um grupo de indivíduos singulares, já evidencia o aspecto trabalhado nesta pesquisa, qual seja: não basta uma afetação ou perturbação do patrimonio individualmente considerado, mas para que se legitime o merecimento de pena perante os crimes patrimoniais, a conduta deve apresentar, necessariamente, uma conotação social. Todavia, tem-se que ampliar este pensamento, pois não bastaria a afetação de um grupo de indivíduos singulares como seria o caso do grupo de proprietários afetados. O que restará demonstrado, até o final deste trabalho, é com qual o significado de conotação social que se adotará frente à criminalidade patrimonial. No momento, somente cabe deixar evidenciado que não se pode admitir a intervenção penal apenas no círculo individual. O caráter social do Direito Penal não pode ser

---

[28] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 24.
[29] Ibid.
[30] Ibid., p. 29.

negado em nome de interesses privados os quais podem ser resolvidos em outro ramo jurídico, como o direito civil. As finalidades da pena devem apresentar uma razão social e o que se propõe, nesta pesquisa, é que tal razão social seja transposta, em primeira análise, ao plano do próprio injusto.

Em continuação com a análise da teoria dos fins do direito penal de Liszt, tem-se que "[...] *le forse istintive che si trovano alla base della pena, e alle quali essa deve la propria complessiva eficácia direta a proteggere i beni giuridici e a prevenire i delitti, non sono ancora riconosciute ed apprezzate nel loro pieno significato e nel loro intimo nesso*."[31] A pena deve ser prevista, no pensamento de Liszt, para os casos nos quais determinados bens jurídicos precisam de proteção contra perturbamentos. Mas a pena deve ser prevista em uma determinada forma e em certa medida compatíveis com a proteção de tais bens. Dessa forma, fica evidente que Liszt constrói sua teoria com vista à afirmação de que a pena está a serviço da tutela dos bens juríticos. Em suas palavras: "[...] *la pena viene posta al servizio della tutela dei beni giuridici*."[32]

Interessante associação de Liszt está nesta passagem: "[...] *la storia del diritto penale è la storia degli interessi dell'umanità elevati a beni giuridici.*"[33] E é por isso, então, que no âmbito da objetivação da pena, o conteúdo e a extensão da pena devem vir determinados e subordinados a ideia de fim, qual seja: a tutela de bem jurídico. Perceber-se-á, adiante, que o funcionalismo raciona-teleológico adiantou esta orientação a fins de proteção de bem jurídico ao plano do próprio injusto penal.

A pena é limitada, portanto, pela norma penal. A força que se autolimita se transforma em pena juridicamente regulada. A objetivação apresenta, assim, um valor único, um direito ao autor de um delito. Liszt cita Fichte para o qual se ver punido é um importante direito do cidadão: "[...] *venir punito è um importante diritto del citadino; nella pena il malfatore viene onorato quale essere ragionevole*."[34] Percebe-se um apelo, neste ponto, à Hegel. Liszt aponta que mesmo que estas afirmações pareçam ser contraditórias, são expressões do núcleo mais íntimo, da mais genuína essência, não da pena genericamente considerada, mas da pena objetivada. Considera-se, então, a pena objetivada enquanto um direito do autor.

Há dois problemas: 1. Quais são as ações que são combatidas com pena? 2. Como deve escolher qualitativamente e quantitativamente a pena? Sobre o primeiro problema, Liszt

---

31 LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 29.
"[...] *Prevedere la pena per quei casi nei quali determinati beni giuridici abbisognano di protezione contro determinati turbamenti, e prevederla in quella forma ed in quella misura che per la protezione di determinati beni giuridici contro determinati reati appare necessaria*." Ibid.

32 Ibid.

33 Ibid., p. 33.

34 Ibid.

pondera que já está resolvido pela maioria dos autores da época: deve-se responder com pena às ações que, por um determinado povo e em um determinado período, perturbam as suas condições de vida. Entre um ilícito penal e um ilícito civil, a diferenciação estaria na somente na ideia de fim.

Em transposição aos crimes patrimoniais afirma-se, mais uma vez, que as condutas que atingem apenas a dimensão patrimonial individualmente considerada, não se relacionam com a potencialidade de abalar as condições de vida de toda a sociedade. Para isto, necessita-se que a conduta atinja uma dimensão social. Além desta questão, cabe uma crítica. As análises de Liszt se referem à pena. Mas muito mais relevante é transpor a ideia de orientação a fins ao próprio injusto penal. Este, com esta referência e com seu conteúdo material determinado, já teria a capacidade de diferenciar o que seria um injusto civil e um injusto penal. Ou melhor, é no plano do próprio injusto que se pode avaliar a necessidade de intervenção penal, e não somente no plano da consequência jurídica.

Já perante o segundo problema, deve-se derivar a pena (sua extensão, espécie e quantidade) somente da ideia de fim, sendo necessário precisá-la com maior clareza. Assim sendo, a pena deve estar orientada, portanto, à tutela de bens jurídicos a qual exige, no caso singular, que uma pena venha a ser imposta segundo seu conteúdo e extensão. A pena, para ser justa, deve ser necessária a seu fim.

> *La pena retta, cioè giusta, è la pena necessaria. Giustizia, nel diritto penale, significa attenersi ad una misura di pena necessaria secondo l'idea dello scopo. Come la pena giuridica è sorta quale autolimitazione della forza punitiva attraverso l'obiettivazione, cosí essa atinge la sua più alta complezza attraverso il perfeizoamento dell'obiettivazione stessa. L'assoluto legame della potestà punitiva all'idea dello scopo è l'ideale della giustizia penale*.[35]

Neste sentido, encontra-se a medida da pena na ideia de fim e "[...] *si tratterà ora di determinare, muovendo da questo principio, la misura della pena da applicarsi al caso singolo.*"[36] Questiona-se: "[...] *la pena è tutela di bieni giuridici. Ma perché lo è? Come attua essa questa protezione? Che cosa sono le forze istintive che si retrovano nella pena? Quali sono i diretti effetti della pena? E quando lo scopo alcança um miglioramento delle istituzioni*?"[37] Lizst elabora diversos questionamentos deste nível e responde que o método adequado para respondê-los está na sociologia, na sistemática observação de massa e na estatística criminal. Afirma-se que se deve indagar "[...] *sul delitto come fenômeno sociale e*

---

[35] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 46.
[36] Ibid.
[37] Ibid.

sulla pena come funzione sociale, se vogliamo colgiere con precisione cientifica l'efficacia che la pena riveste como protezione di bieni giuridici e prevenzione dei crimini."[38]

Pois bem, ao se observar a prática judiciária no Brasil, não se consegue perceber uma aplicação da norma orientada a fins sociais. Nega-se a própria norma ao se desrespeitar suas referências. Ora, uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal manteve as condenações em três casos de furtos simples: 1.Furto de 15 bombons caseiros; 2. Furto de um par de chinelos; 3. Furto de dois sabonetes líquidos.[39] Esta decisão do Supremo demonstra, de forma evidente, que a ideia de que o direito penal deve estar orientado a um fim não está sendo acatada. Assim como Liszt afirma, a pratica judicial e o legislador ao desrespeitar a construção do direito penal voltado a um fim, acaba por atingir até mesmo a ideia de justiça.

Algumas fundamentações devem ser ressaltadas. O Supremo Tribunal Federal asseverou que uma uniformização de tratamento frente à pequena criminalidade não seria viável devido as desigualdades sociais, econômicas e culturais do país. Concordou que a imposição de regime prisional severo seria desproporcional às condutas. Afirmou que avaliação de necessidade de pena privativa de liberdade não poderia ser realizada de forma separada ao Art. 59, Código penal, devido à individualização da pena.

Entretanto, o STF utilizou-se do argumento segundo o qual se tem que analisar as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade devido à aplicação do princípio da insignificância. Caso se negasse a tipicidade no caso dos furtos de quinze bombons, um par de chinelos e dois sabonetes líquidos reconhecer-se-ia a licitude de tais condutas o que não seria aceitável. Além do mais, o Supremo expõe que a alternativa de reparação civil à vítima seria uma atitude formal impensável em termos práticos. Caso se reconhecesse a insignificância de tais condutas, afirmar-se-ia a licitude e as imunizaria de qualquer tipo de repressão. Tal atitude seria um descompasso com o conceito social de justiça pois apesar de serem condutas penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente.

Ora bem, o próprio Supremo confirma que não há relevância penal de forma a desrespeitar todo o aparato dogmático que legitimaria a intervenção punitiva, com base em fundamentações vagas ligadas, de forma nítida, aos discursos sensacionalistas em torno da criminalidade de rua.

Outro argumento sem fundamentação legal utilizado pelo Supremo estaria na afirmação de que a não reação estatal aos furtos citados levaria a uma atuação da justiça privada. A

---

[38] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 47.

[39] HC 123108/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123108); HC 123533/SP, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123533); HC 123734/MG, rel. Min. Roberto Barroso, 3.8.2015. (HC-123734). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo793.htm

imunização da conduta pelo Estado deixaria o agente exposto a uma situação até mais grave e imprevisível. Veja-se, novamente, que a fundamentação não tem o mínimo de respaldo legal e dogmático.

No caso em específico do furto de quinze bombons caseiros, o Supremo defende que embora se reconheça a primariedade do réu e a ausência de prejuízo à vítima, não se pode aplicar o princípio da insignificância pois o furto foi praticado mediante escalada e com rompimento de obstáculo. Tem-se a dificuldade de conseguir uma aplicabilidade da insignificância penal perante aos crimes qualificados.

Por fim, apresenta-se no Informativo 793[40] - STF que frente ao tema dos crimes contra o patrimônio o princípio da insignificância deveria ser utilizado com muita cautela pois não se pode considerar somente o resultado da conduta. O desvalor da ação criminosa (ausência de periculosidade social, mínima ofensividade e ausência de reprovabilidade) seria, então, o ponto chave da fundamentação do Supremo Tribunal Federal. É exatamente este desvalor que se critica neste trabalho, de forma a considerá-lo inexistente ao se realizar o exercício de diferenciação do injusto nos casos concretos da pequena criminalidade patrimonial.

O princípio da insignificância, na visão do Supremo, não seria pretexto para se desvirtuar a intenção do legislador no momento da tipificação legal. A caracterização da insignificância deveria ir além da irrelevância penal prevista pela própria legislação. Desse modo, conclui o Supremo que seria indispensável a análise do significado social da ação e a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei penal fosse atingida.

Não se pode concordar que o furto de quinze bombons, o furto de quinze sabonetes líquidos e o furto de um par de chinelos (os quais foram devolvidos à vítima) possam configurar um significado social frente ao contexto de desigualdade social na realidade brasileira. Os discursos do Supremo acerca da intenção do legislador não coadunam com as interpretações dogmáticas e aos fins do Direito Penal, no sentido exposto até mesmo nesta análise positivista de Liszt.

Pois bem, em continuação à análise de Liszt, tem-se que, um pouco além da concepção deste autor, o que se procurará demonstrar é que a própria ideia de injusto deve ser orientada ao fim do Direito Penal em sua totalidade. O injusto deve conter um significado de perseguir tal fim e quando não apresenta este significado não pode ser considerado enquanto um injusto penal. Deslegitima-se a intervenção penal. "[...] *Solo la pena necessaria è giusta. La pena è per noi mezzo per raggiungere uno scopo.*"[41] Com a diferenciação do injusto no âmbito dos

[40] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo793.htm
[41] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 46.

crimes patrimoniais e com a delimitação da orientação do direito penal a um fim de proteção da vigência da norma, verificar-se-á que não se tem trabalhado com penas necessárias perante algumas condutas que afetam as normas penais no setor da criminalidade patirmonial, não confirmando-se enquanto penas justas.

Questiona-se: "[...] *vogliamo anche ammettere che le pene dei sistemi positivi siano state ponderate e stabilite como si deve l'una rispetto all'altra. Ma come determiniamo noi la gravita del reato? Vale dire la gravita relativa di questo reato nel totale sistema dei reati*?"[42] Estas observações são interessantes para se questionar a gravidade das condutas no âmbito dos crimes contra o patrimônio.

Dessa forma, Liszt demonstra que são duas as concepções encontradas: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira trata da gravidade da lesão interna ao bem jurídico e a segunda trata da atitude da vontade do autor. Na análise dos injustos penais no campo patrimonial, alguns cuidados precisam ser tomados. De forma anterior à análise acerca das finalidades da pena, dever-se-ia priorizar a compreesão da gravidade da conduta e do injusto em sua totalidade, em uma dimensão social; e não apenas em relação ao bem jurídico individualmente considerado. E no que se refere à atitude da vontade do autor, tem-se que compreender as motivações (interferências do contexto social) que formaram tal vontade.

A opinião de Lizst é: "[...] *mi si potrebbe ora a mala pena cotestare che l'attuazione di ambedue queste prospettive lascia molto a desiderare nel nostro diritto positivo*."[43] Liszt comenta sobre a inconsistência na prática judiciária, um problema que se verifica até mesmo na configuração atual do sistema penal, ou seja, o juiz no momento da aplicação concreta da pena "[...] *entro i limiti della stessa, deve dare attuazione ad ambedue questi princìpi, princìpi che hanno guidato il legislatore nella scelta dei limiti delle pene, ma se questi non sono chiariti, como avrà luogo la commisurazione*?"[44] Na configuração atual do sistema penal, percebe-se um problema maior em relação à operacionalidade da norma do que com esta considerada em si.

Liszt, nas indagações acerca das concepções trabalhadas em seu livro, pondera um questionamento que ainda é nitidamente relevante no contexto atual da dogmática penal. Ao analisar a adição do princípio subjetivo, indaga: "[...] *puniamo noi l'uomo per ciò che egli fa o per ciò che egli è? È azione oppure è l'autore l'oggetto del nostro giudizio?*"[45] No âmbito dos crimes patrimoniais, a análise da personalidade do agente, de seus antecedentes penais e

---

42 LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 43.
43 Ibid., p. 44.
44 Ibid.
45 Ibid.

da reincidência; critérios que, muitas vezes, no plano da interpretação da norma, dão margens ao juiz ou tribunal a não aplicar o princípio da insignificância, o que configura um verdadeiro direito penal do autor. A conduta e o resultado deixam de receber o foco do juízo, sendo que o autor ou a autora passam a ser o objetivo da análise para a concretização do princípio da insignificância.

No contexto de Liszt, frente às ideias do positivismo sociológico, a discussão residia na consideração da tipologia de delinquentes patrimoniais enquanto criminosos habituais. Por isso, algumas ponderações a este tema são relevantes. De acordo com Liszt, a mais severa punição, reservada ao delinquente habitual, não pode ser justificada somente perante a ideia de pena retributiva.[46] Assevera-se que a ressocialização, a intimidação e a neutralização são consequências dos efeitos imediatos da pena a qual é a força que tutela os bens jurídicos. Neste contexto, "[...] *il valore di un concreto sistema penale dipende dalla sicurezza e dalla uttilità com la quale esso rende possibile il raggiungimento di tutti e tre gli scopi della pena*."[47] Assim, esses três efeitos da pena referiam-se a três tipos diferentes de delinquentes, dentre os quais o que nos interessaria seria a categoria da delinquência habitual. Observa-se uma influência do positivismo criminológico na construção dogmática de Franz von Liszt.

A delinquência habitual seria como uma praga na sociedade. "[...] *la lotta contro la delinquenza abituale presuppone uma esatta conscenza della medesima*."[48] Considera a delinquência habitual como uma manifestação patológica da sociedade e reagrupa sob a denominação de proletariado: "[...] *manifestazioni patlogiche della società che noi siamo soliti raggruppare sotto la compreensiva denominazione di proletariato*."[49] Tem-se que:

> *Mendicanti e vagabondi, individui d'ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcoolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito – tutti costoro concorrono a formare l'esercito dei nemici capitali dell'ordine sociale, esercito il cui stato maggiore appare formato proprio dai delinquente abituali.*[50]

Os reincidentes se dividiriam em três categoriais. A primeira refere-se aos "irrecuperáveis". "*La società deve proteggersi contro gli irrecuperabili; e dal momento che noi non vogliamo né decapitare né impiccare, né possiamo usar ela deportazione, l'única*

---

[46] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.
Nesta análise, Liszt remonta à Kant, para o qual: "*La moralità intrínseca delle azioni ci rimane per questo del tutto oculta, che quella del nostro stesso comportamento. Le nostre responsabilità possono solo essere riportate al carattere, visto in forma empírica. Ma quanto in ciò sia da attribuirsi a vera efficacia della libertà, quanto invece alla pura e símplice natura ed all'incolpevole difetto del carattere, opure al fortunato modo di essere dello stesso, nessuno può dire; nussuno può, di conseguenza, giudicare secondo un principio di giustizia assoluta*." Ibid.

[47] Ibid., p. 54.

[48] Ibid.

[49] Ibid.

[50] Ibid.

possibilità che ci rimane è l'isolamento perpetuo, oppure a tempo indeterminato."[51] Complementa-se que "[...] *sarà compito della statistica criminale indicarci quali delitti vengano generalmente commessi in forma abituale; l'antropologia criminale sarà qui in grado di prestarle un considerevole aiuto*."[52] Observa-se, então, a ligação do Direito Penal com outras ciências consideradas enquanto "auxiliares", como a antropologia criminal e sua estatística criminal. Este discurso de Liszt é arriscado no contexto dos crimes patrimoniais, quando modernas tendências da dogmática penal afirmam que a pequena criminalidade patrimonial é massiva e habitual e, por isso, é merecedora de pena. Percebe-se que se recai em um discurso muito parecido com o de Liszt, o qual não teria cabimento diante dos atuais postulados sociais da Constituição Federal.

O próprio Liszt coloca nesta categoria de delinquentes irrecuperáveis, habituais, ou melhor, na categoria da criminalidade habitual, os crimes contra a propriedade. Liszt elenca os seguinges crimes: furto, receptação, extorsão, roubo, dentre outros.

> *Già sulla base dei risultati oggi acquisiti possiamo però, con una certa sicurezza, individuarei l grupo di questi reati. Si tratta, in primo luogo, dei delitti contro la proprietà ed il buon costume, di quei delitti cioè che trovano la loro origine negli istinti più violenti e primordiali dell'umana natura. Più precisamente, protemmo già qui elencare i seguenti delitti: furto, ricettazione, rapina, estorsione, trufa, incêndio doloso, danneggiamento doloso, violenza carnale e corruzione di minorenni*.[53]

Caberia, então, aos crimes contra a propriedade o efeito mais nefasto da pena, ou seja, a neutralização dos delinquentes irrecuperáveis. Defendia-se, até mesmo, o isolamento do réu por tempo indeterminado, o trabalho obrigatório e a maior exploração possível da força de trabalho. Percebe-se aqui a ideia de utilitarismo da pena, relembrando as ideias de Beccaria em sua obra que compita as concepções iluministas acerca da intervenção punitiva do Estado na liberdade individual.

Para aqueles indivíduos que se encontram no inicio da carreira criminosa encontrar-se-ia, ainda, a possibilidade de ressocialização: "[...] *alla prima ed alla seconda condanna per una delle azioni criminose che sopra abbiamo menzionate, il giudice dovrebbe ordinare l'internamento in uno stabilimento correzionale*."[54] Acrescenta-se "[...] *a tale pronuncia dovrebbe seguir ela sospensione dei diritti civili. La durata della pena non dovrebbe essere inferiore ad un anno, né superiore a cinque.*"[55]

---

[51] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962., p. 56.
[52] Ibid.
[53] Ibid..
La segregazione cellulare dovrebbe essere introdotta solo come sanzione disciplinare, unitamente alla segregazione al buio ed al rigorosíssimo digiuno. La liberazione rivestire un carattere eccezionale. Ibid.
[54] Ibid., p. 58.
[55] Ibid.

No que se refere aos deliquentes ocasionais, a ação delitiva representa apenas um episódio, influenciada pelo ambiente, e mínimo seria o perigo de uma repetição do mesmo. Nestes casos a pena deveria somente restabelecer a autoridade da lei violada: "[...] *essa devrebbe essere intimidazione, uma lesione per gli istinti egoistici del malfattore*."[56] Compreende-se todos os delitos mais ou menos graves, com excessão aqueles mencionados acima, ou seja, os crimes patrimoniais. Pertencem a delinquência ocasional todos aqueles delitos os quais a estatística criminal não demonstrou que são cometidos de forma habitual.

Em termos de conclusão do pensamento do autor, pode-se asseverar as contribuições acerca da ideia de que a forma e a medida da pena deve ser guiada pela ideia de fim. Mas já adiantamos que esta orientação não deveria ser referida apenas à pena, mas ao próprio injusto penal. A ideia de pena retributiva e a ideia de prevenção, para Liszt, não são contraditórias. Neste sentido, ele reconhece a pena como prevenção atuada por meio da repressão ou repressão por meio da prevenção. Acreditou que nem a melhor instituição educacional nem a melhor polícia seriam capazes de eliminar a delinquência. Portanto, somente o paralelo das disciplinas auxiliares com a ciência do direito penal é que se poderia alcançar uma luta vitoriosa contra a criminalidade.

> *Scienza, legislazione e pratica del diritto penale non hanno fino ad ora in alcun modo assolto i grandi compiti che nella vita concreta loro spettavano. Riconoscndo questo fato, già rimane segnata la via di una reforma struturale. Che la immancabile reforma del nostro códice penale e la indispensabile regolamentazione giuridica dell'esecuzione penale non abbiano a trovarci impreparati*.[57]

Postos os postulados básicos do pensamento de Franz von Liszt, essenciais para a compreensão da reação neokantiana e dos fundamentos do próprio funcionalismo racional-teleológico, além do apontamento de possíveis contribuições gerais à abertura do injusto penal à orientações aos fins; passar-se-á a realizar uma análise da Filosofia Neokantiana e sua importância na materialização do injusto penal. Ou melhor, na abertura valorativa conferida ao sistema jurírido-penal essencial à análise dos crimes patrimoniais no que se refere à compatibilidade da norma penal ao valor, atualizado, do patrimônio.

"[...] Il lavoro e l'istrutizione elementare dovrebbero essere impiegati come mezzi per il potenzioamento della forza di resistenza agli stimoli a delinquere. Le pene corporali como sanzioni disciplinare sarebbero da escludersi in via ssoluta [...]. Cinque anni dopo da carcerazione, la liberazione dovrebbe aver luogo in ogni caso; il liberato sarebbe però sottoposto per altri cinque anni alla sorveglianza della polizia. LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.

[56] Interessante é a defesa realizada por Liszt, no sentido de que o Estado deve conceber a estes indivíduos um ajuda financeira ao serem libertados, até mesmo para axiliá-los a encontrar uma ocupação lícita.

[57] "*Solo nel procedere parellelo di queste discipline (antropologia criminale, psiciologia criminale, statistica criminale) con la scienza del diritto penale risiede la possibità di uma frutuosa lotta contro la criminalità. In questa lotta, spetta alla mostra szienza la funzione di guida. Ma essa non deve e non può assumere nei confronti di quelle discipline um atteggiamento di distaccato desinteresse*." Ibid.

2.3 Filosofia Neokantiana de Gustav Radbruch

O Neokantismo apresenta uma de suas principais contribuições na contraposição realizada ao conceito positivista de ciência para o qual só se considera uma disciplina enquanto científica se esta se baseia nos métodos das ciências da natureza, ou seja, em pesquisas que assentem na observação, na experimentação e na recolha de fatos. Todavia, o Direito e as demais ciências do espírito (história da arte, filosofia, literatura, linguística) são incompatíveis com estes métodos. Assim, para a concepção neokantiana, deve-se restituir a consciência metodológica das ciências do espírito, e não se limitar ao conceito positivista de ciência o qual coloca a missão desta ao conhecimento da realidade por meio de experiências.

Questiona-se se com os métodos das ciências da natureza se consegue, verdadeiramente, compreender o conjunto da realidade.[58] E a resposta apresenta-se de forma negativa. Explica-se que as ciências da natureza, por utilizarem o método de *conceitualização generalizadora*, conseguem compreender apenas parte da realidade na qual se verifica uma simples repetição da mesma. Neste sentido aderido pela ciência natural, a realidade não é apreendida em sua totalidade, mas apenas a realidade que ao geral se reporta enquanto realidade empírica: o conhecimento consiste, nesta linha, em reproduzir parte da realidade, tal como ele é em si, independente do processo de conhecer.[59]

O Neokantismo vem contrapor este posicionamento das ciências naturais ao defender que o ponto de partida é o próprio processo de conhecimento, e não o objeto em si. Dessa forma, a ideia dominante do neokantismo é a de que o objeto do conhecimento é, antes de tudo, o resultado de um método de conhecimento em que estão ínsitas, como pressupostos, as estruturas do pensar.[60] Acrescenta Larenz que é exatamente por isso que as ciências da natureza não podem reproduzir o mundo como ele é em si, mas apenas conseguem empreender uma conformação da realidade. Para a Filosofia Neokantiana, a totalidade do mundo é irreproduzível.[61]

Esta impossibilidade de se compreender a totalidade da realidade também se aplica às ciências da cultura. Entretanto o Neokantismo realiza algumas diferenciações. Em primeiro lugar, cumpre destacar que as ciências da cultura também necessitam realizar uma escolha na massa de acontecimentos singulares que ocorrem na realidade, mas elas não colocam como

---

58 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 112.

59 Ibid., p. 113.

60 Ibid.
Pode-se entender, então, que no âmbito da ciência jurídica o objeto de conhecimento é a norma. Mas, para o Neokantismo, mais importante do que conhecer a norma em si, é compreender o processo de conhecimento da norma, ou seja, o método. O método passa a ser o ponto primordial da Filosofia Neokantiana. Destaca-se, também, a nítida herança do pensamento Kantiano no que se refere a preocupação do sujeito no processo de conhecimento.

61 Ibid.

objeto central a repetição uniforme desta realidade. Em suma, as ciências da cultura também consideram alguns pontos como essenciais e deixam outros pontos como não essenciais,[62] perante os diversos fenômenos da realidade.

Assim sendo, o que diferencia as ciências da cultura das ciências da natureza seria a maneira pela qual se escolhe os objetos que serão estudados dentro da totalidade da realidade. Ambas as ciências não conseguem reproduzir esta totalidade, mas a forma como realizam as investigações é distinta. Desse modo, aos estudiosos das ciências da cultura:

> [...] não importam tanto aqueles traços que no seu objeto são comuns ao maior número possível de objetos idênticos, quanto aqueles que o permitem reconhecer e o tornam significativo precisamente na sua individualidade, particularidade [...] a combinação dos elementos conceituais pode fazer-se de modo a que o complexo resultante de elementos gerais tenha no seu conjunto um conteúdo que só se encontra num único e particular objeto e que portanto represente aquilo em que esse objeto se distingue de todos os demais.[63]

Percebe-se que nesta primeira diferenciação entre as ciências naturais e as ciências da cultura reside a importância de se delimitar o processo de conhecimento, isto é, o método de pesquisa, além de se contrapor o conceito geral e abstrato do positivismo naturalista a um conceito individual e histórico, adotado pelo Neokantismo. Neste sentido, não importa aquilo que se repete em objetos comuns de conhecimento resultando em apenas uma generalização do objeto, mas sim o conjunto de elementos gerais que trazem um conteúdo único e individual que o distingue de todos os demais elementos da totalidade, priorizando-se a própria individualidade do objeto. Para a Filosofia Neokantiana, o conceito de individualidade histórica só pode ser construído por meio de referência a valores que aderem a fenômenos da cultura; esta compreendida enquanto tudo o que, pela sua referência a valores, ganha sentido e significado, e nestes termos, cada objeto cultural deve ser considerado na sua singularidade histórica.

Pois bem, cabe ressaltar, neste momento, quais são, então, os fenômenos essenciais que as ciências da cultura tendem a selecionar para as investigações, já que esta seleção não ocorre da mesma forma para com as ciências naturais.

A Filosofia Neokantiana afirma que para se definir quais são os fenômenos essenciais é preciso implementar juízos de valor sobre as escolhas. Analisa-se a relação de um determinado fenômeno ou de um objeto com um valor que o estudioso das ciências da cultura reputa como significativo. Para o Neokantismo, de qual valor se trate no caso é, *da*

---

62 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 114.
63 Ibid.

perspectiva metodológica, indiferente.[64] O que interessa é que o fenômeno selecionado para ser investigado seja relacionado a um valor considerado significativo não só pelo cientista social, inserido em um determinado contexto, mas também que essa significatividade dos valores seja reconhecida por toda a comunidade cultural na qual pertença o estudioso das ciências da cultura que selecionará o fenômeno a ser estudado. Segundo as explicações de Karl Larenz, "[...] o que importa é reconhecer que sem a pressuposição de valores que se sintam como significativos e que para nós sejam estimulantes, o interesse histórico não poderia pura e simplesmente surgir, tornando-se impossível a ciência da história."[65]

Dessa forma, pode-se compreender que o fenômeno social e histórico da criminalidade patrimonial deveria ser investigado de forma relacionada ao próprio valor que o patrimônio recebe e que seja significativo, não só para o cientista social, mas também por toda a comunidade cultural. Para isso, a afetação do valor do patrimônio deve se relacionar com a comunidade, e não apenas em um âmbito privado.

O cientista social deve referir os fenômenos a valores, ou seja, tem de os reconhecer como "[...] alguma coisa que pode ser objeto de uma valoração, que merece consideração do ponto de vista valorativo."[66] Karl Larenz bem aponta que Rickert (um dos grandes representantes da Escola Neokantiana) define esta construção de conceitos referida a valores como uma construção de conceitos teleológica.[67]

O Neokantismo, notadamente na percepção de Rickert, aponta a repartição lógica das ciências em dois níveis: 1. Ciências generalizadoras nas quais se inserem as ciências da natureza para as quais o objeto de conhecimento é livre de qualquer valoração e sentido. 2. Ciências individualizadoras nas quais se encontram as Ciências da cultura cujos objetos de conhecimento devem ser sempre referidos à valores e dotados de significação.

Ora bem, em quais destes níveis, então, a ciência do Direito estaria compreendida? Na perspectiva Neokantiana, o Direito insere-se no âmbito das ciências da cultura, ou seja, nas ciências individualizadoras as quais devem referir seus objetos à valorações e fins. Portanto, o Direito deve referir seu objeto – norma – a valores e fins. Todavia, o próprio Rickert[68]

---

64 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 115.

65 Ibid.
Larenz acrescenta a definição dos neokantianos de comunidade cultural como comunidade que vem a ser constituída através de vigência fática de valores. E cultura seria, no seu sentido mais amplo, tudo o que, pela sua referência a valores, ganha sentido e significação para o homem que reconhece esses valores como tais. Ibid., p. 116.

66 Ibid.

67 Ibid.
No que tange ao conceito de valor, cabe destacar que o Neokantismo "[...] vê este conceito como a priori teorético-cognitivo dessas ciências, sem dar uma resposta ao problema de saber o que é um valor." Ibid.

68 Ibid., p. 116.

acredita que há ciências da cultura que, em certa medida, se servem de uma conceitualização generalizante, o que seria o caso do Direito.

Em contraposição à visão de Rickert, apresenta-se a ideia de Binder o qual apesar de apresentar matrizes nitidamente hegelianas, tem uma fase intermediária, denominada Idealismo Objetivo a qual será explicada mais adiante. No momento, cumpre-se salientar que nesta fase intermediária há considerações neokantianas em suas posições, dentre as quais se pode apontar que para Binder a ciência do Direito deve ser colocada no âmbito das ciências individualizadoras pois, a despeito de utilizar conceitos gerais os emprega apenas como conceitos operatórios para se chegar ao conhecimento do individual em um dado histórico.

Emil Lask, em sua *Teoria Social do Direito*, também considera a ciência do Direito enquanto ciência da cultura. Nesta perspectiva, a ciência do Direito seria um ramo das ciências empíricas da cultura: relaciona-se com "[...] fenômenos ou relações que se salientam, da massa dos acontecimentos, pela sua significatividade em ordem a determinados valores culturais."[69]

Estas considerações de ordem geral sobre a Filosofia Neokantiana refletem-se na dogmática jurídica e em sua tentativa de organizar, de forma sistemática, "[...] o conteúdo das normas que são reconhecidas como Direito com base em um juízo teotético-social."[70] O conteúdo das normas resultaria, então, da referência destas normas à valores e fins que são reconhecidos socialmente. Neste sentido, a construção jurídica de conceito apresenta uma metodologia teleológica: "[...] a ciência do Direito não se depara apenas com seu objeto e simplesmente o analisa, mas tem primeiro de o obter – a partir da lei, costumes e sentenças - por meio de um trabalho que é parcialmente criador."[71]

Ao se considerar o Direito enquanto uma ciência da cultura pode-se afirmar que o Neokantismo o define enquanto uma realidade referida a valores, e que todos os seus conceitos e institutos também devem ser elaborados com esta referência a valores e fins. Passar-se-á, portanto, a analisar de forma detalhada a definição do Direito estabelecida pela Filosofia Neokantiana e a adoção por parte desta do dualismo metodológico e do relativismo axiológico, para se compreender, em momento oportuno, os reflexos destas considerações na formulação da teoria do funcionalismo teleológico-racional e as contribuições ao estudo dos crimes patrimoniais.

---

69 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 117.
Larenz acrescenta, ainda, que a partir da construção teórica de Emil Lask o Direito pode ser entendido ou como um fator cultural real ou como um complexo de significações desligados daqueles acontecimentos. Ibid.

70 Ibid..

71 Ibid.

2.3.1 Dualismo Meotodológico e Relativismo

Não se consegue compreender a Filosofia Neokantiana sem uma análise sobre seu próprio método. Neste sentido, passar-se-á a analisar os pilares do Neokantismo, na perspectiva de Gustav Radbruch, para entender as consequências à ciência do Direito Penal. No que se refere a importância dada pelo Neokantismo ao sujeito no processo de conhecimento, Radbruch, em sua obra *Filosofia do Direito*, afirma que "[...] vivenciamos homens e coisas providas de *valor* e de *desvalor*, mas sem a menor consciência de que um e outro advêm de nós, os observadores, e não propriamente dos homens e das coisas."[72]

Gustav Radbruch explica quatro atitudes metodológicas, quais sejam: 1. Atitude cega aos valores: abrange as ciências da natureza para as quais os dados são alheios a qualquer valoração. 2. Atitude Valorativa: a qual se relaciona com o reino dos valores. Radbruch aponta que a atitude valorativa, executada de modo sistemático, caracteriza a filosofia dos valores em seus três ramos: a lógica, a ética e a estética. 3. Atitude que se refere a valores: as ciências da cultura estão representadas por esta atitude metodológica para a qual a ciência é um dado que possui o significado e o sentido de servir à verdade;[73] 4. Atitude que supera o valor: encontra-se a atitude religiosa. Neste sentido, a religião significaria "[...] a subjugação do desvalor e ao mesmo tempo a subjugação do valor, que só pode ser pensado como o seu contrário: valor e desvalor entram de imediado em vigor, e com isso, tornam-se indiferentes."[74] A partir desta oposição entre valor e desvalor, na atitude que supera valores, anula-se a oposição entre valor e realidade. Desse modo, a religião como subjugação da oposição entre valor e desvalor pressupõe, exatamente por isso, esse antagonismo: "[...] a religião é a afirmação de todo o existente, apesar de tudo."[75]

No âmbito da atitude metodológica que se refere a valores apresenta-se a atitude que mais nos importa em relação ao Direito. Perante esta tem-se a explicação do que seria cultura. No pensamento de Radbruch,[76] a cultura nunca pode ser pensada sem vínculo com o valor: a

---

72 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 5
Fernando A. Fernandes evidencia a herança do pensamento kantiano nesta colocação do sujeito no processo de conhecimento. Prof. Fernando A. Fernandes: Exposição oral: aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (20.05.2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

73 RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 7.

74 Ibid., p. 8.

75 Ibid., p. 9.

76 Complementa-se: "[...] a cultura, tal como descrita pelos historiadores, não é de modo algum puro valor, mas antes uma mescla de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas que em todas as suas manifestações, seja como inibição ou exigência de valor, seja como falta ou realização de valor, nunca pode ser pensada sem vínculo com o valor: a cultura não é pois realização de valor, mas o dado que tem a significação, o sentido de realizar valores, ou, segundo palavras de Stammler, a aspiração pelo justo [...] a atitude que se refere a valores é a atitude metodológica das ciências da cultura." Ibid.

cultura seria um dado que tem significação e sentido de realizar valores. É neste âmbito metodológico que a ciência do Direito estaria inserida na concepção do Neokantismo.

Gustav Radbruch evidencia que a soma das quatro atitudes metodológicas resulta na forma quádrupla de um dado, isto é, a atitude cega a valores representaria a forma do ser, a atitude valorativa o valor, a atitude que se refere a valores o sentido e a atitude que supera o valor a aparência. Tendo-se, assim, a forma completa de um dado.

Radbruch define o Direito como sendo uma obra humana e, como tal, só pode ser compreendido a partir da sua ideia. Nesta linha metodológica, deve-se definir o Direito com relação ao seu fim último. Por isso, o Direito não pode ser incluído no campo de uma consideração cega para fins, ou seja, cega para o valor de uma obra humana.[77] Do mesmo modo, é impossível uma consideração cega para o valor do Direito ou de qualquer manifestação jurídica isolada.[78]

Dessa forma, para a Filosofia Kantiana, diante dos posicionamentos de Radbruch, o Direito só pode ser compreendido por meio de uma atitude metodológica de referência à valores. O Direito é considerado enquanto uma manifestação cultural, isto é, um fato que deve ser relacionado a um valor. Na concepção de Radbruch, o conceito do Direito não pode ser "[...] determinado de modo diferente do que o dado, cujo sentido é o de tornar real a ideia do direito. O Direito pode ser injusto mas só é direito por ter o sentido de ser justo."[79]

Embora o Direito se inserir na atitude metodológica de referência a valores, a própria Ideia do Direito, a qual é o valor último que o Direito deve se referir, encontra-se no plano da consideração valorativa. Assim, tem-se o Direito como fato cultural sendo a essência da ciência jurídica; e como valor cultural, caracterizando a Filosofia do Direito. No que se refere a esta última, como consideração valorativa do Direito, Radbruch estabelece os principais traços do método desta atitude, quais sejam: o Dualismo e o Relativismo. Passar-se-á explicá-los.

O Neokantismo se posicionou de forma crítica às concepções do positivismo, do historicismo e do evolucionismo. A Filosofia Neokantiana acreditava na impossibilidade de se compreender o justo, o que deve ser a partir do que é. Desse modo, algo não é justo somente porque é, ou foi, ou será. Por isso da recusa aos postulados do positivismo, do historicismo e do evolucionismo os quais partem de concepções metodológicas que deduzem o dever ser a

---

77 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.10.

78 Ibid.
Acrescenta-se que: Uma ciência natural do delito, como objetivava a antropologia criminal, somente é possível se previamente se tivesse substituído o conceito de delito relacionado com o valor jurídico por um conceito criminal natural. Seria o milagre dos milagres. Ibid., p. 11.

79 Ibid.

partir do que é, do que foi ou daquilo que será. Radbruch explica que "[...] a consideração do valor e a consideração do ser encontram-se lado a lado como círculos fechados e independentes."[80] Essa é a essência do dualismo metodológico: a separação entre valor e realidade, entre o dever ser e o ser.

Apesar da separação entre valor e realidade, até certo ponto, tem razão a perspectiva neokantiana. Se nós analisarmos a realidade, a operacionalidade, dos crimes patrimoniais, não se pode falar a partir desta prática que a norma penal encontra-se referida à justiça. Ora, quando os tribunais não reconhecem os princípios político-criminais, o princípio da insignificância, os critérios de merecimento e necessidade de pena, a materializaçãodo injusto em torno de uma danosidade social, não se pode falar que se tem uma aplicação justa da norma penal. No plano da norma, muitas vezes, não se verifica uma 'injustiça', mas esta se encontra, corriqueiramente, na operacionalidade da norma, notadamente no sistema de direitos e garantias do condenado. Se partirmos do ser para definir o dever ser da norma não seria possível, realmente, compreender a ideia de Justiça que orienta a sua construção.

Todavia, o que deveria ser feito é ultrapassar esta separação entre a construção da norma penal referida à Justiça sem que esta se efetive ou alcance o âmbito da operacionalidade. Pois, até mesmo o Neokantismo como ficará demonstrado a seguir, aponta que a interpretação e aplicação das normas penais também devem se referir aos valores e aos fins da norma penal. O dualismo metodológico deve ser ponderado, nesta pesquisa, apenas pelo fato de que a separação absoluta entre valor e realidade pode prejudiciar a uma concreta aplicação da norma, no sentido de não se observar a realidade material e sociológica na qual a norma se insere. A separação radical entre ser e dever ser pode ser problemática no campo dos crimes contra o patrimônio, além de que a utilização de conceitos não concretos também pode afastar a estruturação da norma penal de seu sentido ou ideia que a orienta.

Em continuação na análise do método neokantiano, tem-se que o conhecimento metodológico deveria derivar as proposições do dever ser somente a partir de outras proposições do dever ser. Para o Neokantismo, jamais se pode admitir que uma proposição do dever ser seja fundamentada, indutivamente, em fatos do ser. Gustav Radbruch salienta que essa impossibilidade de se derivar o valor a partir da realidade, o que caracteriza uma relação lógica, não afirma que o dualismo metodológico negue as influências que as valorações e os

[80] Gustav Radbruch aponta a crítica em relação à pretensão, no âmbito da ciência do Direito, de se a regulação justa a partir da natureza das coisas por meio da relação de determinabilidade material da idéia. Em duplo sentido: 1. Ideia é determinada pela matéria; 2. Ideia é determinada para a matéria. No que tange à ideia do Direito, a determinabilidade material das ideias foi esclarecida por Huber (teoria das realidades da legislação) e por François Gény (teoria do dado). Radbruch crítica a determinabilidade material das ideias no sentido de que essa visão da ideia na matéria que ela está destinada a formar é um feliz acaso da intuição e não um método do conhecimento. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 13-14.

juízos recebem dos fatos do ser, isto é, do contexto social no qual estão inseridos. O que o dualismo metodológico defende é que esta relação lógica entre ser e valor não pode se fundamentar nos fatos do ser. Portanto, as proposições de dever ser só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições de dever ser.

Apresenta-se três funções da ciência no âmbito do dever ser: 1. Contemplar os meios a partir do fim estaria no âmbito da política do Direito. Contemplar o fim a partir dos meios exige que se conscientize plenamente do alcance do fim mediante a indicação dos meios indispensáveis e, também, dos efeitos inevitáveis.[81] A consideração dos meios com o objetivo de esclarecer o fim jurídico cabe à Filosofia do Direito. 2. Nesta percepção, a tarefa da Filosofia do Direito não seria apenas exercer um juízo de valor, mas também refletir sobre este juízo valorativo. Desse modo, o filósofo do Direito desenvolve o sistema de valor a partir de uma valoração jurídica.[82] 3. Ao emitir juízos de valor deve-se ter consciência de que aderir a um determinado fim de dever jurídico leva não apenas "[...] aos meios necessários que lhe são vinculados com necessidade causal, mas também à valorações gerais que lhe são unidas com a necessidade lógica."[83] Neste sentido, afirma-se que é preciso atingir o pleno conhecimento do alcance do fim pretendido.

Com estas considerações pode-se compreender alguns aspectos do método do relativismo adotado pelo Neokantismo. Por meio deste método, procura-se desenvolver, de forma sistemática, todos os pressupostos possíveis para a valoração jurídica. Radbruch explica que a apresentação de todos os sistemas de valores jurídicos, em seus contrastes e parentescos, dentro dos limites de uma tópica de todas as concepções possíveis de Direito, tem como fim apresentar não o sistema da Filosofia do Direito, mas sim toda a sistemática integral dos seus sistemas possíveis.[84]

Pode-se afirmar, então, que para o relativismo não interessa somente verificar as valorações jurídicas existentes, mas o que mais importa é a pesquisa do sentido subjetivo e objetivo. Assim, Radbruch afirma que o que pensamos ao emitir juízos de valor é apenas o ponto de partida, deve-se pensar com sequência lógica e causal.[85] Desse modo, o que se pretende com o relativismo é esclarecer os pensamentos com fins jurídicos.

Compreende-se que a Filosofia do Direito de cunho relativista não tem a tarefa de determinar a um indivíduo a escolha entre as várias concepções jurídicas que são apresentadas

---

81 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 18.
82 Ou seja, deriva uma proposição do dever ser a partir de outra proposição do dever ser.
83 Ibid.
84 Ibid
85 Ibid.

e que se mostram contraditórias. O relativismo[86] permite somente apresentar estas várias concepções, exaustivamente, sem, no entanto, defender uma posição. Este é o método relativista com sua tarefa de analisar as relações que ocorrem entre um juízo de valor com o outro, em uma determinada concepção de mundo e de valor, sem determinar qual desses juízos ou concepções de valor deve prevalecer por ser verdadeiro. No mesmo sentido de Radbruch, pode-se entender que a Filosofia do Direito fundada no dualismo metodológico e no relativismo é resultado da evolução filosófico-jurídica.

Radbruch desenvolve severas críticas em relação à Escola Histórica e à concepção materialista da histórica, mas o ponto crucial de suas críticas reside na concepção positivista. O Positivismo Jurídico, segundo Radbruch, não procura na realidade jurídica a valoração do Direito e considera como anticientífica toda consideração valorativa deste, limitando-se à investigação empírica.[87] O positivismo jurídico se restringe somente à investigar conceitos gerais que são comuns a toda a ordem jurídica. Assim sendo, o Neokantismo separa, completamente, a consideração valorativa do Direito da investigação da realidade jurídica, por meio do dualismo metodológico.

Há uma contraposição também de Radbruch no que se refere aos apontamentos de Stammler o qual apresenta uma divisão entre Direito e a Ideia de Direito. Pois bem, Radbruch combate, firmemente, esta concepção de Stlammler. Defende que:

> Já vimos que nenhuma obra humana pode ser concebida sem relação com uma ideia. O conceito de direito só pode ser determinado como a realidade que procura alcançar a ideia de direito. Sob essa concepção do conceito de direito encontra-se, porém, a ideia fundamental de que, em oposição à Stammler, não basta a mera

---

[86] Acrescenta Radbruch que o relativismo significa renúncia à fundamentação científica das atitudes últimas, e não renúncia à própria tomada de posição. O relativismo é pois capaz de variada fundamentação filosófica. Aponta-se, ainda, a concepção de Nathan sobre o relativismo: O relativismo pode abdicar a uma atitude singular entre valorações conflitantes, pois, na medida em que as representa, considera-as todas, isto é, cada uma delas em igualdade de direitos em seu caráter de dever exclusivo. Radbruch traz, também, a concepção de Goethe: a diversidade nos homens se funda nos diferentes modos de pensar, e exatamente por isso é impossível uma mesma convicção geral e uniforme. Não há razão pura e ciência absoluta: há razão, ciência, verdade válidas para a nossa raça, o nosso povo, a nossa situação, nossa tarefa histórica. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 22-25.

[87] Ibid., p. 35.
Radbruch evidencia que Ihering, na *Teoria Geral do Direito*, já consegue superar os postulados da Escola Histórica, e evidencia a relação do direito com o espirito do povo. Ihering asseverou a vontade consciente de um fim como suporte da evolução jurídica: "[...] o fim é o criador de todo o direito (O fim no direito) e na luta deves encontrar o teu direito (A luta pelo direito)." Ibid.
Todavia, Radbruch apresenta algumas críticas ao pensamento de Jhering: "[...] O fim, definido por ele de modo suficientemente característico como o criador do direito, não é a ideia superempírica que, talvez ineficaz na efetividade da evolução jurídica, constitui a medida para o seu juízo, porém o fato empírico de imposição de um determinado fim humano, portanto, não uma oposição, mas uma subespécie da causa original, a causa final. Não superando o monismo metodológico. Reconhece apenas um modo de consideração científica: o causal, a consideração por ele entendida como teleológica não é senão a consideração causal em sua aplicação em especial à causalidade do trabalho humano." Ibid.
Desse modo, se Ihering tivesse verificado que não se pode ser mero observador mas também ator da evolução jurídica na escolha de fins, a própria exigência do fim e a confrontação da realidade do Direito com uma medida normativa do Direito, já teria base suficiente para perceber o dualismo entre consideração valorativa do Direito e consideração da realidade jurídica. Neste sentido, resta demonstrado que Radbruch, grande representante do Neokantismo, critica as várias concepções que se baseiam em um monismo metodológico, não distinguindo valor e realidade.

> antítese entre ser e dever ser, entre realidade e valor, mas que na antítese entre julgamento de realidade e juízo de valor é necessário considerar a relação de valor, que entre natureza e ideal pretende reservar o seu lugar à cultura: a ideia de direito é um valor, mas o direito é uma realidade referida à valores, um fenômeno cultural.[88]

O conceito de Direito é estabelecido como um conceito cultural, ou seja, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores.[89] Então, o Direito é uma realidade que deve servir ao valor Ideia do Direito. Esta Ideia do Direito representa a Justiça. Portanto, o Direito é a realidade cujo sentido é servir a Justiça.[90]

Radbruch trabalha com o valor Justiça em seu sentido de igualdade. Para isso, analisa-se tanto a igualdade absoluta a qual resulta na justiça igualitária como a igualdade relativa que resulta na justiça distributiva. Esta última acaba por se relacionar com o tratamento diferente dado às diversas pessoas. A justiça igualitária é a base do Direito Privado o qual precisa pressupor uma situação de igualdade de direito entre os sujeitos (remetemos o leitor às análises críticas realizadas no primeiro capítulo acerca da forma jurídica de sujeito de direito), já a justiça distributiva relaciona-se com o Direito Público; como, por exemplo, nos casos de tributação em conformidade com a produtividade ou no caso do Direito Penal em que a pena é medida de acordo com a culpa do agente. Afirma-se que a própria justiça igualitária pressupõe um ato de justiça distributiva a qual determina os participantes com a mesma equiparação. Portanto, para Radbruch, a justiça distributiva é a forma originária de Justiça e é nesta concepção que o conceito de Direito deve procurar sua orientação. Nesta mesma linha, acredita-se que a igualdade absoluta é uma pura abstração. A justiça distributiva não consegue determinar qual tratamento diferenciado deve ser dado às pessoas, mas somente deduzir a relação. Por exemplo, pode-se deduzir que a condenação de um furto simples deve ser distinta da condenação de um latrocínio, mas não se consegue selecionar qual é a pena merecida por cada caso.

Por isso, o valor Justiça precisa de princípios e preceitos jurídicos que o complemente. Assim, "[...] a Justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do Direito que nos dá a pauta para a sua determinação conceptual: o Direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça."[91]

---

88 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 41.

89 Ibid., p. 47.

90 No pensamento de Liszt, exposto em tópico anterior, a Justiça significa bem pouco, pois depende totalmente do sistema de pena que está a se trabalhar. Não tem como não concordar com Lizst na seguinte passagem: "[...] *datemi il sistema penale ed io vi darò la Giustizia* (Dá-me o sistema penal que eu vos darei a Justiça). *Ma donde il sistema delle pene si debba trarre, questa Giustizia non è in grado di dirci*."[90] LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 43.

91 Ibid., p. 51.

A essência da Justiça está na estruturação das relações entre os indivíduos no sentido de igualdade. A regulação jurídica acaba por seguir o mesmo caminho e encontrar sua essência também nas relações sociais. A regulação jurídica apresenta natureza positiva, normativa, social e geral, pois no seio das relações sociais é pressionada para ter um caráter geral e reivindicar a generalidade.[92]

Os preceitos jurídicos (envolvendo as situações de fato e as consequências jurídicas) também são construídos com referência ao valor Justiça. O caráter normativo do Direito representa a possibilidade de se poder atuar de acordo ou contra ele (juridicidade e antijuridicidade). O conteúdo do Direito está na fundação das relações jurídicas, nos direitos e deveres subjetivos os quais não podem ser pensados sem se ter a configuração da forma jurídica de sujeito de direito e os objetos que receberão o tratamento jurídico – objeto do Direito. Assim, não só o Direito, mas todas as suas construções e conceitualizações devem estar referidos a valores, à Ideia do Direito, e em última instância, ao valor Justiça.

No Direito Penal, em específico, pode-se compreender que todas as categorias e elementos do delito devem ser construídos com referência à Ideia do Direito, notadamente no que se refere ao injusto penal. Verificar-se-á, adiante, que o funcionalismo racional-teleológico fixa, exatamente, esta construção mas delimita estes valores na refência dos fins político-criminais, na moltura de um Estado Democrático de Direito, orientados ao valor último da dignidade humana.

Realizada as explicações gerais acerca dos métodos neokantianos, projetar-se-á tal concepção aos conceitos jurídicos que mais interessam ao objetivo, específico, desta pesquisa. O primeiro conceito a ser explicado, diante do viés neokantiano, é o conceito de pessoa. O segundo conceito a ser tratado é o conceito de propriedade, objeto deste trabalho.

No que tange ao conceito de pessoa este é considerado como uma categoria reflexiva da ordem jurídica, necessária e com valor universal, não fundada na experiência jurídica nem limitada por ela: o sujeito de direito é um ser que um determinado direito historicamente dado considera como um fim em si.[93] O conceito de pessoa seria, então, um conceito de igualdade. Apresenta-se as considerações do individualismo acerca do conceito de pessoa. O individualismo por considerar o indivíduo como um fim em si da ordem jurídica, acaba por ofuscar sua individualidade concreta resultando em um conceito de liberdade sem individualidade perante a qual se constitui a igualdade das pessoas. Em contraposição a este conceito de pessoa, tem-se o conceito jurídico-social o qual considera o ser concreto e

---

92 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 53.
93 Ibid., p. 189.

socializado, expressado por situações como a de patrão, trabalhador, proprietário, não proprietário.

Explica-se que o conceito de pessoa permanece, mesmo nesta acepção, como um conceito de igualdade na medida em que se equiparam, por exemplo, o proprietário e o não proprietário. O Direito Privado precisa deste conceito de igualdade, pois se insere no âmbito da justiça igualitária a qual trabalha com sujeitos que se deparam com as relações de troca e para tanto necessitam da equiparação jurídica de igualdade. Dessa forma, se não houver o conceito de pessoa enquanto um conceito de igualdade por detrás das relações entre, por exemplo, proprietário e não proprietário, entre empregador e funcionário, a própria consideração de Justiça seria abalada, atingindo-se o Direito como um todo.

Desse modo, Radbruch salienta que a artificialidade do sujeito de Direito no que se refere ao sujeito real relaciona-se com o fato de que a igualdade jurídica não é inerente ao ser humano, mas lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.[94] Assim sendo, ninguém seria pessoa por natureza, mas ser pessoa seria um resultado de um ato de personificação da ordem jurídica: todas as pessoas seriam criações da ordem jurídica.[95]

Nesta perspectiva, ser pessoa significa ser um fim em si sob o ponto de vista do ordenamento jurídico. O sujeito é considerado pelo Direito como um fim em si, estabelecendo-se a relação entre ser e fim. O mesmo se aplica às concepções de pessoa jurídica. Percebe-se, portanto, que o conceito de pessoa trabalhado pelo Neokantismo, na concepção de Radbruch, é estritamente jurídico. Não se pode estudar estas concepções sem o contato com as críticas de ordem sociológica, as quais foram demonstradas no primeiro capítulo deste trabalho, que recaem sobre os conceitos de pessoa e sujeito de direito em face da igualdade formal. No que interessa a este trabalho, não se pode ocultar as reais desigualdades entre proprietários e não proprietários por meio de conceitos abstratos de Justiça e igualdade advindos do Direito.

Em relação ao conceito de propriedade, Radbruch apresenta a concepção de que a propriedade é a regulação entre os homens e destes com as coisas. A propriedade seria um conceito jurídico indispensável a qualquer consideração jurídica. É um conceito autêntico pois concebe o conteúdo das normas jurídicas. A propriedade seria, assim, uma instituição jurídica com todas as suas condições prévias e consequências jurídicas.

---

94 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 191.
95 Ibid.

Tem-se que a propriedade é uma categoria do pensamento jurídico não fundada na experiência jurídica, mas anterior a toda experiência do Direito.[96] Assim, a propriedade é um direito subjetivo do titular a uma coisa, sem limitá-la a um determinado modo de relação social. Na relação de propriedade, aquele que ocupa o papel de proprietário tem a autorização de exercer diversos modos de relação com a coisa. Em suma, em uma perspectiva *neokantiana,* a propriedade é uma categoria jurídica apriorística.[97]

Radbruch analisa a realidade na qual a produção se processa em fábricas e latifúndios com meios de produção alheios e por meio da divisão do trabalho o que conduz a consequências sociais.[98] Avalia-se o contexto de um mundo econômico de fábricas, casas bancárias e latifúndios. Nesta realidade, as coisas não são apreciadas por si mesmas, mas são transformadas em mercadorias, as quais só são consideradas segundo o seu valor. Salienta-se, ainda, que não são nem criadas para "[...] possuí-las por muito tempo, mas para desprender-se delas o mais rápido possível e realizá-las economicamente mediante sua transformação em dinheiro."[99] A propriedade transforma-se num todo, no qual cada objeto individual, pela sua inclusão na série de objetos afins, ganha em valor econômico. Apresenta-se, assim, "[...] uma nova unidade que é muito mais valiosa que a soma de suas partes; pela própria existência a propriedade torna-se produtiva."[100]

São relevantes estas considerações acerca do conceito de propriedade neokantiano no que se refere à distinção entre patrimônio e propriedade. A propriedade acentua-se o ser próprio (a afinidade qualitativa da coisa com o seu proprietário) para conceber-se diante do conteúdo das coisas como patrimônio, somente em seu valor de dinheiro, unicamente como poder quantitativo no mercado de bens.[101]

Afirma-se, neste sentido, que a propriedade corrompe o patrimônio: "[...] este equivale a todo valor em dinheiro e, particularmente, ao dinheiro mesmo."[102] Todavia, o dinheiro já não é mais "[...] propriamente uma coisa, porém uma reivindicação de coisas, e desse modo, no atual estado econômico, coisas, dinheiro, direitos ao crédito, juntam-se numa nova unidade conceitual, que cruza com a velha unidade de conceito de propriedade."[103] Percebe-se, portanto, a função variável que o conceito de propriedade assumiu na ordem econômica. Assevera-se que a propriedade perdeu o caráter de uma relação emocional para converter-se

---

96 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 196.
97 Ibid.
98 Ibid., p. 198.
99 Ibid., p. 203.
100 Ibid., p. 200.
101 Ibid., p. 203.
102 Ibid.
103 Ibid.

simplesmente em uma relação de fim. Esta valoração deveria adentrar na análise do injusto penal perante a conduta que afeta a propriedade e o patrimônio.

Ressalta-se o pensamento para o qual se precisa colocar ao lado do direito de propriedade o direito à propriedade.[104] Perante as relações de propriedade, Radbcruh explica como não é possível exigir um comportamento daquele que fora excluído do direito à propriedade a simplesmente não interferir na propriedade alheia. Dessa forma, as normas penais, no âmbito dos crimes patrimoniais, deve compreender esta sistemática social descrita abaixo por Radbcruh:

> O desprovido de propriedade não tem interesse em aderir a um contrato com o qual se comprometeria simplesmente a respeitar a propriedade alheia, sem obter a pretensão ao respeito dos seus próprios bens; portanto, não pode ser imaginado como parte desse contrato. Por isso é que aquele contrato de propriedade não estabelece compromisso para o desprovido de propriedade. **Cada qual somente possui sua propriedade sob a condição de que todos possam igualmente viver da sua. A partir do momento em que alguém se encontra na miséria, deixa de pertencer a cada um a parte de sua propriedade, que é imprescindível para libertar o necessitado de sua miséria. Mesmo quando apenas um único indivíduo seja excluído da propriedade, esta perde sua razão de ser na sociedade.**[105]

Pois bem, compreende-se que na medida em que a coisa se converte em mercadoria, no âmbito de uma Economia de livre mercado, tem-se a relação da própria coisa com os outros e da coisa alheia com os outros. A Economia de livre mercado, portanto, acabou por conduzir a divisão da sociedade entre proprietários/não proprietários e ao surgimento de uma classe que não possui mais interesse no reconhecimento do direito de propriedade,[106] por ser ela mesma excluída deste direito.

Para lidar com este problema as teorias sociais de propriedade apontaram para a necessidade de se defender uma função social da propriedade que não está totalmente separada da individual, mas que deve ser levada em conta e assegurada.[107] Assim, Radbruch explica que a função individual do direito de propriedade pertence ao direito natural e a função social, à qual se subordina o uso da propriedade, pertence à Ética. Apresenta-se um dever ético-social do proprietário que se torna objeto de legislação positiva a qual regula o uso da propriedade para fins sociais e a expropriação por causas também sociais. A propriedade

---

[104] É o que propõe Fichte, não como negação socialista da propriedade privada, mas como afirmação democrática da propriedade privada. Essa exclui um do prazer de uma coisa, que a outro outorga. Do ponto de vista da igualdade democrática somente se justifica na medida em que aquele gozo seja universal e a exclusão recíproca. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

[105] Ibid., p. 205. (Grifo nosso)
Soma-se ainda que a ficção filosófico-jurídica do contrato dos proprietários oculta-se um fato sociológico: de que, na realidade, a ordem econômica fundada na propriedade privada só era calculada e funcionava sem problemas num estado social no qual inúmeros pequenos proprietários defrontavam-se em igualdade aproximativa. Ibid.

[106] Ibid.

[107] Ibid., p. 206.

passa a ter um conteúdo limitado pelo próprio Direito. Em uma unidade somam-se os deveres sociais e os deveres jurídicos, construindo-se barreiras ao direito de propriedade absoluto e ilimitado defendido pelo Direito Natural. Ressalta-se que

> A propriedade privada aparece hoje como um espaço da iniciativa privada, confiado ao indivíduo pela comunidade, na expectativa de um uso pessoal e que pode ser retirado toda vez que essa não se cumpra, quer dizer, um direito limitado e condicionado, não mais um direito sagrado e inviolável, ilimitado e por si mesmo justificado.[108]

Radbruch estabelece os limites da ciência do Direito e da filosofia do Direito perante a função social da propriedade. Para ele compreender até que ponto a função social da propriedade privada é compatível com a sua função individualista e em que medida os descumprimentos dos deveres jurídicos e sociais diante do direito de propriedade podem encaminhar a perda deste direito são problemas da "[...] ciência de fatos da Economia, e não da ciência de valores da filosofia do Direito; problemas não do fim, mas da possibilidade de alcance a resposta não pertence à nossa profissão."[109]

Neste ponto reside um grande problema do neokantismo e da utilização do dualismo metodológico. A separação entre valor e realidade, de forma absoluta, pode causar um estranhamento da própria realidade pelo Direito. Ora bem, o Direito não pode ignorar o que está por detrás da função social de propriedade, ou seja, a realidade desigual descrita no primeiro capítulo deste trabalho. Caso a ciência jurídica em suas valorações não considere as condições reais e concretas para a aplicabilidade de suas normas, estas mesmas perdem sua função de ser.

2.4 Neokantismo na Dogmática Penal: As possíveis contribuições à materialização do injusto penal

O patrimônio é um conceito jurídico valorado. Por assim o ser não se pode ter como referência apenas o bem jurídico em si (no caso, patrimônio), mas a lesividade que este pode sofrer, notadamente em sua dimensão social, e não meramente individual. Dessa forma, torna-se limitada a concepção de bem jurídico enquanto uma referência de valor para se analisar o conteúdo material do injusto no campo patrimonial.[110] A noção de bem jurídico não pode estar distante da afetação de sua função, ou melhor, da lesividade encontrada. Quando se comenta sobre os crimes patrimoniais, tem-se que especificar de qual injusto estar a se falar e

---

[108] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 208.
[109] Ibid.
[110] Prof. Fernando A. Fernandes em aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (04.06.2015), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

a referência apenas ao bem jurídico patrimônio, como equiparação de todos os injustos que formam o bloco dos crimes patrimoniais, parece um tanto quanto limitada. Entretanto, com respeito ao método dialético, tratar-se-á das concepções acerca do bem jurídico patrimônio para contrapô-las à melhor opção que será desenvolvida no terceiro, e último, capítulo deste trabalho. Passar-se-á a estudar as contribuições de Gustav Radbruc, Mezger e Sauer no que se refere, principalmente, a abertura do sistema jurídico-penal a valores e à materialização das categorias e elementos do delito.

2.4.1 Contribuições de Gustav Radbruch

Na perspectiva de Radbruch, a Teoria do Direito Penal gira em torno dos fundamentos e finalidades da pena. Em um contexto em que o Estado não era fundado na vontade popular, apresentando-se como o Outro, a justificação da pena reside no próprio consentimento pelo delinquente ou em seu merecimento, com destaque às teorias retributivas. Exemplifica-se com a teoria da aquiescência para a qual o agente quando pratica uma conduta delitiva já se submete previamente à pena e por ser racional deve haver uma aceitação lógica das consequências de seu ato.

> O ladrão pretende fundar sua propriedade na lesão à propriedade alheia; portanto, afirma como fundamental a necessidade de proteção do bem jurídico que lesa, e, por conseguinte, tem de estar igualmente de acordo com a pena imposta ao seu delito para a proteção desse bem jurídico, ou seja, há de sancionar a sua própria pena.[111]

Em um outro contexto no qual o Estado já se apresenta enquanto Estado popular, ou seja, fundado na vontade popular a justificação da pena aparece como necessária à própria conservação do Estado. Tem-se, então, as teorias dos fins da pena para as quais a necessidade desta refere-se à manutenção do Estado, da sociedade, ou da ordem jurídica.

Radbruch evidencia a necessidade de se construir a ideia da pena a partir da ideia do Direito e suas ramificações: Justiça, finalidade e segurança jurídica. Transporta-se à análise do Direito Penal os estudos sobre justiça igualitária e justiça distributiva. Ao se utilizar como fundamento da pena a justiça igualitária, considera-se a pena como retribuição ao delito. Radbruch demonstra sua inquietação diante desta atitude metodológica:

> A subordinação da pena ao critério da justiça igualitária reconduz a uma época em que o direito penal era ainda direito privado, em que o Estado manipulava a pena em substituição à vingança privada. Mas mesmo depois que o direito penal foi reconhecido como direito público manejado pelo Estado em seu próprio interesse, não perdeu sentido apoiá-lo na justiça igualitária, pois corresponde à essência do

[111] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 237.

> Estado de Direito que o Estado supraordenado se volte para um plano de equiparação com seus cidadãos.[112]

Neste sentido, Radbruch explica que a doutrina da retribuição passa a ser permitida diante de uma concepção de Direito Penal liberal. Desse modo, acabar-se-ia por combinar uma teoria da retribuição de cunho autoritária com uma supraindividual.[113]

Em contraposição a esta fundamentação da pena com base na justiça igualitária, apresenta-se a doutrina dos fins do Direito Penal para a qual o fundamento deste Direito deve estar na justiça distributiva. A pena justa orienta-se pela pena de um delinquente em relação ao outro de acordo com a proporção de sua culpa. Ressalta-se que:

> Enquanto a teoria da retribuição pode desenvolver-se a partir da ideia da justiça igualitária, a ideia da justiça distributiva, por sua vez, não é suficiente para que dela se possam derivar as teorias adequadas a fins, pois a justiça distributiva da pessoa significa que sejam punidos igualmente aqueles sobre os quais pesa a mesma acusação, e que sejam punidos na proporção do seu agravo aqueles cuja acusação é distinta.[114]

A justiça distributiva se refere somente às relações entre as penas em si e não quanto aos detalhes de cada uma destas penas, como a duração, a classe, o tipo de sistema prisional. Observa-se que, para os fins deste trabalho, fundamentos do Direito Penal pautados em uma justiça distributiva são incompletos, pois não justificam a importância de se diferenciar o injusto o que vai além dos fundamentos da pena.

Radbruch salienta que a resposta para esta limitação da fundamentação do Direito Penal na justiça distributiva encontra-se nos outros elementos que compõem a Ideia do Direito. Assevera-se a importância do segundo elemento, qual seja: a adequação para um fim: "[...] com o recurso do fim e da adequação para um fim, a pena deixa os limites da ideia específica do direito, da justiça, para estar ao serviço dos fins do Estado e da sociedade."[115]

Esta concepção liberal da pena não se refere mais apenas à Ideia de Justiça, como ocorre na teoria da retribuição, mas que é referida, notadamente, pela ideia de adequação para um

---

[112] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 239.

[113] Radbruch exemplifica com a teoria do direito penal de Binding totalmente orientada pela ideia de autoridade.

[114] Ibid., p. 240.
A ideia de justiça proporcional não é apropriada para fundamentar a medida da pena diante do pensamento de Liszt. Seria em si contraditória. Traz contradições tanto no campo legislativo quanto na prática do direito. Ao tomar a relatividade como próprio fundamento, essa recusa qualquer valoração (qualquer apreciação de valor), honrando apenas um subjetivismo ideal mais ou menos consciente: sacrifica-se o juízo jurídico ao fantasma de uma justiça ideal marcada pela ética.[114] Dessa forma, Liszt desconsidera a pena retributiva e coloca como ponto de partida a ideia de fim, em uma separação absoluta com fundamentos éticos: "*L'idea dello scopo, che finora ci ha felicemente e com sicurezza guidati, dev'essere anche in prosieguo la nostra guida. La mostra conceione della pena come tutela di beni giuridici exige inevitabilmente che nel caso singolo venga inflitta (secondo contenuto ed estensione) quella pena che si presenta come necessaria per la tutela penale dei beni giuridici*." Complementa-se: "[...] *essa sacrifica il giudizio giuridico al fantasma di uma Giustizia ideale realizzatrice dell'etica*". LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 45.

[115] Ibid.

fim, o que acaba por resultar na Teoria da intimidação.[116] Radbruch evidencia que ambas as teorias devem se preocupar com a garantia de proporcionalidade entre delito e pena. A semelhança entre tais teorias reside no fato de que ambas desvinculam o delito do delinquente. O conceito de delinquente veio emprestado do Direito Privado. Salienta-se esta comparação:

> De modo semelhante ao direito privado em que o trabalhador é o proprietário desindividualizado de sua força de trabalho, o vendedor da mercadoria trabalho, assim também no direito pena da retribuição e da intimidação o delinquente é o autor desindividualizado do seu delito.[117]

Tanto para a teoria da retribuição quanto para a teoria da intimidação não se trata o indivíduo enquanto um todo, mas apenas como um mero autor de um delito. Em contraposição ao caráter liberal destas teorias têm-se as teorias da correção e da prevenção especial as quais tentam lidar com o indivíduo em sua concretude. Todavia, depara-se, neste contexto, com os problemáticos conceitos de autor do delito por meio de tipos caracterológicos e sociológicos, com destaque à Escola Sociológica. Radbruch assevera que "[...] as teorias de correção e de prevenção são corrigidas pela ideia de segurança jurídica."[118]

A experiência concreta que se deu em torno das teorias da intimidação no campo dos Estados totalitários também é motivo de preocupação: "[...] o Direito Penal desse Estado não tem o caráter de uma defesa da sociedade, mas o de uma defesa do Estado mesmo e considera como meios para essa defesa a intimidação e a neutralização."[119] Neste contexto, o delinquente passa a ser considerado como "[...] o inimigo que se volta contra o regime estatal, diante do qual a intimidação e a neutralização devem constituir as funções mais importantes do poder repressivo do Estado."[120]

Diante destas preocupações, acabou-se construindo uma estrutura do Direito Penal cuja unidade da ideia do Direito estivesse presente, ou seja, conciliam-se as ideias de Justiça e segurança jurídica com os fins da prevenção especial. Segundo Radbruch[121] estas são as irritações entre os elementos que compõe a ideia do Direito e que se refletem na estruturação do Direito Penal. Por fim, Radbruch acaba por afirmar que a ideia de retribuição consegue conservar um maior rendimento metodológico, pois é capaz de justificar a pena e a

---

116 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 241.

117 Ibid.
Acrescenta-se, ainda: "Segundo a concepção individualista da relação de trabalho, se vende mercadoria força de trabalho, de modo semelhante, segundo a respectiva do direito penal, se paga o delito." Ibid.

118 Ibid., p. 245.

119 Ibid., p. 243.

120 Ibid., p. 244.

121 Ideia de segurança jurídica preserva a ideia de prevenção especial: extensão da pena às preparações, às intenções e Às ideias. X Ideia de justiça – exige o tratamento igualitário para pessoas e relações desiguais – opõe-se à individualidade extremada tal como resultaria a ideia de prevenção especial. Ibid., p. 245.

determinação de seu fim, o que faz cumprir as ideias de justiça e de segurança jurídica.[122] Conclui Radbcruh sobre o Direito Penal:

> Que a evolução do direito penal em outros períodos transcenda o direito penal e que seu aperfeiçoamento não desemboque em direito penal melhor, mas em um direito de melhora ou de correção e prevenção, que seria melhor que o direito penal, quer dizer, muito mais inteligente e muito mais humano.[123]

2.4.2 Contribuições de Edmund Mezger acerca do Injusto Penal

Edmundo Mezger aponta o seguinte conceito de direito penal: "[...] *Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, associando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica*."[124] Todavia, desenvolve-se alguns comentários acerca desta concepção de Direito Penal. Para Mezger não se pode falar da pena apenas como a consequência jurídica do delito, pois incorpora-se no Código penal outras medidas, as quais ele denomina de medidas jurídico-penais, que não são penas propriamente ditas, mas medidas que agem sobre a base do delito cometido com vista à prevenção da realização de futuras condutas puníveis.[125]

O que importa para a análise é a ordem e a extensão da atividade própria do direito punitivo, que não pode se limitar apenas em um estudo gramatical, mas precisa alcançar uma avaliação da condição histórica de cada época. Percebe-se, neste ponto, uma nítida atitude metodológica do relativismo neokantiano. Este traço metodológico aparece em toda sua exposição, sempre salientando a importância de se analisar a situação histórica.[126] Na condição histórica de Mezger o fim perseguido seria a luta contra a criminalidade e a pena não estaria separada daquelas outras medidas jurídico-penais. Por isso, Mezger (assim como Sauer) defende que deveria-se modificar a denominação de Direito Penal para Direito Criminal, para não se ter uma confusão gramatical e reduzir o direito punitivo à pena propriamente dita. Esta concepção dos neokantianos acerca do Direito Criminal é interessante, pois neste presente trabalho, a análise se desdobra sobre o plano do injusto, por acreditar ser este o núcleo central dos estudos penais, e não apenas a pena.

---

122 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 245.
123 Ibid., p. 246.
124 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 3.
125 Ibid., p. 6.
Estas medidas relacionam-se com a personalidade e perigosidade criminal do sujeito.
126 Partes evidentes: Em sua análise sobre a relação entre direito administrativo e direito penal: delito de polícia. Afirma-se também neste âmbito que não se pode confirmar a linha divisória ente estes direitos como algo imutável, pois há uma constante mudança a depender de cada momento histórico. Ibid., p. 8.
Da mesma forma segue sua análise perante a relação entre direito penal e processual penal.

Mezger confirma o Direito Criminal enquanto Direito Público, pois "[...] *no regula las relaciones entre los particulares, sino las del individuo con la coletividade.*"[127] E por isso mesmo é contraditório o direito penal intervir nas situações em que uma conduta atinge a propriedade privada ou o patrimônio (em uma dimensão individual), sem provocar danos sociais, mas apenas um dano individual. Estar-se-ia o direito penal regulando relações entre particulares: proprietários e não proprietários, sem uma referência aos danos que esta conduta gerará nas relações com a coletividade.

Não cabe uma exposição detalhada de toda a concepção de Edmund Mezger, apenas serão colocados os pontos nos quais recaem o interesse desta pesquisa, ou seja: os estudos de Mezger acerca do injusto, em específico a materialização do injusto penal.

Pois bem, no que tange à antijuridicidade, como injusto objetivo, tem-se que aquele que atua de forma antijurídica contradiz as normas objetivas do Direito. Este juízo expressaria o caráter injusto da conduta. Dessa forma, a circunstância de que o autor atue antijuridicamente é decisivo para sua punibilidade.[128] Se o caráter injusto da ação for excluído não se preenche a característica da antijuridicidade. A ação injusta é antijurídica. Percebe-se que a natureza essencial da antijuridicidade objetiva está na lesão ao ordenamento jurídico: "[...] *el derecho existe para garantizar una convivência externa ordenada de los sometidos a él.*"[129] O objeto da vontade jurídica ordenadora é a determinação do que seria conforme a ordem jurídica e do que lhe contradiz. Perante o Direito, estas normas aparecem enquanto normas objetivas de valoração, "[...] *como juicios sobre determinados acontecimentos y estados desde el punto de vista del Derecho*."[130] Acrescenta-se que o objeto da valoração jurídica pode recair sobre tudo, mas sempre estará referido à convivência humana. Este é outro ponto da concepção dogmática de Mezger que apresenta um nítido emprego da filosofia neokantiana. Em suma, compreende-se a antijuridicidade objetiva, portanto, enquanto contradição objetiva com os preceitos jurídicos: uma lesão objetiva às normas jurídicas de valoração.

A partir das normas objetivas de valoração se deduziriam as normas subjetivas de determinação, que se dirigem ao "*concreto súbdito del derecho*."[131] Salienta-se: "[...] *la lesión de estas normas es de importância decisiva, no para la determinación del injusto, pero sí certamente para la de la culpabilidade*."[132] A separação entre norma de valoração (dirigida a

---

[127] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 338.
[128] Ibid.
[129] Ibid., p. 340.
[130] Ibid.
[131] Ibid. p. 343.
[132] Ibid., p. 340.
No terceiro capítulo deste trabalho será exposta as críticas realizadas por Michael Pawlik sobre esta distinção entre injusto e culpabilidade por meio da separação entre normas de valoração e normas de determinação.

todos) e norma de dever enquanto norma de determinação (dirigida somente as pessoas obrigadas), retrata, para Mezger, a divisão entre antijuridicidade objetiva e reprovabilidade pessoal. Dessa forma, para esta concepção, faz-se necessário distinguir o injusto da culpabilidade.

Assim sendo, Mezger define o injusto da seguinte forma: "[...] *El injusto como una lesión del orden objetivo del Derecho, como una perturbación de la manifestación de volundad reconocida y aprobada por el Derecho*."[133] No campo dos crimes patrimoniais, o injusto penal deveria representar uma lesão à ordem objetiva do Direito e não somente uma lesão aos interesses privados. Além do mais, a perturbação da manifestação de vontade reconhecida e aprovada pelo Direito, frente a uma análise crítica, se reduzida à proteção da propriedade privada pode contrariar o reconhecimento concreto de que na realidade assimétrica do modelo econômico atual, muitas vezes, os indivíduos não proprietários não encontram condições reais para seguir tal vontade expressada no Direito (respeito ao direito de propriedade).

No que se refere aos elementos subjetivos do injusto, discute-se a possibilidade de se encontrar momentos subjetivos que cooperam na determinação dos limites do Direito e do injusto. A principal concepção que Mezger utiliza para analisar este tema remonta à Hegler o qual, apesar de partir de uma concepção estrita de injusto, acredita que o dano social objetivo da conduta pode ser dependente, no caso concreto, de momentos subjetivos. Explica-se: "[...] *uno de tales elementos subjetivos del injusto lo ve Hegler, ante todo, en la llamada 'tendencia interna transcendente' en los delitos de intención*."[134] Aplica-se este pensamento tanto no caso do furto quanto no caso de estelionato, no seguinte sentido:

> *[...] lo que lesiona los interesses juridicamente protegidos por los artículos del Código Penal que sancionan estos delitos no es cualquier sustracción de una cosa mueble ajena, sino sólo da sustracción de una cosa mueble con la intención de apropriársela antijuridicamente; no cualquier lesión del patrimonio ajeno producida mediante engano, sino sólo el menoscabo en el patrimonio realizado con la intención de procurarse a sí mismo o procurar a un terceiro un beneficio patrimonial antijurídico. Por ello, no puede decirse que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, ni a la antijuridicidad lo sólo objetivo*.[135]

Apresenta-se, neste momento, um fundamento dogmático para limitar a intervenção penal nos delitos de intenção, como no caso exemplificado do furto e do estelionato; pois se não há o elemento subjetivo do injusto o qual consiste na intenção de apropriar-se da

---

[133] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 345.
[134] Ibid., p. 347.
[135] Ibid.

propriedade alheia como se dono o fosse, não sendo qualquer lesão ao patrimônio que configura o injusto penal, mas este somente se preenche nas condutas em que se comprovar a intensão de benefício próprio ou de terceiro. Assim sendo, dá-se a devida importância aos elementos subjetivos do injusto como forma de limitar, de forma correta, a intervenção penal. Na operacionalidade das normas penais, na configuração atual do sistema jurídico-penal brasileiro, os tribunais e juízes parecem não compreender estes estudos por restringirem-se ao mero formalismo jurídico se subsunção do fato à tipicidade formal. Adverte-se que não se está a defender que a mera intenção, independentemente da magnitude, já configuraria o injusto. Apenas se afirma que a verificação dos elementos subjetivos do injusto deve ser preenchida na operacionalidade da norma penal de forma a não se restringir a um mero formalismo jurídico em que a subtração, por si só, já estruturaria o injusto penal no campo patrimonial.

Na concepção de Hegler, é apenas nos casos de delito de intenção que se pode verificar a presença de momentos subjetivos enquanto elemento de fundamentação do injusto. Em relação aos elementos subjetivos do injusto no âmbito das causas de exclusão do mesmo, a posição seria a seguinte: "[...] *en orden a la exclusión de determinadas causas de exclusión del injusto, es decir, respecto a la negoción de la negación, deben ser irrelevantes los momentos subjetivos, esto es, determinadas intenciones u opiniones del sujeto*."[136] Extende-se, em Hegler, a fundamentação subjetiva do injusto aos casos da intenção determinante de sentido.

A teoria dos elementos subjetivos do injusto é relevante, no pensamento de Mezger, tanto para a fundamentação típica do injusto como para as causas que a excluem no seguinte sentido: o injusto seria a contradição objetiva com as normas do Direito; as referências subjetivas do autor sobre o injusto por ele cometido que infringe o ordenamento jurídico e o conhecimento dos fundamentos fáticos da infração, a intenção de atuar contra o Direito, só importaria no que se refere à imputação pessoal do injusto, portanto, para Mezger, no âmbito da culpabilidade. Entretanto, o próprio autor concorda que seria errôneo afirmar esta regra (total referência do injusto ao objetivo e da culpabilidade ao subjetivo) sem nenhuma exceção.

A exceção estaria que em alguns casos nos quais se pode referir o injusto aos momentos subjetivos: "[...] *una conducta que exteriormente es la misma puede una vez ser conforme al Derecho y outra antijurídica, según el sentido que el autor atribuya a su acto*."[137] A

---

[136] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 348.
Mayer também trabalha com os elementos subjetivos do injusto enquanto fundamentos da antijuridicidade da conduta, sem confundi-los com os elementos da culpabilidade. E, ainda, afirma que "[...] *el punto de arranque objetivo de la teoria de la antijuridicidad como imprescindible exigencia metódica*." Ibid.

[137] Ibid., p. 349.

consideração dos elementos subjetivos do injusto só poderia ser realizada nos casos em que o próprio ordenamento jurídico-penal permita, até mesmo para que se mantenha a confiança na lei penal. Portanto, somente o Direito positivo, de maneira certa, poderia afirmar em que caso existe os elementos subjetivos do injusto, seja como fundamentação do próprio tipo, seja como excludente do caráter antijurídico da conduta. Assim sendo, a determinação dos casos em que há os elementos subjetivos do injusto nos tipos fundamentadores do mesmo, no Direito positivo, exige uma demonstração especial.[138]

Esta demonstração relaciona-se com a valoração normativa. E por isso mesmo já se alerta que não é possível uma demonstração certa o que deixa recair em uma margem de arbítrio. Reflete-se esta situação no âmbito crimes contra o patrimônio, pois é saliente a conotação dos delitos de intenção neste âmbito de criminalização, notadamente no que se refere à tendência de lucro. Esta intenção não poderia ser descartada na análise do injusto.

Pois bem, restaram explicados os debates em torno dos elementos subjetivos do injusto no pensamento neokantiano de Mezger. Passar-se-á, agora, a analisar o conceito de tipo penal para este penalista, a partir da afirmação de que somente é punível aquele que atua tipicamente.[139]

Segundo Mezger, como também para Mayer, a antijuridicidade é o pressuposto mais importante da pena. Todavia, Mezger apresenta um posicionamento ainda mais radical. Sem uma análise correta da antijuridicidade, o Direito Penal, "[...] *que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la liberdad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caería en um estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridade*."[140] Neste sentido, seria indispensável conceber a antijuridicidade como a fundamentação do delito e, para isso, seria necessária sua determinação precisa e inequívoca: este papel seria cumprido pelo tipo. Segundo Mezger: "[...] *el delito es acción antijurídica, pero al mismo tempo, y siempre, tipicamente antijurídica.*"[141] Acrescenta-se:

> *La decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal*

"[...] *Los elementos subjetivos de exclusión del injusto precisan ser destacados de modo indudable por la ley para que podamos admitirlos*." MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 351.

A concepção positivista do Direito Penal, notadmanete em Beling, contraria a admissão de elementos subjetivos do injusto enquanto fundamentação do tipo, pois este seria somente uma consequência logica e metódica do conceito de tipo legal.

Observa-se que com o Finalismo a dimensão pessoal do injusto é retirada do campo específico da culpabilidade e passa a integrar o próprio tipo penal.

138 Ibid., p. 356.

139 Ibid., p. 363.

140 Ibid.

141 Ibid., p. 364.

> *del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible; para que esto ocurra es preciso que el Derecho Penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial*.[142]

O tipo deve apresentar a mais concreta determinação. Define-se o tipo, na perspectiva de Mezger, da seguinte forma: "[...] e*l tipo en el proprio sentido jurídico-penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal.*"[143] Também as circunstâncias que agravam a pena, as quais aumentam o injusto de um ato, pertenceriam ao tipo penal: "[...] *dicho tipo es el proprio portador de la desvalorización jurídico-penal que el injusto supone*."[144]

Outro ponto a ser analisado perante a teoria de Mezger é a afirmação de que a antijuridicidade da ação é uma característica do delito, mas não uma característica do tipo. Por conseguinte, uma ação pode ser típica, mas não antijurídica. A antijuridicidade não é preenchida nos casos em que há a inserção de uma causa de exclusão do injusto e, por isso, não pode ser uma característica do tipo, mas sim do delito. A antijuridicidade significaria um juízo que se deve realizar sobre as restantes características do delito.[145]

No mesmo sentido, tem-se o posicionamento de Sauer para quem a antijuridicidade não é apenas um indício sobre o tipo, mas sim um pressuposto lógico, "[...] *como la base o fundamento del tipo mismo, porque este último, como imagem valorativo-cultural, sólo es posible en una consideración científico-valorativa.*"[146]

Ao se afirmar a antijuridicidade do tipo recai sobre ele um juízo. Mezger explica que isto não exclui que tal juízo e sua realidade efetiva seja um pressuposto necessário da pena e, portanto, uma característica do delito. Aplica-se este pensamento no caso na estruturação da norma a respeito do furto do seguinte modo: A característica alheia do tipo do furto é uma característica singular e, por assim o ser, pode representar, no âmbito das características típicas normativas, um juízo sobre uma determinada situação de fato.[147]

Dessa forma, o juízo sobre a antijuridicidade seria um juízo que confirma a tipicidade da conduta e ao mesmo tempo a ausência de causas de exclusão do injusto. É um juízo que está no plano superior, cuja afirmação pertence aos pressupostos da pena (enquanto

---

142 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
Pode-se compreender que o tipo penal é a concretude do princípio da legalidade. Neste sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. A construção do tipo penal. **Fascículos de ciências penais,** Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.115-128, jan./fev. 1993..

143 MEZGER. op. cit., p. 364.

144 Ibid.
Percebe-se que no Neokantismo a ilicitude é a razão essencial da tipicidade. Ora bem, na análise dos crimes patrimoniais esta prevalência da ilicitude seria de suma importância, pois o não preenchimento material da ilicitude já desclassificaria a conduta enquanto injusto penal.

145 Ibid., p. 375.

146 Ibid.

147 Ibid.

consequência do delito), mas também equipara-se aos juízos de níveis inferiores, ou seja, os elementos típicos normativos.[148] Diante disto, a antijuridicidade seria sim uma característica do delito.

Mezger rechaça as concepções que defendem uma especial antijuridicidade penal pois, referindo-se à Hegel, estas concepções contradizem a natureza do Direito como ordenação unitária de vida. Dessa forma, estabelece-se que o tipo jurídico-penal não é uma espécie de injusto circunscrito na esfera especial do direito punitivo, mas sim um injusto especialmente delimitado e com especiais consequências jurídicas, que tanto fora como dentro do Direito Penal, representa uma contradição com o Direito.[149]

As concepções de conotação teleológica que Mezger discute partem do seguinte ponto: por meio da adoção do método teleológico não poderia haver uma unidade da antijuridicidade ou do injusto, pois o direito público e o direito privado se orientam a fins diversos. Explica-se melhor: "[...] e*l derecho penal considera el injusto en la imposición de la pena pública, desde el punto de vista de una lesión de los interesses vitales del Estado; el derecho privado al estabelecer el cumplimiento coactivo o la reparación material o pecuniária en favor del particular."*[150] Parece-nos, neste ponto, que o dano referente ao patrimônio em sua dimensão individual está, em sua essência, ligado a esta separação: direito privado preocupa-se com a reparação material do dano em favor do particular. Percebe-se que, nestes casos, não há uma legitimação para a intervenção penal a qual deveria ocorrer quando o dano apresenta uma dimensão social.

Compreende-se que, perante o pensamento de Mezger, o tipo seria o fundamento da antijuridicidade. Aqueles que não reconheciam o tipo como fundamento real da antijuridicidade desconheciam, para Mezger, a significação verdadeira do ato legislativo pelo qual surgem as leis penais: "[...] *es preciso poner en claro qué es lo que el legislador en realidad hace cuando promulga una nuova ley penal y, en ella, un nuovo tipo penal*."[151]

A promulgação de uma lei penal nem sempre representaria uma criação de um novo tipo de injusto. No caso do furto quando o legislador decide colocar a conduta de subtrair coisa alheia móvel (com intenção de apropriação) no âmbito penal não se criou uma nova antijuridicidade, pois esta já existia no campo do direito civil. O meio mais determinante que

---

148 Segundo Mezger, "[...] *los elementos típicos normativos se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho*." MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 388.

149 Ibid., p. 375.
Caso o direito privado afirme que não há injusto na conduta, não o pode fazer o direito penal.

150 Ibid., p. 376.

151 Ibid., p. 379.
Mezger aponta autores em sentido contrário, dentre os quais tem-se Beling (para o qual a tipicidade é apenas um indício da antijuridicidade e não seu fundamento) Mayer, Schimidt.

o legislador dispõe para desaprovar, proibir ou marcar como injusto uma determinada ação seria sancionar a pena pela execução desta conduta. Dessa forma, conclui-se que o fundamento da antijuridicidade da ação é a própria lei penal.[152]

Portanto, resta esclarecido o posicionamento de Mezger no sentido de conceber o tipo enquanto fundamento da antijuridicidade. Agora cabe apontar o que mais interessa de Mezger sobre o injusto: ou seja, sua materialização. Desenvolvem-se alguns comentários a respeito da antijuridicidade como injusto material e, para isso, faz-se necessário estabelecer o conteúdo material do injusto típico.

"*El contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o la puesta en peligro de um bien jurídico (del objeto de protección, del objeto de ataque).*"[153] Por conseguinte, tem-se que o injusto típico fornece ao Direito Penal o apoio de uma determinação formal do injusto, mas a segurança formal desta determinação resulta em um formalismo, pois não se considera o conteúdo material do injusto típico, notadamente no que se refere a deduzir deste conteúdo as diretrizes para a aplicação da lei penal.[154]

No que tange à teoria clássica, da época do Iluminismo (século XVIII) cujo importante representante era Feuerbach[155], o conteúdo material do injusto típico é a lesão ou colocação em perigo de direitos subjetivos. A teoria clássica delimitou este conteúdo material com orientação ao fim de se estabelecer limites à intervenção punitiva do Estado. Esta delimitação

---

[152] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
Realiza-se uma comparação entre esta exposição e a teoria das normas de Binding para a qual há uma separação entre norma e lei penal. Na exposição de Mezger haveria uma separação entre antijuridicidade (infração à norma) e punibilidade (consequência do delito). O legislador cria, com frequência, a norma e a lei penal em um único ato. Binding já concordava que a tipicidade é a essência, o fundamento real da antijuridicidade pois indicava que o mandato ou proibição, o preceito legal contra o qual se dirige ao delinquente é a norma que, no sentido conceitual, é anterior a lei penal; mas este mandato é encontrado em um mandato imperativo. Ibid., p. 381.

[153] Ibid., p. 398.

[154] Ibid.

[155] Acrescenta-se: Na ideia de Feuerbach, delito como violação de direito subjetivo significa, em vez de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido de exercer sua propria liberdade em face da ação de outrem, ou seja, o delito pressupunha um estado de igualdade de direitos de liberdade entre autor e vítima, igualdade esta que se via quebrada com a execução desse delito, de forma que uma das partes envolvidas no conflito não mais pudesse exercer. Com isto, subordinava-se o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual. [...] Havia a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social, que pudesse decorrer da conduta criminosa. O Estado não poderia incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas que implicassem a violação de direito subjetivo, e consequentemente, que implicassem em um dano social. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 183.
Karl Binding apresenta os seguintes posicionamentos a respeito do Direito Penal: "*Il diritto penale ha non meno di sei diversi significati. Significa: 1. Il complesso dei principi giuridici che associano ad una fatispecie una pena pubblica o privata (il considetto diritto penale materiale), e che regolano la realizzazione di queste leggi penali (il considetto diritto penale formale, anche diritto processuale penale); 2. Questi principi giuridici accresciuti dei principi del cosidetto diritto penale disciplinare e della procedura disciplinares: amplificazione affatto inamissibile; 3. Il diritto penale materiale soltanto; 4. Il contenuto della legge penale in senso proprio, in antitesi com la legge penale di polizia; 5. Il diritto subbiettivo dello Stato alla punizione; 6. La teoria del diritto penale nei significati dei precedenti numeri 1 e 3, la quale del resto limita per tradizione il suo oggetto, ma alquanto arbitrariamente, escludendo numerose cosidette transgressioni di polzia e per lasciare in disparte numerosi delicta propria (dei marinai, degli industriale, dei militari)*." BINDING, Carlo. **Compendio di diritto penale**: parte generale 8. ed. Roma : Athenaeum, 1927. p. 10.
Acrescenta-se, nas palavras de Binding, que: "[...]*Tutto il diritto obbiettivo è vonlontà comune manifesta, che un determinato pensiero di norma di vita utile debba essere regola di vita obbligatoria. Ogni principio giuridico consiste di due principi del tutto diversi: l'espressione del pensiero giuridico e l'espressione della volontà giuridica*." Ibid.

do conteúdo material do injusto deve ser descartada, na opinião de Mezger, pois não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo em todos os delitos. Tal referência do conteúdo material pode redundar em uma determinação formal do injusto, sem se reconhecer seu verdadeiro conteúdo material.

Dessa forma, o conhecimento do conteúdo material do injusto deveria se conceber como lesão ou colocação em perigo de determinados interesses vitais. "[...] *Sobre todo en Derecho Penal es el lesionado el que sufre el injusto, en unión de sus intereses atacados por la acción delictiva: el fin del Derecho Penal es la protección de este interés.*"[156] Definse-se interesse da seguinte forma: "[...] *interés significa la participación de la volundad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado*."[157] Assim, o objeto da lesão ou colocação em perigo de tal estado lesiona ou põe em perigo, de forma mediata, os interesses individuais e sociais de que este estado se mantenha. Pois bem, nesta linha de pensamento, o interesse protegido pelo Direito é o que determinaria o conteúdo material do injusto; e este interesse não poderia ser concebido enquanto um tipo psíquico-individual, mas sim como um interesse geral a respeito de um estado de coisas. Em suma, afirma-se que "[...] *lo que el Derecho protege es el interés que se presupone de modo general. Su lesión, es decir, la lesión de un interés médio, constituye el contenido material del injusto.*"[158] O próprio Mezger exemplifica que o interesse do proprietário na inviolabilidade de sua propriedade deve representar um interesse geral.

Relaciona-se esta concepção explicada acima acerca do conteúdo material do injusto com a noção de bem jurídico. O conteúdo material do injusto seria a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, ou melhor, de um estado em que se tem o interesse médio levado em consideração pelo Direito o qual passa a denominá-lo de bem jurídico. Segundo este ponto de vista, o objeto de proteção da lei apareceria como o objeto de ataque contra o qual se dirige o delito.[159] Mezger equipara, então, bem jurídico ao objeto de proteção e ao objeto de ataque. No caso do furto, coloca-se a propriedade como o bem jurídico contido na materialização do

---

156 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 399.

157 Mezger aponta o mérito da Teoria dos interesses e reconhecer o interesse como o objeto da lesão ou colocação em perigo, sendo que o objeto de toda a proteção penal e de todo delito é o próprio homem como ser sensível. Entretanto, o erro desta teoria estaria em conceber o interesse protegido pelo Direito como um tipo psíquico-individual, em vez de o conceber como um interesse geral de término médio.
Neste sentido, no que tange ao tema da exclusão da antijuridicidade tem-se para Mezger a análise de dois planos: "*o desaparece por determinado motivo el interés que en outro caso sería lesionado por el injusto – princípio de la ausencia del interés -, o surge frente a dicho interés outro de más valor que transforma em conducta conforme al derecho lo que em otro caso hubiera constituído un injusto – principio del interés preponderante*." Ibid.., p. 409.

158 Ibid., p. 401.

159 Ibid., p. 402.

injusto. O bem jurídico é posto como o valor objetivo ao qual a lei penal concede sua proteção.[160]

Esta materialização do injusto tão acentuada para a concepção dos *neokantianos* apresenta grande relevância pois é a partir do conteúdo material do injusto que se pode chegar ao sentido e ao fim dos diferentes preceitos penais.[161]

Acrescenta-se, ainda referente à materialização do injusto, o seu conteúdo supralegal como uma orientação à interpretação da lei. Neste sentido, afirma-se que o bem jurídico (objeto de proteção e de ataque) do tipo concreto "*es la línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo*."[162] Determina-se o bem jurídico do seguinte modo:

> *El bien jurídico como el bien protegido por cada uno de los diversos tipos penales, como el valor objetivo que la ley considera necesitado de potección, como el fin del precepto concreto de la ley, expressado en la fórmula más sencilla. Sí conocemos en el tipo concreto el bien jurídico a él correspondiente, se nos aparecerá claro el sentido de dicho tipo legal y poseeremos su síntesis con valor de categoria*.[163]

Por conseguinte, a determinação e o conhecimento do bem jurídico em referência ao tipo concreto só se realizam com a interpretação da lei. O bem jurídico obtido constitui o mais importante meio de interpretação do tipo e de suas características. É a partir da totalidade que se poderia alcançar as partes singulares do tipo. "[...] *Por tanto, la formación conceptual jurídica que trata de captar y poner en claro la propria esencia de los diferentes tipos penales es siempre una formación conceptual teleológica.*"[164]

Uma projeção destes comentários à realidade brasileira deve ser realizada. Não se verifica, na configuração atual da operacionaldiad das normas penais no Brasil, interpretações normativas nos crimes patrimoniais com uma concreta orientação ao conteúdo material do injusto, ao sentido, e, notadamente, ao fim do Direito Penal. Este equívoco da aplicabilidade das normas penais é propício à seletividade social da prática penal brasileira.

Alguns posicionamentos de Mezger em relação aos injustos compreendidos pelo furto, estelionato, extorsão e receptação são importante de serem mencionados. Ao começar pelo furto, salienta-se que o bem jurídico protegido pelo tipo penal seria a propriedade sobre uma

---

160 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 402.

161 Ibid.
O que se discorda em relação a tal concepção é a colocação do bem jurídico como conteúdo material. Entretanto, neste momento, somente cabe ressaltar a importância de se sair de um formalismo jurídico e adentrar nas concepções dogmáticas que proporcionam uma abertura do sistema o que torna possível a materialização do injusto. O conteúdo desta materialização (proteção de bens jurídicos ou vigência do ordenamento jurídico) será discutido no decorrer deste capítulo e a posição final será representada no terceiro capítulo.

162 Ibid., p. 403.

163 Ibid.

164 Ibid.
Complementa Mezger: "[...] No hay un solo concepto jurídico, y, en consecuencia, tampoco ninguno en el marco del tipo penal, que pueda ser compreendido de otra manera que desde el punto de vista de su telos, esto es, de su fin." Ibid.

coisa. Todavia, a propriedade não pode ser compreendida de maneira restrita ao seu sentido jurídico-formal, mas sim em relação ao seu valor econômico. Portanto, na visão de Mezger: "[...] *es furto no sólo la sustración de la cosa en el sentido de la sustancia, sino también la sustracción de la cosa considerada en su valor esencial económico*."[165]

No primeiro capítulo deste trabalho foram expostas algumas fundamentações sociológicas (notadamente no que se refere às análises da teoria de Karl Marx) as quais demonstravam a séria necessidade de se considerar o valor econômico na análise das condutas que atingem à propriedade. Neste segundo capítulo, há apontamentos de ordem dogmático-penais sobre a mesma preocupação em torno da consideração, na análise dos crimes patrimoniais, do valor econômico englobado na propriedade/patrimônio atingidos.

No que tange ao estelionato, observa-se que:

> *La stafa es un delito de desplazamiento ilegal del patrimonio; por tanto, su bien jurídico es la faculdad del dueño de disponer, libre de engano, de los biens que integran su patriminio; y resulta, en consecuencia, que, a pesar del texto de la ley, no hay estafa cuando alguien, sirviéndose de médios enganosos, se proporciona la entrada en el domicilio ajeno y aprovecha esta situación para, una vez dentro, hurtar determinada cosa.*[166]

Há uma limitação da intervenção penal, por meio de argumentos dogmáticos, no sentido de que esta intervenção só pode ser justificada desde que haja o preenchimento dos próprios fins da lei penal. Neste sentido, não é qualquer "engano" que pode preencher o conteúdo do injusto e justificar a punição por meio do delito de estelionato.

No que se refere à extorsão, Mezger aponta que o bem jurídico é a faculdade de disposição patrimonial daquele que possui o direito a tal patrimônio, livre de qualquer ameaça que exceda os limites de uma circulação lícita do patrimônio. Assim, "[...] *la amenaza con un mal que no sobrepase estos limites no supone una realización típica, a pesar de la letra de la ley*."[167] Novamente se delimita os limites da intervenção penal no sentido de que não é qualquer ameaça que poderá configurar uma extorsão, mas esta ameaça deve ser analisada de forma orientada ao conteúdo material do injusto. Somente, então, uma ameaça que excederia todos os limites de uma circulação lícita do patrimônio poderia justificar a intervenção penal.

Outro ponto a se observar é que Mezger não amplia a noção de bem jurídico nestes crimes para além do patrimônio, como é realizado na realidade atual em que a livre ou autodeterminação da vítima também é colocada como objeto de proteção, o que não nos parece ser a maneira correta de analisar estes crimes patrimoniais. Mas seria sim correta a

---

[165] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 404.
[166] Ibid.
[167] Ibid.

análise de Mezger ao colocar como verdadeiro objeto o patrimônio ou a propriedade para se delimitar o conteúdo material do injusto nestes casos. A autodeterminação não entraria, portanto, como o objeto de análise sobre o conteúdo material do injusto no caso do estelionato e da extorsão, por exemplo.

Em relação à receptação, o bem jurídico seria o patrimônio e há limites à intervenção penal: "[...] *a pesar del texto de la ley – adquirida la cosa por médio de una acción punible -, no puede cometerse el delito de receptación sobre la cosa que outro há adquirido mendicando.*"[168]

Por fim, percebe-se a relevância das concepções neokantianas, e em especifico a aqui apresentada de Edmundo Mezger, para se sair de um mero formalismo jurídico (restrito à análise de conceitos jurídico-formais acerca da propriedade e do patrimônio) com o intuito de se alcançar o verdadeiro sentido do conteúdo material do injusto como forma de se fundamentar a antijuridicidade. Assim, se no caso concreto não se preenche este conteúdo material do injusto não se pode afirmar que exista um injusto penal, limitando-se a intervenção na liberdade individual. Por isso, este posicionamento é de relevância para a análise da diferenciação do injusto, como fora apontada nos casos acima (furto, estelionato, extorsão, receptação) para se compreender qual é o real preenchimento do conteúdo material do injusto, com foco no objeto central da norma: o patrimônio e a propriedade.

Neste sentido, salienta-se que "[...] *la determinación del bien jurídico há de realizarse siguiendo a la ley, considera como línea directriz obligatoria, pero al mismo tempo y de modo necesario, com arreglo al derecho supralegal*."[169] Mezger defende que em nenhuma lei se tem esgotado a totalidade do Direito, por isso um caráter de sistema jurídico-penal fechado não existe. A abertura valorativa do sistema penal é a tarefa primordial do neokantismo. Desse modo, "[...] *el simples positivismo legal deja sin respuesta innumerables cuestiones de la vida práctica del Derecho*."[170] Complementa-se que: a existência de um Direito supralegal *"[...] y la precisión de ser tomado en cuenta en la formación conceptual jurídica se reconoce incluso allí donde se afirma con toda rigidez el fundamento positivo del Derecho.*"[171]

Assim sendo, a concepção neokantiana refletida na dogmática penal traz uma consideração crítica aos fundamentos do ordenamento jurídico, pois apesar de todas as leis serem emanações do ordenamento jurídico, seus pressupostos são constituídos no total

---

[168] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 463.
[169] Ibid.
[170] Ibid., p. 405.
[171] Ibid..
Até mesmo Beling reconhecia que é lícito utilizar na determinação do injusto, como um apoio, a totalidade da cultura e os fins últimos do Direito. No mesmo sentido, Binding também haveria destacado a utilização na interpretação da parte material do delito.

complexo da cultura. É a esta totalidade cultural que o Direito se orienta em suas regulamentações. Assevera-se que "[...] *la ideia racional del derecho que crea Derecho como tal Derecho.*"[172] Graf zu Dohna, com a sua orientação à filosofia neokantiana, teria sido o primeiro a referir fundamentalmente a ciência do Direito Penal aos pressupostos críticos.

Mezger, com base nestas considerações da filosofia neokantiana, passa a definir o Direito e o Injusto da seguinte forma:

> *Derecho es aquella regulación social que hace posible el más alto grado de la actividad personal en la vida de la comunidad reciprocamente ordenada (por tanto, que crea el máximumm posible de la satisfacción de intereses que puede lograrse en la vida en común); injusto,* ***lo que contradisse a este ordenamento. Y constituye la más alta regla de la interprectación del Derecho*** *en los casos en que fracassa el positivismo*.[173]

Apesar das discordâncias em relação às concepções acerca do bem jurídico, não se pode negar a importância das ponderações de Mezger e da filosofia neokantiana no sentido de não se desenvolver um sistema jurírido-penal fechado. Na análise da realidade brasileira, verifica-se um total descaso, no âmbito da interpretação da norma penal dos crimes patrimoniais, ao conteúdo material do injusto e à referência aos valores, recaindo-se em um formalismo jurídico da pior espécie. É este conteúdo material do injusto que deveria nortear a aplicação da norma penal.

As referências da filosofia neokantiana à totalidade da cultura se destacam em Mayer, para quem concebe a norma de cultura como uma preferência anterior à norma jurídica. Mezger, após tecer algumas críticas à visão de Mayer, salienta que "[...] *la línea directriz más alta de todo Derecho e de toda interpretación de la ley, por conseguiente, la idea racional del Derecho, consiste en crear un equilíbrio justo entre los intereses de la colectividad y los del individuo.*"[174]

Ora bem, no caso das condutas que afetam o patrimônio em uma dimensão, essencialmente, privatista/individualista não se tem ponderado um equilíbrio justo entre os interesses da coletividade e os dos indivíduos, pois se trata apenas de interesses privados daqueles que possuem propriedades. Ao se adotar esta atitude metodológica voltada a uma ideia racional do Direito não se pode afirmar que as condutas que atingem apenas interesses individuais, e não gerais, sejam merecedoras de pena. E se mesmo assim as afirmam, então não haveria o preenchimento da necessidade de pena pois, com respeito ao princípio de racionalidade político-criminal da subsidiariedade, há outros ramos jurídicos capazes de

---

[172] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 406.
[173] Ibid., p. 407.
[174] Ibid.

tutelar os interesses privados, individuais; não configurando uma necessidade do Direito Penal intervir.

Mezger lembra bem que "*la ultima referencia a la idea racional del derecho, se trata de pensamientos en absoluto de índole jurídica, no de algo transcendente al Derecho, sino más bien de los fines y metas inmanentes al Derecho y al ordenamimento jurídico*."[175] Ao se adotar esta postura metodológica, segue-se no âmbito do Direito, com a estruturação das normas e sua interpretação orientadas aos fins do próprio Direito Penal e do ordenamento jurídico como um todo. Como um reflexo desta concepção no âmbito da exclusão da antijuridicidade, Mezger aponta que a exclusão do injusto no âmbito penal deve ter como referência o total do ordenamento jurídico. Por conseguinte, "[...] *no existe uma acción punible cuando la antijuricidad de la conducta aparece excluída por el derecho público o privado*."[176]

Para concluir a análise sobre as contribuições de Edmund Mezger, vale a pena comentar sobre o princípio da avaliação dos bens jurídicos no âmbito da exclusão do injusto: "[...] *No actúa antijuridicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si sólo por ello puede ser salvado outro bien de más valor*."[177] O que cumpre destacar desta construção seria a relação entre bem jurídico e valor: os bens jurídicos consistem em valores de natureza jurídica os quais apresentam uma determinada relação valorativa entre si. O valor de menor importância deve ceder ao passo do mais relevante, sendo a solução deste conflito o principio geral de avaliação dos bens. Esta avaliação apresenta uma natureza objetiva, pois o que importa não é o valor que o titular do bem atribui ao bem jurídico, mas sim o valor que o ordenamento jurídico e o aplicador da norma o conferem. Então, esta avaliação dos valores apresentaria um caráter formal. A apreciação valorativa material se levaria por meio de outros meios jurídicos. Assevera-se:

> *Ante todo se realizará teniendo en cuenta las valoraciones de los bienes jurídicos que se deducen de la ley, como la que se desprende, por ejemplo, de la gravedad de las penas con que se sancionan los diferentes delitos; pero en segundo término y en los casos que este criterio legal no nos conduzca a la meta deseada, con arreglo a* ***consideraciones supralegales, pero siempre jurídicas, tomando en consideración las concepciones culturales de índole general y, en último término, la idea misma del Derecho***.[178]

Pois bem, em relação à análise do injusto no campo dos crimes patrimoniais algumas ponderações fazem-se necessárias. Em termos mais amplos do que os trabalhados por

---

[175] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 408.
[176] Ibid., p. 463.
[177] Ibid., p. 464.
[178] Ibid., p. 466.

Mezger,[179] pode-se afirmar que no caso dos injustos cujo significado atinge à propriedade há um conflito entre a liberdade individual do autor e a propriedade privada afetada. Se analisarmos pelo viés da gravidade da pena tem-se que a valoração que o ordenamento jurídico confere à propriedade seria superior à liberdade individual, como é trabalhado por autores contemporâneos.[180] Todavia, se, ao contrário do que supôs Mezger, for realizado um juízo valorativo não com base na gravidade da pena, mas sim a gravidade do injusto esta valoração do ordenamento jurídico deveria ser invertida. Pois, a gravidade do injusto que atinge à propriedade privada sob uma coisa não pode ser superior à valoração da liberdade individual, o que resultaria em algumas consequências na estruturação das normas: 1. Ou o ordenamento jurídico retira o merecimento de intervenção penal nestes injustos, restando outros âmbitos jurídicos que melhor solucionariam o problema; 2. Ou retiraria a necessidade de pena; 3. Ou, ainda, diminuiria a intensidade da consequência jurídica (pena) como resposta a tais injustos, como forma de ponderar à valoração dada à propriedade privada (restringiria à aplicação de penas pecuniárias e restituição de danos).

Com base nos fundamentos sociológicos desenvolvidos no primeiro capítulo, verificou-se que o próprio sistema socioeconômico diminui a valoração no que se refere à concepção clássica de propriedade privada. O capital é colocado enquanto capital social na sua importância, tornando-se o núcleo do sistema. O sistema financeiro, o sistema de créditos, o mercado financeiro de capitais ocupam os centros de decisões econômicas. Esta mudança ocorre mesmo que diante de regras de apropriação privada da riqueza e dos parâmetros de propriedade privada. Menciona-se, também, a desvalorização que o próprio sistema gera ao patrimônio, no sentido das exigências do capital, para manter seu fluxo inalterado, em desvalorizar a riqueza e os produtos existentes; desvalorizam-se, muitas vezes, os capitais individuais para valorizar as inovações tecnologias em nome do capital global, sendo que o patrimônio acaba por ser constantemente mutável em seu valor.

Diante de toda essa base sociológica explicada no primeiro capítulo, não se verifica um sentido em exigir que o ordenamento jurídico-penal, na estruturação e configuração de normas, atue em uma dimensão estritamente individual ao valorar o patrimônio acima da liberdade.

No segundo nível comentado por Mezger, qual seja: as considerações supralegais – que não deixam de ser jurídicas para ele – em relação às concepções culturais de índole geral e em último ponto, a própria ideia do Direito; minimamente pode-se apontar que a necessidade de

[179] Pois perante os limites desenhados por Mezger, pode-se citar o caso do furto famélico, estendendo-se até mesmo nos casos de roubo. Oras, pode-se , pelo mesmo motivo, cometer um roubo, utilizando de uma violência ou grave ameaça. .

[180] Como, por exemplo, Alamiro V. Salvador. Netto, Alberto Silva Franco.

pena não se faz presente no que se refere à condutas que atingem o patrimônio em sua dimensão individual, pois muito mais importa à vítima que seu dano seja reparado do que seja retirada a liberdade do agente. As considerações acerca dos valores liberdade e propriedade não podem ser analisadas, nem na estruturação das normas nem na aplicação destas, sem uma orientação à ideia do Direito, sob pena, segundo a filosofia neokantiana, de se ferir a própria concepção de Justiça.

Em específico, no que se refere à interpretação da lei penal, salientam-se alguns pontos. O princípio da legalidade está relacionado com a limitação da intervenção punitiva pois esta deve-se dar apenas nos casos de mais grave ataque à liberdade, ao patrimônio. A interpretação da lei é, para Mezger, o descobrimento e a determinação do seu próprio sentido em sua aplicação aos casos concretos da vida real. Todo trabalho interpretativo inicia-se com a procura do sentido de sua linguagem, ao lado de uma interpretação histórica e sistemática.

Apresenta-se especial atenção à relevância da interpretação teleológica: "[...] *Toda interpretación va más allá de los límites del texto y trata de descubrir los fines de la ley misma, pues toda ley es medio para la consecución de determinados fines sociales.*"[181] Dessa forma, a interpretação de cada tipo penal deve se orientar de forma finalista. A interpretação da lei penal deve perseguir, também, o fim último do ordenamento jurídico em sua totalidade. Este deve ser a diretriz básica do trabalho interpretativo. Deve-se, então, captar o valor próprio do Direito em sua totalidade. Toda a interpretação, em sua essência, é uma atividade criadora. Ao se orientar a fins acaba por tornar-se uma formação conceitual criadora em busca do verdadeiro sentido da lei ao caso concreto. Portanto, tem caráter individualizador e criador.

No que se refere à fundamentação da pena somente são lícitos determinados métodos interpretativos e sempre se deve manter a ligação com a configuração dos preceitos jurídico-penais que trazem tal fundamentação.

Esta concepção de Mezger acerca da interpretação da lei penal pode-se ser refletida no caso do furto da seguinte forma: deve-se referir ao furto, apesar da letra da lei, a ideia de apropriação antijurídica da coisa, não somente a apropriação da substância da coisa, mas também a apropriação de seu valor econômico. Além desta observação que o intérprete e aplicador da norma penal devem reconhecer, indaga-se como se pode afirmar que a interpretação perseguiu o fim último do ordenamento jurídico em sua totalidade (que para os neokantianos relaciona-se com a própria ideia de Justiça), quando os tribunais e juízes brasileiros não aplicam o princípio da insignificância quando este é devido? Ou não aplicam o

[181] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 138.

princípio da legalidade no que se refere a legitimar a intervenção penal somente diante dos mais graves ataques ao patrimônio e à liberdade?

Do mesmo modo, o conceito de propriedade é decisivo para se delimitar "coisa alheia", e Mezger apontava que tal conceito era advindo exclusivamente de regras do direito privado, podendo ser utilizado na interpretação no âmbito penal, por isso a importância do valor econômico[182]

Além destas ponderações acerca à interpretação da lei penal, acrescenta-se que a meta da interpretação é a adaptação da lei às necessidades e concepções da realidade do caso concreto. O Direito Penal seria algo em constante mudança e a principal tarefa da interpretação é adequá-lo com as necessidades e concepções do presente. Ora bem, na realidade do Brasil não se verifica tal preenchimento desta tarefa do trabalho interpretativo, pois os juízes e tribunais não adequam a valoração da propriedade e do patrimônio com a configuração atual da sociedade.

Como demonstração da equivocada interpretação, sem nenhuma adequação a realidade social brasileira, pode-se citar os três casos de furtos simples nos quais o Supremo Tribunal Federal, no mês de agosto de 2014, manteve a condenação criminal: um furto de dois sabonetes líquidos, um furto de 15 bombons e um furto de um par de chinelos. Ora bem, nesta interpretação e aplicação da norma penal pelo Supremo não houve nenhuma adequação com a valoração atual que tais objetos recebem. Não houve referência ao fim último do ordenamento jurídico em sua totalidade, nem respeito ao princípio racional da intervenção penal legitimada apenas aos mais graves ataques ao patrimônio. Ora, a decisão da "Suprema Corte" brasileira desrespeitou toda esta construção dogmática que aqui está sendo exposta para acompanhar um alarmismo social miditádico ao lado da expansão político-criminal, sem nenhuma adequação científica acerca do sistema jurídico-penal frente à tutela do patrimônio e da propriedade.

2.4.3 Contribuições de Guillermo Sauer acerca do Injusto Penal

De acordo com Sauer, *"[...] el derecho penal tiene la tarea de crear los princípios y las reglas según las cuales el delito há de ser tratado, a tenor de las exigências estatales, culturales, sociales e éticas*."[183] Os temas a respeito da pena, na perspectiva de Sauer, não são adequados para se expressar o que seria o Direito Penal, pois a pena (e seus fins determinados na histórica da dogmática penal) expressaria, unicamente, *"[...] las consecuencias, una consecuencia, mientras ocupa un espacio incomparablemente mayor su presupuesto: El*

[182] MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 143.
[183] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p.7.

delito. Más acertada es la denominación más antigua: Derecho Criminal."[184] Neste ponto, equipara-se, portanto, a opinião de Edmund Mezger e Guillermo Sauer a qual é compatível com os fins deste trabalho. Diferencia-se apenas no ponto em que, nesta presente pesquisa, não é o delito que ocuparia a essência do Direito Penal, mas sim a norma. E por dar esta devida importância à norma é que se defenderá às concepções do normativismo de Jakobs com fundamentação hegeliana. Todavia, não se pode desconsiderar as contribuições de outras escolas da dogmática penal as quais são apresentadas nestas análises sobre o injusto, notadamente em seu sentido material.

Em continuação com a exposição de Sauer, este defende que: "*El Derecho Penal es según su esencia y contenido el tratamento jurídico y ético social del delito*."[185] Acrescenta-se, ainda, *"[...] la cienca del derecho penal describe un círculo que se corta con otros dos círculos científicos: La criminologia y la ética social*."[186] Ora bem, vê-se neste ponto uma nítida base do Funcionalismo teleológico-radical e uma contraposição ao positivismo jurídico exposto na concepção de Liszt no início deste trabalho.

Na percepção de Sauer, a Criminologia considera *"[...] el delito como una aparición social de nuestra vida cultural; sólo como un hecho histórico sin referirlo a las leyes y orientaciones estatales, esto es, lo estudia como un hecho en conexión con las causas productoras del mismo.*"[187] Sauer apresenta esta concepção de Criminologia devido ao seu período histórico.

Na atualidade, não se pode conceber estes comentários acerca da Criminologia enquanto válidos pois a Criminologia Crítica e a Criminologia Radical cumprem exatamente a tarefa de estudar o delito em conexão com as leis que os produzem e, em um sentido mais amplo, com todo o aparato do sistema penal. Não se limita, hoje, o estudo apenas no controle formal, mas também alcança-se o controle informal e o seu papel perante a criminalidade e o delinquente.

No que se refere à ética social, também norteadora da dogmática-penal, segundo Sauer, *"[...] indica las supremas directrices que también son obligatorias para el derecho estatal o que debían serlo si quiere ser efectivo y duradero*."[188] Dessa forma, apresenta-se a necessidade de reforma das leis com orientação às concepções ético-sociais, sociológicas,

---

184 SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 7.
185 Ibid.
186 Ibid.
187 Ibid.
188 Ibid., p. 8.

políticas, histórico-culturais. Afirma-se que: "*Así extraae el derecho penal fuerza vital y contenido valioso de la sociologia y la ética social.*"[189]

A tarefa da Filosofia Social é diferenciada da Filosofia do Direito, segundo a perspectiva de Sauer. A primeira realizaria um juízo de valor social desde o ponto de vista lógico-objetivo, desde o ponto de vista da humanidade. A segunda consistiria em juízos de valor desde o ponto de vista subjetivo do Estado. A ética seria o juízo de valor desde o ponto de vista subjetivo do indivíduo. Estas três dimensões influenciariam nos estudos do Direito Penal como totalidade. Ressalta Sauer:

> *La doutrina, aqui sustentada, de la totalidad elabora sus resultados y acepta en parte también sus modos de pensar, en la medida que las proprias funciones jurídicas lo permiten y lo exigen. La vieja dogmática del derecho penal espera de este cruce de principios científicos fundamentales y de métodos un rejuvenecimiento y enriquecimento. Una utilización de los conocimientos criminológicos para la Parte Especial del Derecho Penal [...]. Aquí será, por primera vez, impregnada la Parte General por la Criminología y la Ética Social, naturalmente bajo salvaguarda del modo de pensar dogmático-formal. De esta manera el Derecho Penal será construído de un modo tridimensional como ya propuse en mi "Doctrina del método jurídico", publicada en 1940*.[190]

Assim sendo, para se adotar o método de estudo do Direito Penal enquanto totalidade, a inserção da Criminologia na Dogmática Penal fazia-se necessária. No positivismo, a Criminologia e a sociologia eram apenas aportes do sistema jurídico-penal. Preocupava-se apenas com o conhecimento dos fatos e em suas interpretações. Já em uma concepção totalitária da dogmática penal mantém-se o aspecto formal *"[...] en razón al grado de certeza del orden jurídico-penal, se integra éste por las contribuciones que representan las dimensiones criminológica y ético-social*."[191]

Seria por meio da consideração sociológica e ético-social que se apoiaria o conceito essencial da antijuridicidade material em contraste com a antijuridicidade analisada de forma puramente positivo-legal. A importância dos posicionamentos de Sauer para a análise dos crimes patrimoniais está, notadamente, na seguinte passagem:

> *También debían ser compreendidos desde el punto de vista material otros conceptos: la culpabilidad, la acción, la omisión, la tentativa, la participación e incluso la causalidad. La visión ético-social ve en la justicia la medida y la meta, la sociologia en la utilidade, la dogmática en la seguridad jurídica. Estos tres principios puden en un caso particular, por ejemplo, en la medición de la pena,*

---

189 SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 9.

190 Ibid. p. 10.
"*La criminologia como investigación de los hechos no está sujeta sólo, por ejemplo, al método naturalístico, es decir de las ciencias de la natureza sino también al método sociológico; también ella es referida a los valores y a las normas, en cuanto aclara e interpreta todos los objetos que después son delimitados en las normas del derecho penal. La falta consiste en dar al derecho penal los objetos que son labrados por las ciencias naturales*."

191 Ibid.

> *conducir a resultados contradictorios; la doctrina de la totalidad los aúna en armonía y evita el conflito y la parcialidade*.[192]

Demonstrava-se, neste contexto, a relevância de se empregar também o método funcional, ou seja, *"[...] los conceptos tienen que cumplir determinadas funciones; solamente de esta manera se justifican*."[193] Esta adoação do método funcional apresenta-se em contraste com o tratamento formal, deductivo, lógico-conceptual do positivismo. Salienta-se: "*Los conceptos dogmáticos deben adaptarse a estas funciones, las más importantes de la justicia penal*." Na concepção de Sauer, *"[...] conocimiento significa comprensión sistemática de los elementos en concexión.*" Tem-se, portanto, uma defesa de sistematização do conhecimento e de uma orientação às funções dos conceitos jurídico-penais. Esta estrutura se refletirá no funcionalismo racional-teleológico.

> *No se aduce, por ejemplo, una pedante exposición sistemática superficial, sino uma sistemática interna, que también es inherente a un buen comentário. Esto es teria pura del derecho penal. Para un conocimiento de un análisis semejante, se necesitan precisamente los conceptos fundamentales, importantes e incontrovertidos que aparentemente presentan la máxima sencillez pero que em realidad son de natureza sumamente complicada, como por ejemplo: querer, actuar, omisión, causalidad*.[194]

O método que concebe a totalidade do Direito e o método funcional são adequados, para Sauer, na solução de vários problemas de cunho dogmático: *"[...] se necessita solamente separar sus elementos unos frente a otros e introducirlos en la totalidad del derecho, concebidos de un modo essencialmente funcional*."[195] Ao lado destes métodos citados, tem-se a importância do método normativo enquanto um contraste ao método naturalístico. Somente o método normativo, ou seja, aquele método referido às normas consegue superar os problemas jurídico-penais. Ainda contrapõe-se à subsução lógica do positivismo, o método regulativo para o qual o Direito Penal não deveria se limitar a uma mera subsunção do fato concreto à norma, mas que deveria orientar-se deste um ponto de vista ético-social: ou melhor, desde a Ideia de Direito e seus princípios de Justiça, bem comum e segurança jurídica. Este conjunto metodológico que forma o pensamento dogmático de Sauer.

Após esta exposição da parte metodológica de base neokantiana pode-se adentrar, em espeícifo, nos reflexos jurídico-dogmáticos, com ênfase na ponderação de que é com esse aparato metodológico exposto que se pode conceber a essência e a relevância do conceito material do injusto, tão relevante para os fins desta pesquisa. Além do mais, esta base

---

[192] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 10.
[193] Ibid.
[194] Ibid., p. 15.
[195] Ibid.

metodológica se refletirá, de forma nítida, na concepção moderna do funcionalismo teleológico-racional cujo principal expoente seria Claus Roxin, o qual será trabalhado mais adiante.

De acordo com Sauer, as funções e fins do Direito Penal apresentam-se em torno da luta entre as teorias jurídico-penais. Dentre estas, cabe expor dois pontos de partida da história dogmática-penal, quais sejam: A teoria absoluta e a teoria relativa. Estas já foram explicadas com a exposição de Franz von Liszt. Somente serão ressaltados os posicionamentos pessoais de Sauer em relação ao assunto.

No que se refere à Teoria Absoluta, Sauer aponta que a melhor denominação seria Teorias da pena conforme à Justiça, cujos principais expoentes foram Kant e Hegel. A Escola Clássica representada por Karl Binding, Beling, Schimidt, Finger, dentre outros também adotou tal teoria.

Nesta perspectiva, a pena teria seu fundamento referido somente ao delito de acordo com sua gravidade a qual determinaria a quantidade da pena para se satisfazer as exigências do ordenamento jurídico e da Justiça. A retribuição estaria ligada à dimensão objetiva do delito o qual deveria representar um dano social por meio do ato injusto. Sauer afirma que, por meio dos estudos de estatística criminal, podia se perceber, na época, que mesmo com o aumento e aperfeiçoamento de leis penais a criminalidade aumentava, notadamente a criminalidade grave. Para Sauer esta criminalidade grave seria a criminalidade crônica: os reincidentes, delinquentes profissionais e habituais. Esta realidade concreta fez questionar se a pena cumpre seu fim ou se este deveria ser outro que não a referência à Justiça.

Em relação à Teoria Relativa, melhor denominada por Sauer enquanto Teorias do fim, da proteção ou da prevenção, se preocupam não com o delito ocorrido, mas sim com as condutas futuras. Foram representantes e sucessores de tal teoria: Lizt, Mayer, Radbruch, Dohna, Schimidt, dentre outros.

Decorre-se à ideia de prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral seria a intimidação de todos os membros da comunidade jurídica por meio da ameaça da pena (prevenção geral positiva) ou do castigo do particular (prevenção geral negativa). Sauer apresenta críticas a esta concepção no sentido de que se exige do legislador ou do aplicador da lei penal penas muito altas que ultrapassam a medida de culpabilidade. A ameaça penal permanecia ineficaz frente aos delinquentes graves segundo as estatísticas criminais da época.

Assim, nas palavras de Sauer: "*El defecto ético-social de estas teorías es que alguien sufra injustamente penas elevadas sólo para que produzcan efectos em otros*."[196]

Os injustos consistentes na pequena criminalidade patrimonial correm o perigo, no contexto atual do Brasil, de recaírem neste aspecto negativo apontado por Sauer, pois acabam recebendo penas desproporcionais em relação ao dano causado, como uma forma de se afirmar os efeitos da afetação da propriedade privada e do patrimônio aos outros membros da comunidade jurídica. Como será salientado, a gravidade da conduta, o dano produzido e os motivos que levaram o agente a praticar tal conduta devem ser levados em consideração para que não se aplique penas desproporcionais, a ponto de se lesionar princípios político-criminais como a proporcionalidade e a subsidiariedade.

Tem-se, ainda no âmbito da teoria relativa, a ideia de prevenção especial a qual é orientada sobre o próprio autor. Sauer bem estabelece que é a prevenção especial o foco central da teoria relativa. Apresenta críticas a esta concepção no que se refere à ausência de referência de valoração adequada ao juiz. Neste mesmo campo da prevenção especial, apresenta-se a ideia de correção a qual recairia sobre a prevenção da reincidência e à ressocialização. Como bem pondera Sauer: "*Ante todo la pena educativa es en sí misma una contradicción, pues educación es bendición y beneficio. La pena es sufrimiento y dolor*."[197]

Ainda no âmbito da prevenção especial tem-se a ideia de segurança da comunidade estatal por meio da "*inocuización de los incorregibles*."[198] Sauer aponta o pensamento de Lizt para o qual: *"[...] donde a educación falta adviene la seguridad que se acredita como el medio primero y más urgente de la lucha político-criminal*."[199] Sobre esta concepção de neutralização ou incapacitação muitas críticas deveriam ser realizadaspois ampliam, de forma arbitrária, a intervenção penal. Entretanto, não há espaço neste momento para se desenvolver tais críticas. Remetemos o leitor à análise de Liszt sobre os delinquentes habituais, no início deste capítulo, a qual recai aos crimes patrimoniais.

A intensificação da luta entre a teoria absoluta e relativa, segundo Sauer, começa com o desenvolvimento da política criminal de Franz von Lizt e com a inclusão das ciências auxiliares e da Criminologia. Sauer aponta Mezger e R. von Frank como representantes de uma Escola intermediária que visava evitar os extremos de ambas teorias e unir seus fins legítimos. Acreditava-se que as divergências se baseavam na não conciliação dos três princípios orientadores do Direito (remete-se as explicações filosóficas de Radbruch no início

---

196 SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 19.
197 Ibid.
198 Ibid., p. 20.
199 Ibid.

deste capítulo), quais sejam: Justiça, adequação a um fim (utilidade, bem comum e utilidade do Estado) e Direito Formal (segurança jurídica).[200]

Pois bem, as ciências auxiliares, durante muito tempo, seguiram de forma independente da dogmática penal; mas, posteriormente, começaram a influenciar internamente em sua construção diante da noção de Ciência de Direito Penal total. Considera-se como ciências auxiliares as ciências naturais como a Biologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Psiquiatria Criminal, a Sociologia Criminal, a Estatística Criminal e a Criminologia. Procurava-se, então, a integraçãoentre todas estas ciências com a dogmática jurídico-penal. Esta aparato metodológico de Sauer reflete-se em sua própria concepção sobre o injusto penal.

No que se refere ao injusto, Sauer aponta que o objeto do injusto é o agir, é a decisão de agir ou omitir. A medida é a antijuridicidade a qual em seu sentido formal consistiria em ilegalidade e em seu sentido material consistira na contradição com a justiça social, assim como com o bem comum (estatal). Esta contradição forma a danosidade social da conduta ou, pelo menos, na periculosidade social da conduta.[201] Esta "danosidade social" de Sauer seria uma valoração penal de suma importância à análise do conteúdo material do injusto no âmbito dos crimes patrimoniais. Se, nas condutas que afetam uma dimensão individual do patrimônio, não há esta contradição com a justiça social, com o bem comum; se não se verifica tal danosidade social não se preenche a categoria da antijuridicidade material constituidora do injusto penal embora, em uma primeira análise formalista, pode-se apresentar o preenchimento do sentido formal de ilegalidade. Entretanto, o preenchimento apenas deste nível não é suficiente para a legitimação da intervenção penal.

Acerca da relação de causalidade entre ação e resultado esta passa a ser conhecida e fixada somente a partir do ponto de vista do justo e injusto. Tem-se que realizar uma valoração jurídica sobre a causalidade. Na construção de Sauer, a ciência teria que contemplar sua investigação com a seguinte graduação: Injusto junto com tipicidade. A ciência precisaria investigar o conteúdo material do injusto antes de sua configuração formal na lei. O injusto penal, na concepção de Sauer, é a negação da ideia do Direito; fixar a sua essência é tarefa da Filosofia do Direito. Pois bem, se a conduta que afeta uma dimensão individual do patrimônio não tem a potencialidade de negar a ideia do Direito não se pode configurar um injusto penal.

Neste sentido, Sauer afirma que *"[...] toda comunidad en la que los hombres se unen en un obrar común y en una común aspiración de valores, determina el valor del hombre y de su*

---

[200] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 22.
[201] Ibid., p. 95.

obrar según la medida en que él satisfaga las tareas y los fines de esta comunidad."[202] O mesmo vale para a comunidade estatal. "*La suprema medida será marcada por el bien común estatal y determinada más proximamente por las tareas y fines culturales del Estado en particular.*"[203] Conceitua-se o justo da seguinte forma: "*Justo es el juicio y el tratamento de un hombre y de su obra según la medida en que ellos corresponden al bien común.*"[204] Assim sendo, para caracterizar as tarefas e fins sociais serão elaboradas diversas normas e leis que devem se renovar e se complementar segundo as mudanças sociais.[205] Confirma-se, novamente, que a estruturação das normas penais no campo dos crimes patrimonias ao trazer um excesso de criminalização e punição não acompanham as mudanças sociais, principalmente em relação ao valor do patrimônio da configuração da sociedade capitalista atual.

Como fora analisado na exposição da filosofia neokantiana de Radbruch, o Direito está orientado à ideia de Direito a qual traz três princípios os quais, para Sauer, representam: "*El bien común es la faceta pscicológica, la justicia la ético-social-normativa, la seguridad jurídica la forma-jurídica de la idea del Derecho*."[206] Neste âmbito, Sauer muito comenta que as normas penais devem referir-se ao conteúdo material de valor: "*El juez y el ciudadano están sometidos por razones de seguridad jurídica a las normas.*"[207]

O juiz necessitaria de intervir na tarefa do legislador para a aplicação da lei ao caso concreto. "*El Derecho es justicia concreta y al mismo tempo general*."[208] Acrescenta-se: "*Toda sentencia debe ser capaz de generalización.*"[209] A sentença somente poderia ser considerada justa quando for capaz de ser utilizada no futuro, na vida da comunidade, em casos semelhantes. Dessa forma, Sauer desenvolve estudos sobre a capacidade de generalização da sentença e, segundo esta vertente, o objeto de valoração não recairia em uma conduta isolada, mas sim em sua tendência geral: "*Solamente ésta pude ser considerada naturalmente por la legislación y la ciencia; um entendimiento importante para la comprensión de la causalidade*."[210]

Devido a este pensamento que coloca como valoração a tendência geral da conduta, a pequena criminalidade patrimonial recai nos discursos sobre os quais não se poderia defender estas condutas enquanto não "merecedoras de intervenção penal", pois se verificaria uma

---

[202] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 97.
[203] Ibid..
[204] Ibid.
[205] Ibid.
[206] Ibid.
[207] Ibid.
[208] Ibid.
[209] Ibid., p. 98.
[210] Ibid., p. 99.

tendência à repetição e à acumulação, tornando-se necessária a intimidação. Mas o que se pretende demonstrar é que com a devida diferenciação do injusto, dentro da própria pequena criminalidade patrimonial, consegue-se retirar este caráter generalizante de tais condutas que afetam uma dimensão estritamente individual do patrimônio, motivadas por circunstâncias da própria estrutura sócio-econômica. E o mais importante é não esquecer, mesmo que se diz que a pequena criminalidade patrimonial apresenta uma tendência a se generalizar, de que a conduta individualmente considerada deve preencher a categoria da danosidade social, sob o risco de não se ter a materialização do injusto configurada.

Ademais, remete-se o leitor à última parte do terceiro capítulo a qual ilustra com dados estatístivos que a maior parte dos injustos nos crimes patrimoniais apresentam-se de forma conjugada a outros delitos. Os crimes patrimoniais cometidos sem nenhuma associação de crimes representam um número minoritário. O que se critica é que tanto os injustos conjugados quando os injustos patrimoniais isolados são colocados em um mesmo bloco sob uma mesma valoração. Isto representa um equívoco dogmático que legitima a intervenção penal de forma nitidamente seletiva.

Perante estas considerações, Sauer ressalta que a tarefa do juiz é criar, por meio da utilização da própria experiência, dos precedentes e dos conhecimentos científicos, a norma adequada: "*La norma que garantisse un resultado justo y útil a la comunidad; esta norma concreta de configuración debe ser apropriada y está llamada incluso a ser em seguida precedente para las sentencias futuras*."[211] Estabelece-se que o método comparativo pode conduzir a melhor solução a um caso concreto de acordo com as circunstâncias: *"[...] puede aleccionar en la comparación de los casos, de los tipos legales y de las valoraciones a continuación, si una decisión satisface más que outra a la Justicia y el Bien Común.*"[212]

Sobre a questão acerca da ponderação de bens, Sauer refere-os aos valores e os coloca em níveis de preferência de acordo com sua utilidade ideal-cultural. Assim, a Ideia do Direito é colocada como lei jurídica fundamental. Complementa-se

> *Es jurídico en sentido material un obrar (proceder, actuar, omitir), que en su tendencia general generalizada procura a la comunidad estatal (comunidad popular insertada en el Estado) más utilidad (ideal, cultural) que daño. Por el contrario, se manifiesta el concepto muy buscado de la antijuridicidad material como un obrar que en su tendencia general generalizada procura a la comunidad estatal más daño (ideal, cultural) que utilidade; acarrea a ella más desvalores culturales que valores*.[213]

---

[211] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 100.
[212] Ibid.
[213] Ibid., p. 101.

O injusto formal tem a função de levar ao tipo o injusto material. Por conseguinte, o conteúdo desvalorizado do injusto material deve ser "*viviente, perceptible*."[214] A tipicidade, seria o indício deste conteúdo desvalorizado. Salienta-se que, perante esta perspectiva, a inserção típica do injusto material nos tipos – por exemplo as lesões-, não satisfaz a antijuridicidade formal. Coloca-se o conceito do injusto material como raiz das causas de justificação. Sauer aponta que há problemas quando se compreende de uma forma fechada e unilaterial a antijuridicidade apenas em seu sentido formal.

Evidencia-se que se uma conduta não é considerada antijurídica, é, então, juridicamente permitida. Dessa forma, Sauer caracteriza a antijuridicidade formal como ilegalidade no sentido de realização do tipo sem o preenchimento de causas de justificação. "*Formalmente antijurídico es un comportamento típico junto al que no se dan especiales causas de justificación*."[215]

No que tange ao momento de aplicação da norma, Sauer afirma que o juiz deve fixar, em primeiro lugar, todas as características do tipo e os elementos subjetivos. Após este exame, tem-se que analisar a existência ou não de causas de justificação. Desse modo, dar-se-á a análise da antijuridicidade formal, ou melhor, do injusto objetivo.

Ao se verificar o preenchimento do injusto objetivo, tem-se indicada à periculosidade social da conduta, ou seja, o injusto material que se percebe por meio dos elementos do injusto formal: sua expressão típica. Nestas análises, o juiz deve orientar-se ao exame sobre se a conduta era ou não socialmente útil e positiva. O injusto material seria o marco das causas de justificação. "*Allí se muestra, ante todo, el injusto material, la ley jurídica fundamental del bien común y de la justicia, en función, en movimento*."[216]

Outro ponto importante de se mencionar na teoria de Sauer refere-se às possíveis contradições entre os princípios da Ideia de Direito. O autor afirma que não há contradições entre Justiça e Bem comum, pois o tratamento justo só o é se corresponde ao bem comum. "*La Justicia y el Bien Común pertenecen ambos al Derecho material y son elementos de Ley jurídica Fundamental*."[217] A contradição que pode ocorrer é entre estes dois princípio e o Direito formal, sendo que este último recebe a preferência por se tratar de uma questão de segurança jurídica. Somente nos casos excepcionais poder-se-ia permitir um retrocesso da segurança jurídica frente à injustiça evidente e ético-socialmente insuportável.[218]

---

[214] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 101.
[215] Ibid., p. 104.
Sauer, assim como fora explicado em Mezger, nega a existecia de uma antijuridicidade especial penal.
[216] Ibid., p. 106.
[217] Ibid., p. 107.
[218] Ibid.

Resta esclarecido, portanto, que o injusto material, na concepção de Sauer, deve ser orientado pelos três princípios da Ideia de Direito. Quando se discute a questão da avaliação objetiva de bens, esta deve referir-se a melhor medida que seja possível para realizar a Ideia de Direito.[219] Apresentados os principais posionamentos de Sauer, tem-se que, neste momento, realizar algumas reflexões sobre as possíveis contribuições deste pensamento assinalado à estruturação das normas penais dos crimes patrimoniais, e melhor, à interpretação e aplicação destas normas.

Como já fora comentado, a grande relevância da Filosofia Neokantiana que não se pode negada refere-se à abertura valorativa do sistema jurídico-penal, de forma a confrontar concepções que analisavam os elementos do delito de uma maneira puramente formal. Ao contrário, os pensamentos de Sauer são relevantes na medida em que materializam o injusto penal, ou seja, o refere à Ideia de Direito e seus princípios e, por isso, à noção de danosidade social: analisa-se o injusto além de seu aspecto formal; mas, como ponto primordial, seu lado material no qual a conduta deveria representar uma contradição à Justiça Social e ao bem comum, gerando assim uma danosidade social ou uma periculosidade social.

Dessa forma, as normas dos crimes patrimoniais e sua interpretação devem referir-se a valores sociais, notadamente o valor que o patrimônio recebe na sociedade atual. Todavia, uma análise concreta sobre a realidade social na qual as normas referentes aos crimes patrimoniais estão inseridas merece destaque. Cumpre ressaltar o que seria "Justiça Social e bem comum" na configuração social, econômica e política brasileira. Em uma sociedade que lida, até hoje, com os resultados do perído de colonização, com a marginalização e exclusão social e com a divisão em classes sociais, como se pode confirmar uma real e concreta justiça social? O bem comum para o qual o ordenamento jurídico-penal deve se referir, no campo dos crimes patrimonias, engloba a massa de 'não proprietários' ou melhor seria dizer "bem comum daqueles que possuem propriedades? Percebe-se que uma separação absoluta entre valor e realidade acaba por ofuscar as desigualdades sociais no âmbito dos crimes que afetam, notadamente, a dimensão da propriedade privada.

As condutas que atingem a propriedade privada e que resultam em um dano de natureza iminentemente individual não têm a potencialidade de contradizer a Justiça Social nem ao bem comum; pois, como fora exposto na fundamentação sociológica do primeiro capítulo, estes valores não são concretos para a realidade de determinados autores de tais delitos. Além do mais, os crimes patrimoniais em sentido estrito são mais uma consequência da própria estrutura social do que propriamente uma periculosidade socia no sentido de um

[219] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 110.

questionamento e de um enfrentamento à estrutura social estabelecida. Enquanto mantido a divisão entre proprietários e não proprietários muito difícil seria não encontrar violações na propriedade alheia.

Ao contrário do que Sauer propôs em relação às ideias de se analisar a tendência geral de uma conduta não se pode, aqui, concordar. Pois a pequena criminalidade patrimonial resulta em danos de cunho individual e não social; sendo inconcebível, em nome de uma intimidação, continuar a aplicar penas privativas de liberdade a esta categoria, pois tais condutas analisadas de forma isolada não representam uma periculosidade social, nem mesmo podem ser consideradas generalizáveis de acordo com as estatísticas criminais. Se mesmo assim se quer afirmar que são condutas generalizáveis, isso se daria como consequencia do próprio modelo de estrutura social assimétrica na qual estão inseridas.

Pode-se dizer que os furtos de objetos de consumo em lojas de departamento não preenchem o injusto material no sentido de negarem a ideia do Direito, pois como se pode falar em violação ao princípio da Justiça em um contexto social desigual e injusto? Como a afetação da propriedade em um âmbito privado pode negar a Ideia do Direito sendo que se atinge apenas interesses privados?

Já as condutas que configuram roubos a bancos, por exemplo, podem atingir o patrimônio em uma dimensão social no sentido de atingir o patrimônio de várias pessoas (e não apenas da instituição financeira). O valor do patrimônio, como fora explicado no primeiro capítulo, não pode ser analisado de forma desconexa com a importância que o capital global representa na configuração da sociedade autal, na qual os capitais individuais podem ser sacrificados, nos jogos econômicos, em nome da proteção do capital global e do capital social. Assim sendo, aquele valor do patrimônio, cunhado de forma clássica e individualista, apesenta-se desatualizado. Pois apenas uma dimensão de dano patrimonial que atinge o socialmente protegido poderia merecer pena dentro da própria lingagem do sistema. Caso contrário, deveria ser resolvido em outro âmbito jurídico, como o Direito Civil.

Como Sauer estabelece tem-se uma comunidade em que os indivíduos se unem em um agir comum e em uma aspiração comum de valores, a qual determina o valor do próprio indivíduo e de suas condutas segundo a medida em estas condutas satisfaçam os fins da própria comunidade. Pois bem, não se pode falar, pelo menos no âmbito dos crimes patrimoniais, que os indivíduos envolvidos na comunidade apresentam um agir comum e uma aspiração comum de valores, pois estão em uma permanente luta e conflito: entre proprietários e não proprietários não se pode falar de uma mesma aspiração de valores. Essa aspiração, no campo dos crimes patrimoniais, já se apresenta de forma desigual. As condutas dos não proprietários são medidas

de acordo com os fins da própria comunidade em si assimétrica. Ao se levar tais contradições ao âmbito da norma se oculta tal realidade (é justamente o que a metodologia neokantiana acaba realizando: separação do ser e dever ser) e se produz consequências gravosas à liberdade individual, direito também dos não proprietários.

Não se pode conceber que a afetação do patrimônio somente em sua dimensão individual tem a potencialidade, até mesmo em uma dimensão abstrata e não concreta, de negar o bem comum e os fins culturais. Se o juízo justo é aquele segundo a medida que a conduta corresponde ao bem comum, não se pode falar que a proteção de interesses privados seja um juízo orientado ao bem comum.

No que se refere ao plano da interpretação e aplicação da norma penal, se não houver a atualização de valor do patrimônio, para além de uma perspectiva individualista, não se pode falar em sentença justa perante a concepção de Sauer. Como este bem explica, as normas e leis caracterizam os fins sociais, e por isso mesmo, devem se complementar e se renovarem segundo as mudanças das circunstâncias sociais.

Além do mais, as decisões generalizáveis apresentam graves perigos na realidade brasileira atua pelo fato de que as sentenças já apresentam uma visão equivocada em torno do valor do patrimônio e da propriedade, apegando-se apenas à dimensão individualista e formalista do injusto. Se se legitima a utilização de sentenças construídas de maneira formalista e sem nenhuma análise da materialização do injusto para vários outros casos futuros haverá uma verdadeira generalização de sentenças injustas, desproporcionais e contraditórias. Cita-se como ilustração uma decisão da 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo[220], a qual manteve a condenação de um sujeito ao crime de furto por subtrair o valor de 8 (oito) reais e 5(cinco) centavos de um estabelecimento comercial. A fundamentação do Tribunal está na alta periculosidade social do agente por ter ele "arrombado" uma janela para adentrar no estabelecimento. Ora bem, como defender sentenças generalizáveis neste contexto do judiciário brasileiro? Relembra-se também, neste ponto, os três casos recentes de condenação por furto pelo Supremo Tribunal Federal já apresentados acima.

Outro grave problema da perspectiva de se analisar a danosidade ou periculosidade social da conduta por meio de sua tendência generalizável é justamente não se especificar de qual injusto estar a se falar, pois na sociedade atual trata-se dos crimes patrimoniais como danosos socialmente devido a sua tendência generalizável, sem se separar os injustos, pois se eles forem devidamente distinguidos poder-se-ia comprovar que nem todos os que compõem o setor dos crimes patrimoniais apresentam tendência generalizável.

---

[220] SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.

Acrescenta-se, ainda, que o propósito, ou seja, os motivos que levaram o agente a cometer um furto, um roubo, um estelionato, dentre outros, quando se apresentam de forma relacionada a outros crimes apresentam uma preocupação maior, ou melhor, um desvalor cultural maior que um valor. Este complexo de condutas associadas a outros crimes é que pode apresentar a tal tendência generalizante e, por isso, deveria ser separado das condutas cuja motivação seja estritamente patrimonial, ou seja, afetação do patrimônio em sua dimensão individual, sem configurar uma grave danosidade social.

No que tange às categorias do delito, em específico no que se refere à tipicidade, para Sauer, esta é a antijuridicidade tipificada. O tipo representaria uma reunião típica dos elementos desvalorizados juridicamente relevantes e socialmente prejudiciais; como tipo abstrato generaliza o tipo concreto.[221] Neste sentido, o tipo é um sintoma da criminalidade objetiva, da danosidade social e da periculosidade da conduta. Os tipos da parte especial dos Códigos Penais formam uma lista de valores na qual se conhece a gravidade do injusto. Os tipos, portanto, não são atos livre de valores, mas possuem uma importância normativa para diversos problemas jurídico-penais.

Pois bem, no que tange às condutas que lesionam o patrimônio em sua concepção individualista, questiona-se: onde se configura os elementos desvalorizados socialmente prejudiciai se a afetação fora em um âmbito privado? Portanto, se não se encontra esta desvalorização no sentido de um prejuízo social, não se tem nem ao menos o preenchimento do tipo objetivo.

No caso do furto e em relação aos elementos subjetivos do injusto, Sauer estabelece que a intenção de apropriação não pertenceria somente ao próprio injusto, objeto tipificado; mas, também, pertenceria à culpabilidade: necessita-se de uma intenção que ultrapassa o dolo e dirija-se à utilização. Injusto e culpabilidade, para Sauer, se diferenciam na medida valorativa (ou seja, no juízo objetivo perante a danosidade social e a ilegalidade da conduta frente à reprovação subjetiva da culpabilidade). Entretanto, o injusto e a culpabilidade não se diferenciam no objeto pois o querer e o agir estão em um e em outra.[222] Complementa-se "*Así se explica que el juicio del injusto pueda referirse también a elementos subjetivos como la*

---

[221] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 111.
Acrescenta-se, nas palavras de Sauer: "*La función del tipo es por eso la determinación del querer y el obrar. Se pude prohibir solamente un obrar o un omitir que probablemente ocasione un resultado danoso; pero no se puede prohibir justamente el resultado, el daño como tal, y concluyendo, hacer responsable de él a toda conducta humana que de algún modo haya sido condición del resultado o haya tenido relación externa con él*." Ibid., p. 114.

[222] Ibid., p. 119. Complementa-se: "*Así se explica que el juicio del injusto pueda referirse también a elementos subjetivos como la intención, el fin, el motivo; e por eso se incluyen también en la tipicidade objetiva elementos subjetivos que se reproducen aún en el juicio de culpabilidad*."

intención, el fin, el motivo; e por eso se incluyen también en la tipicidade objetiva elementos subjetivos que se reproducen aún en el juicio de culpabilidad."[223]

É preciso realizar duas distinções no âmbito das motivações e propósitos do agir: 1. A análise destas motivações relacionadas com as circunstâncias sociais do agente que o levarão a agir desta ou daquela maneira para se medir o juízo de culpabilidade: sua reprovação e exigibilidade de conduta diversa; 2. A análise da intenção se realizaria, em um nível mais técnico, no âmbito do tipo, com o exemplo de que no furto o agente subtraiu a coisa propriedade de outrem com a intenção de apropriar-se como se dono o fosse; 3. A análise a saber se a apropriação está ligada à outros crimes, como o crime organizado e o tráfico de drogas; motivação esta última mais complexa do que simplesmente a motivação de apropriação cujo propósito está delimitado apenas em circunstâncias sociais/consumistas de valoração do objeto subtraído; poderia ser realizada no âmbito do injusto material, ou, da própria materialização da antijuridicidade, no preenchimento da danosidade social.

Esta mesma análise pode ser empregada ao roubo mesmo que este não seja um crime patrimonial puro pois também atinge a integridade física da vítima. Deve-se considerar a motivação também para a análise dos critérios de merecimento e de necessidade de pena. Pode-se dizer que o primeiro se daria no plano da antijuridicidade e o segundo da culpabilidade.

Mesmo que Sauer assim não pensasse, pode-se dizer que aquele injusto cujo fim, cujo propósito ou motivo não representa elementos socialmente prejudiciais, como é o caso das condutas que afetam apenas a dimensão individualista do patrimônio, não preencheria a categoria do tipo, nem da antijuridicidade, nem da culpabilidade. Deve-se analisar o conteúdo desvalorativo da conduta, diante de uma dimensão social, para se chegar a esta conclusão.

Com o mesmo exemplo citado na análise de Mezger, não se pode admitir, que em pleno século XXI, o Supremo Tribunal Federal ainda condene penalmente o furto de um par de chilenos, outro de dois sabonetes líquidos e outro de quinze bombons como se estes injustos apresentassem seu campo material preenchido. Ora, estes injustos nem sequer deveriam estar no âmbito penal por não resultarem em elementos socialmente prejudiciais, mas apenas uma afetação de interesses privados. Mas se mesmo assim os considerem merecedores de pena, não se pode falar em necessidade de pena com respeito aos princípios político-criminal da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Sem a abertura metodológica que fora explicada no começo desta exposição sobre as contribuições de Sauer à construção do conceito de injusto material, não se consegue limitar a

[223] SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956. p. 119.

intervenção penal nos crimes patrimoniais na configuração da sociedade atual. Um apego, por nossos tribunais e juízes, a um mero formalismo jurídico em que no máximo se verifica o injusto formal – objetivo - de Sauer (ou seja, o preenchimento do tipo objetivo e a ausência de causas de justificação) e ignora-se toda a construção histórica e dogmática de se analisar a materialização dos elementos do delito. A operacionalidade das normas penais dos crimes patrimoniais, na sociedade brasileira, tem-se apresentado como uma própria negação do Direito, uma negação a sua própria Ideia (seja na perspectiva neokantiva de valor, seja na perspectiva hegeliana de sentido, de conceito). Nega-se, pela própria prática penal, o valor abstrato da Justiça orientadora das normas penais. Equipara-se a atuação dos tribunais ao próprio delito!

Esta negação do Direito ocorre até mesmo frente à atuação do legislador no momento em que compara, perante a norma, condutas cujas essências são diferenciadas. Pode-se esclarecer com mais um exemplo. Na configuração atual da sociedade global o terrorismo torna-se uma preocupação às grandes potências econômicas. Os meios de comunicação em massa apontam enquanto principais meios de financiamento do Estado Islâmico, por exemplo, o domínio do comércio de petróleo ao lado de extorsões mediante sequestros, roubos, furtos.

Ora bem, o Jornal Folha de São Paulo relatou, na data de 20 de novembro de 2015, que um dos meios de financiamento do Estado Islâmico está nos furtos de grandes obras de arte e monumentos os quais são vendidos, posteriormente, no mercad negro. Ademais, as extorsões mediante sequestro de civis retratam uma grande porcentagem de arrecadação financeira ao Estado Islâmico. Esta hipótese tratada no meio de comunicação pode servir de exemplo para o que aqui se discute. A conduta cuja essência está no financiamento de um grupo considerado como terrorista é configurada enquanto um furto assim como o furto de dois pacotes de bolacha. No momento da construção normativa e, principalmente, no momento de interpretação e aplicação da norma deve-se ter uma preocupação em relação às diferenciações que ocorrem no âmbito do injusto para não se comparar condutas distintintas sob uma mesma valoração.

2.5 Funcionalismo Racional-Teleológico: Análise da concepção de injusto em Claus Roxin e Jorge de Figueiredo Dias e as possíveis contribuições ao campo dos crimes patrimoniais

Claus Roxin, em sua obra "*Política Criminal e Sistema jurídico-penal"* expõe uma contraposição ao pensamento positivista naturalista para o qual o Direito positivo se

desenvolve por meio de um sistema fechado, conforme princípios lógico-dedutivos, isto é, preceitos concretos da lei. As considerações criminológicas e político-criminais não poderiam adentrar no âmbito jurídico, deveriam ser objeto de outras ciências.

Na concepção de Liszt, apesar da relevância conferida à política criminal, era a dogmática penal que ocupava o topo da hierarquia entre as ciências criminais. Figueiredo Dias salienta que, para Liszt, a política criminal deveria se limitar a sua função de revelar os caminhos da reforma penal, ou seja, "[...] ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, a sistematização e, em definitivo, a aplicação de normas jurídico-penais."[224] Liszt, por estar em um contexto de Estado Liberal, confirmou o princípio da legalidade enquanto uma barreira à punibilidade. Assim, caberia à dogmática penal selecionar o objeto da política criminal. Esta continuaria a não poder ser outra coisa que uma simples ciência auxiliar do direito penal.[225] A Criminologia e a Política Criminal não deveriam influenciar na construção de conceitos jurídico-penais, apenas poderiam propor recomendações às reformas penais.

Em um contexto de Estado Social a situação se inverte. A política criminal alcança sua autonomia perante a dogmática penal. Entretanto, como bem demonstra Figueiredo Dias, a "[...] função integrativa da ciência conjunta do direito penal era agora substituída pelo sistema social, ele mesmo como denominador comum da política criminal, da criminologia e da dogmática jurídico-penal."[226] Mesmo com esta independência da política criminal frente à dogmática não se alcançou um diálogo entre as duas ciências. E na visão do jurista a política criminal não deixou de ser uma ciência auxiliar somente competente para a reforma penal.[227]

Perante a afirmação do Estado de Direito material (democrático e social) o sistema jurídico-penal insere-se em um contexto constitucional de procura por realização das condições políticas, sociais, culturais e econômicas do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.[228] Neste sentido, o jurista penalista teria a tarefa de encontrar a solução mais justa ao caso concreto e, para isso, faz-se necessário o critério de valoração na dogmática jurídico-penal, recordando-se a abertura valorativa dada pela filosofia neokantiana. Expõe Figueiredo Dias,

> O que supõe a penetração axiológica do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades

---

[224] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.
[225] Ibid.
[226] Ibid., p. 30.
[227] Ibid.
[228] Ibid., p. 33.

> valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a valorações político-criminais co-naturais ao sistema.[229]

Assim sendo, as considerações de concreta justiça material passam a ser colocadas no centro do sistema político-criminal. A função da dogmática penal consistiria em "[...] estabelecer a formulação de critérios de valor funcional teleologicamente orientados, os quais não serão coisas substancialmente diversa de princípios servidores do discurso, da argumentação e do consenso."[230]

Salienta-se que a legitimação da intervenção penal não poderia advir de qualquer ordem transcendente de valores mas apenas de critérios funcionais de necessidade social.[231] Por isso mesmo, a pena somente se justificaria pelas exigências de prevenção e não mais de retribuição. A função do Direito Penal orienta-se à tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional.[232] Figueiredo Dias assevera que para a definição de um sistema teleológico-funcional e racional da dogmática jurídico-penal é "[...] decisivo o estabelecimento das finalidades político-criminais primárias do sistema,"[233] quais sejam: os princípios da legalidade, da referência jurídico-constitucional da ordem legal dos bens jurídicos, da culpabilidade, da socialidade, da preferência pelas sanções criminais não detentivas face às detentivas.[234]

No mesmo sentido, afirma Manuel da Costa Andrade, em seu texto "*A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*", que "[...] o Direito Penal só pode intervir para assegurar a proteção, *necessária e eficaz*, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada."[235]

Apresentada a abertura axiológica do sistema jurídico-penal cumpre salientar alguns aspectos sobre a questão metodológica desta construção, antes de adentrarmos em uma análise detalhada acerca da delimitação valorativa realizada pelo Funcionalismo Racional-Teleológico. Muñoz Conde, na introdução espanhola da obra de Claus Roxin referida acima, aponta que a enaltação do pensamento sistemático resultou em outras duas tendências as quais tentaram superá-lo: 1. A primeira destas tendências seria a construção de um pensamento

---

229 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p.35.

230 Ibid., p. 36.

231 Complementa-se que para se encontrar soluções justas e adequadasnao se pode referir o sistema jurídico-penal apenas à objetividade ou às intencionalidades da Ideia de Direito, ou para valores fundados em uma axiologia pressuposta. Ibid., p. 39.

232 Ibid., p. 38.

233 Ibid.

234 Ibid.

235 ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 178, abr./jun. 1992.

problemático, para o qual se nega a importância dada ao sistema, e acredita-se que a solução dos problemas deriva da estrutura dos fatores que servem de base a estes problemas, e não de axiomas precisamente dados de um sistema determinado pelo procedimento de dedução lógica.[236] 2. A segunda destas tendências reflete-se na conjugação do pensamento sistemático ao pensamento problemático, tarefa realiza na construção teórica de Claus Roxin.

De acordo com Figueiredo Dias o reconhecimento do pensamento problemático não significa abandonar o pensamento sistemático, o qual é essencial para a dogmática penal. Forma-se, portanto, uma relação dialética, uma unidade axiológica-funcional entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático.

Fernando Andrade Fernandes, em sua obra *O Processo Penal como instrumento de Política Criminal*, discorre sobre esta proposta de integração dialética entre o método sistemático e o método problemático. Ao começar as explicações por este último, Fernando Fernandes apresenta o pensamento de Viehweg para o qual "[...] a estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema [...] os conceitos de proposições da jurisprudência somente podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação com o problema."[237] Em relação à noção de sistema, Fernando A. Fernandes assevera que o papel do conceito de sistema compreende em uma ordenação lógica dos conhecimentos particulares relativos a uma dada ciência.[238] As características do conceito geral de sistema seriam a ordem e a unidade.

Segundo Fernando Fernandes, "[...] sempre que nos deparamos com uma verdadeira ordem jurídica e que devemos dominá-la mentalmente, a ideia de sistema é irrenunciável."[239] Dessa forma, parte-se, na opção metodológica aqui comentada, "[...] dos valores jurídicos mais elevados que devem inspirar todo o sistema para assim se atingir a solução ou tentativa de solução dos problemas sectoriais."[240]Acrescenta-se: "[...] essa opção metodológica não implica uma adesão à ideia do puro sistema lógico-formal ou axiomático dedutivo, mas sim pressupõe, de modo necessário, uma interação entre a via axiológica e a teleológica."[241] Compreende-se que

---

[236] ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aieres: Hammurabi, 2002. p. 16.

[237] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 19.

[238] Ibid., p. 20.
Fernando Fernandes afirma que "[...] a única instância de controle na tópica-retórica é a discussão, já no jurídico, especificamente enquanto decisão de realização judicativa, a instância de controle é o terceiro imparcial de uma institucional instância autoritária (v.g o Tribunal)." Ibid.
Fernando Fernandes aponta que "a compreensão dos fundamentos ou dos critérios previamente dados não basta para a decisão, pois entre esses fundamentos ou os critérios e a decisão concreta intervém a mediação judicativa, com a sua específica dimensão problemática e com uma particular autonomia constitutiva. Ibid., p. 21.

[240] Ibid.

[241] Ibid.

> É plenamente fundada e metodologicamente aceitável a adesão ao entendimento de que a dialéctica entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar, postulando, por um lado, uma validade pressuposta e a objectivar-se numa dogmática e, por outro, uma concreta problematização praxística a exigir uma mediação judicativa. Exclui-se, pois, tanto uma pura tópica como um estrito normativismo.[242]

Por conseguinte, Fernando Fernandes demonstra a indispensável integração entre problema e sistema previamente estruturado de forma a se obter o sentido e a orientação ao próprio sistema e sua necessidade de mobilidade. Para isso, aponta-se que o meio adequado é a orientação teleológica: "[...] é esse fator teleológico que imprime a mobilidade ao sistema, tornando-o apto a dar resposta aos problemas intra-sistêmicos nele gerados."[243]

Assim sendo, essa integração, por meio da orientação teleológica, impede a defesa de uma ideia de sistema jurídico-penal fechado e traz a possibilidade de abertura deste enquanto um sistema científico e como um sistema objetivo sujeito à mutabilidade dos valores jurídico-fundamentais.[244] Complementa-se que abertura do sistema a um conteúdo sociológico é fundamental para que seja obtida, ao lado da finalidade, a funcionalidade do sistema. Ressalta-se:

> [...] uma dogmática jurídica orientada funcionalmente necessita de uma sua específica compreensão das normas e de uma especial interpretaçãodos seus vínculos, entretanto, trata-se de uma vinculação não no sentidode imutabilidade mas sim de mutabilidade segundo condições dadas.[245]

Na concepção apresentada por Fernando Fernandes, "[...] o que importa é uma verdadeira abertura para o sistema social, possibilitando uma interacção com a sua complexidade, com vista a alcançar a realização da sua função."[246] Um sistema jurídico-penal aberto "[...] sugere que ele seja orientado para as consequências que pode produzir no sistema social, impõe-se que ele assuma a complexidade deste último numa compreensão pré-jurídica, para que possa realizar a sua função."[247]

Pois bem, as contribuições que esta opção metodológica exposta pode trazer à análise frente aos crimes contra patrimônio consistem na abertura do sistema jurídico-penal à considerações valorativas o que pode aproximar o sistema jurídico-penal da realidade social concreta. O sistema jurídico-penal necessita de mobilidade para acompanhar as valorações do sistema social e o fator teleológico é fundamental a esta tarefa. Apenas com esta orientação à mutabilidade valorativa do sistema social ao patrimônio (ou seja, considerá-lo digno de tutela

---

242 FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 22.
243 Ibid., p. 23.
244 Ibid.
245 Ibid., p. 24.
246 Ibid.
247 Ibid., p. 25.

penal em sua dimensão social e não meramente individualista) é que se pode dar respostas intra-sistêmicas aos problemas gerados. A abertura do sistema jurídico-penal no âmbito dos crimes patrimoniais ao conteúdo sociológico exposto no primeiro capítulo deste trabalho poderia orientá-lo à finalidade e à funcionalidade do sistema referido aos valores constitucionais, e em última instância, pelo valor fundante da dignidade humana. O sistema jurídico-penal frente à proteção do patrimônio não pode estar alheio à atual complexidade do sistema social (notadamente diante das consequências das estruturas econômico-empresariais, do sistema de crédito e do padrão de consumo elevado), que acaba por exigir um viés mais social perante a proteção penal patrimonial.

No mesmo sentido trabalhado por Fernando A. Fernandes, Figueiredo Dias[248] também expõe que os preceitos jurídico-penais devem estar orientados por um problema para se alcançar uma solução justa. Para isso, a incorporação dos problemas político-criminiais enquanto conteúdo da teoria geral do delito fez-se necessária.

A concepção de Claus Roxin defende, portanto, a vinculação jurídica à finalidade político-criminal de modo a forma-se uma unidade sistemática do Direito Penal. Deve-se ter em mente que a estruturação de Roxin é voltada a sistematização das categorias do delito de forma orientada pela função e pelos fins político-criminais. Tem-se, assim, a proposta de uma concepção normativa que orienta o sistema jurídico-penal em pontos de vista valorativos político-criminais.[249] Salienta-se:

> O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do Direito Penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese [...]. A unidade sistemática entre Política Criminal e Direito Penal, que no meu entender também deve ser realizada na construção da teoria do delito, é somente o cumprimento de uma tarefa que é colocado a todas as esferas de nossa ordem jurídica. [250]

Roxin parte da ideia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios normativos poítico-criminais os quais, entretanto, não contêm a solução para os problemas concretos; "[...] estes princípios serão, porém, aplicados à matéria jurídica, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade."[251] Do mesmo modo aponta Figueiredo Dias: "[...] as categorias e os conceitos básicos da

---

[248] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

[249] ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. XI.

[250] Ibid., p. 22.

[251] Id. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal.

dogmática jurídico-penal devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema."[252]

A política criminal ofereceria "[...] o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização e descriminalização."[253] Complementa-se que as finalidades e proposições político-criminais devem ser "[...] procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado."[254]

Roxin remonta à Radbruch acerca da determinação da ideia pela matéria. A dogmática penal do direito penal estaria referida à ideia orientadora normativa a qual se ter-se-ia que se adequar aos diversos caracteres dos dados concretos. Por conseguinte, Roxin herda a concepção de Radbruch e assevera a construção da ideia reitora normativa com base na matéria jurídica, sendo que esta ideia seria o meio pelo qual a totalidade do material empírico é revistada em sua relevância segundo os parâmetros da diretriz normativa de decisão.[255] Preponderia os parâmetros de decisão político-criminais os quais selecionam e ordenam os dados empíricos que serão relevantes ao sistema jurídico-penal. Desse modo, normativismo e referência empírica se complementariam.[256]

O Direito Penal, portanto, passa a ser a forma por meio da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica. Incluem-se as consequências externas do sistema – Políticas Criminais – no sistema do Direito Penal. A missão da dogmática penal passa a ser a sistematização das categorias do delito desde à função da política criminal. Os conhecimentos criminológicos são transformados em exigências político-criminais e estas incorporadas nas regras jurídicas. Por conseguinte, o pensamento sistemático aproxima-se à realidade social de forma a destacar as relações entre as normas penais, conteúdo e valor.

Pois bem, no âmbito dos crimes patrimoniais, a dogmática penal não pode se restringir a um sistema fechado, mas deve analisar as categorias do delito de acordo com os fins político-criminais. A atitude metodológica descrita contribui para que se estabeleça a relação entre norma penal dos crimes patrimoniais, seu conteúdo e o valor do patrimônio ali representado. Quando, na atualidade, os tribunais e juízes desconsideram os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da insignificância e da adequação social, eles mesmos estão a negar a

---

[252] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 41.
[253] Ibid., p. 42.
[254] Ibid., p. 43.
[255] ROXIN, Claus, **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 62.
[256] Roxin aponta que esta sua assertiva tem raízes em princípios hegelianos, no pensamento referido a valores do neokantismo, e na fenomenologia. Ibid.

ordem do Direito desde que se considere as normas penais orientadas aos fins político-criminais. Se estes fins são ignorados, como muito ocorre perante a pequena criminalidade patrimonial, desrespeita-se a própria finalidade e funcionalidade do preceito jurídico-penal.

Em uma análise voltada à operacionalidade da norma penal, se é verdadeira a afirmação de Claus Roxin, acerca da concepção do Direito Penal enquanto um instrumento posto a serviço dos fins da comunidade, não se torna contraditória a defesa do merecimento de pena perante os injustos patrimoniais que resultem em danos de natureza estritamente individual, ou seja, que atingem círculos de interesse privado em vez de uma danosidade social de tal nível que abale as condições de vida daquela comunidade ou, em outra perspectiva, que abale a própria ordem do Direito? Não seria contraditória a intervenção penal perante os injustos que podem ser solucionados por outra alternativa idônea e mais adequada que o Direito Penal? A não avaliação sobre o merecimento de pena e necessidade de pena em torno de uma conduta não torna conflitante a aplicação da norma em relação aos fins para os quais fora criada? É com o respeito aos princípios político-criminais, como o da fragmentariedade, subsidiariedade, insignificância social e adequação social que os critérios de merecimento e necessidade de pena podem ser concretizados. Se os tribunais não respeitam estes princípios perante os injustos patrimoniais de menor gravidade, se não aplicam as normas com orientação aos seus fins e funções, não se nega, em última instância, o próprio Direito equiparando-se a atuação dos tribunais e juízes ao próprio delito?

Em continuação com a análise da atitude metodológica de Claus Roxin passar-se-á a analisar os pontos que mais interessam a esta pesquisa. A utilização da atitude valorativa do Neokantismo na construção teórica de Claus Roxin é perceptível no que já fora exposto. Roxin evitou recair nas críticas em torno do relativismo axiológico: a abertura do sistema jurídico-penal a valores e a fins fora mantida, mas com uma delimitação de conteúdo, qual seja: a orientação aos fins político-criminais. Em termos mais amplos, Roxin molda sua abertura valorativa do sistema jurídico-penal nos parâmetros do Estado Democrático de Direito, notadamente diante dos princípios da legalidade e da igualdade. Questiona-se, então, qual seria o valor fundante que materializa o modelo do Estado Social e Democrático?[257] Seria a referência máxima à Constituição Federal, em seu valor fundamente a dignidade da pessoa humana.

[257] Prof. Fernando A. Fernandes em aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (19.08.2014), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

De acordo com Fernando Andrade Fernandes,[258] os princípios apresentariam uma natureza teleológica de projeção à fins. Já os valores têm natureza axiológica, são fundamentos. Por isso, a dignidade da pessoa humana não poderia ser colocada enquanto princípio, mas sim como valor fundante para o qual a ordem jurídico-penal deve se orientar. Os princípios, nesta concepção, indicariam os fins por meio dos quais se materializa o valor.A abertura axiológica é delimitada, portanto, em Roxin, ao valor fundante da dignidade humana o qual é concretizado por meio de princípios que são materializados em direitos e garantidas. Dessa forma, os princípios político-criminais estão delimitados na própria Constituição Federal.[259]

O Direito Penal ao passo de ser o instrumento mais grave de intervenção na liberdade individual deve ser pautado pelo princípio político-criminal da necessidade. Só poderia haver intervenção penal nos casos em que houver extrema necessidade de sua atuação para a proteção de outros interesses. A intervenção mínima do Direito Penal é uma opção político-criminal decorrente do modelo de Estado e orientada pelo próprio valor fundante da dignidade humana.

Se assim o é, então podemos tecer algumas considerações sobre a realidade dos crimes patrimoniais. Ao se delimitar a abertura axiológica do sistema jurídico-penal, em última instância, no valor fundante da dignidade humana, esta não pode ser analisada de forma separada da questão da liberdade. Em primeiro lugar, como conciliar, no plano da norma, o valor da dignidade humana com a restrição de liberdade individual perante os crimes que atingem a propriedade privada? A restrição da liberdade individual ou a etiqueta criminal advinda por causa da afetação da propriedade privada, em seu sentido individualista e econômico, não é incompatível com o valor da dignidade humana? Sem uma real liberdade não se pode falar em uma concreta situação de dignidade humana. Parece haver uma contradição, portanto, no próprio âmbito da norma penal ao englobar (ou melhor, tipificar) estas condutas que afetam apenas um âmbito privado além da previsão de pena privativa de liberdade. O conflito de valores ultrapassa o campo normativo e alcança, de forma ainda mais gravosa, a realidade concreta da situação carcerária brasileira: não se pode falar em dignidade humana nas penitenciárias, local no qual a destruição da subjetividade dos indivíduos é total.[260] Mesmo que não se condene à pena privativa de liberdade, o fator estigmatizante do sistema jurídico-penal e o controle das penas restritivas de direito já afetariam o condenado ou

---

[258] Prof. Fernando A. Fernandes em aula apresentada para o Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, (19.08.2014), na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP/Franca.

[259] Ibid.

[260] Sobre este tema: RAUTER, Cristina**. Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

acusado, interferindo em sua dignidade, em nome de um interesse privado (a propriedade privada). Verifica-se, assim, uma contradição entre a finalidade e funcionalidade do Direito Penal orientado às valorações político-criminais tanto no âmbito da norma penal quanto da operacionalidade do sistema.

Dessa forma, as normas penais deveriam ser interpretadas e aplicadas com vista à intervenção mínima por esta ser a opção político-criminal adequada ao modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, como acima fora explicado. Todavia, demonstrar esta coerência com o princípio da intervenção mínima aos tribunais e juízes brasileiros torna-se uma tarefa complexa perante o apelo por uma expansão político-criminal desenfreada e sem bases científicas constituída por um clamor público "alienado".

Quando se defende o merecimento de pena e necessidade de pena aos injustos patrimoniais que atingem apenas um âmbito de interesses privados, como ocorre principalmente com os furtos ou roubos os quais se referem àquelas condutas cuja motivação ou propósito deve-se a um contexto social de extremo consumismo, sem se configurar uma real danosidade social (o preenchimento do injusto material), feri-se o próprio valor fundante da dignidade humana orientador da ordem jurídica. A aplicação de normas sem a análise de seus fins e de suas funções, ou seja, sem a análise completa da sistematização das categorias do delito com vista a suas finalidades e suas funcionalidades político-criminais, orientadas pelo valor da dignidade humana, acaba por negar o próprio Direito.

É evidente a violação por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) nas recentes condenações dos três casos emblemáticos de furto dos princípios político-criminais que estão inseridos na própria regra jurídica. Não se pode verificar uma danosidade social tão elevada para legitimar o merecimento de pena nem ao menos a necessidade de pena, pois tais condutas poderiam, muito bem, serem resolvidas em outro ramo jurídico. Demonstra-se o desrespeito pelos princípios político-criminais e pelo próprio valor da dignidade humana ao colocar a liberdade dos agentes abaixo da proteção à propriedade privada; além de inseri-los em condições desumanas nos cárceres brasileiros. Ainda que, como em um dos casos solucionados pelo STF, substituída a pena de prisão pela restritiva de direitos prefere-se uma condenação penal com os efeitos estigmatizantes; sendo que a afetação no suposto objeto de proteção, qual seja: a propriedade privada; não é reparada pela atuação do sistema jurídico-penal nem com a colocação do agente no sistema penitenciário nem com a estigmatização e controle das penas restritivas de Direito.

Neste contexto, se o discurso circunscreve a ideia de que a norma penal diante do crime de furto protege a propriedade privada e esta é lesionada quando o agente comete tal delito,

não é com a intervenção penal que se consegue reparar o dano perante tal lesão, mas sim através de outros meios jurídicos. A propriedade privada, objeto de proteção, continua lesionada com a aplicação do Direito Penal. Percebe-se, portanto, que de forma distinta dos discursos tradicionais aplicadas no âmbito dos crimes patrimoniais o que se 'pune' é, realmente, a forma equivocada de transmissão dos bens, e não a propriedade em si.

O Supremo Tribunal Federal[261], perante as três condenações dos casos de furtos em que o princípio da insignificância se aplicaria, utilizou-se de um discurso que nem fundamento legal poderia ser encontrado, o que comprova a adoção do formalismo jurídico-penal, de mera subsunção formal ao tipo penal objetivo sem a análise da tipicidade material, da antijuridicidade material (tão reclamada pelos neokantianos como fora exposto nas análises de Mezger e Sauer) e da culpabilidade.

Há um nítido desrespeito, por parte da operacionalidade penal, das três condições essenciais que Roxin desenvolve para se construir um sistema jurídico-penal adequado, quais sejam: ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais.[262] Cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal. Por conseguinte, Roxin alerta que o campo de punibilidade somente deve ser aplicado na indispensável proteção do bem jurídico. E esta aplicação deve estar norteada por princípios, como o da adequação social e o princípio da insignificância.

O tipo penal deve estar orientado à função político-criminal do princípio da legalidade. O princípio nullun-crime orienta-se, então, à função liberal de proteção, ao estabelecimento de diretrizes de comportamento enquanto um instrumento de regulação social. Nas palavras de Roxin: "O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamentos, tornando-se um instrumento de regulação social." [263]

As teorias da antijuridicidade material e da culpabilidade também recebem valorações político-criminais. Em relação à antijuridicidade, perante a concepção de Roxin, deve-se analisá-la de acordo com sua função de regulação social mediante ponderação de interesses

---

[261] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: ago. 2015.
(HC 123734 MC / MG - Relator: Min. Roberto Barroso - Julg.: 28/08/2014 - Publ.: DJe-168 - Divulg. 29/08/2014 – Public.: 01/09/2014) –
(HC 123108 MC / MG - Relator: Min. Roberto Barroso - Julg.: 01/07/2014 - Publ.: DJe-148 - Divulg. 31/07/2014 – Public.: 01/08/2014) –
(HC 123533 MC / SP - Relator: Min. Roberto Barroso - Julg.: 05/08/2014 - Publ.: DJe-153 - Divulg. 07/08/2014 – Public.: 08/08/2014).

[262] ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 14.

[263] Ibid.

em situação de conflito. Já a categoria da culpabilidade, é estudada com referência aos fins da pena. Assim, forma-se o substrato político-criminal das categorias do delito.

As teorias da antijuridicidade material e da culpabilidade (com seu elemento da reprovabilidade, com as ideias de excludente de ilicitude do estado de necessidade supralegal, assim como o conceito da exigibilidade na teoria da culpabilidade) demonstram incorporações de valorações político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito. Assim, nas palavras de Roxin, "[...] essas iniciativas revelam valiosos pontos de partida para a introdução de orientações político-criminais no trabalho dogmático, mas também para aquele enfraquecimento individual-valorativo do sistema"[264] Na visão delimitada por Roxin em sua obra:

> São postulados do princípio *nullum-crimen* (tipicidade), a regulação social mediante ponderação de interesses em situações de conflito (antijuridicidade) e as exigências das teorias dos fins da pena (Culpabilidade), que formam o substrato político-criminal das categorias do delito. [265]

Verifica-se, portanto, que na realidade brasileira estas condições essenciais para se construir o sistema jurídico-penal não são encontradas; pois como fora comentado, não há nenhuma proximidade com a realidade de desigualdade social que rodeia os crimes patrimoniais em sentido estrito, ou seja, contra a propriedade privada, além do descaso em relação à orientação aos fins político-criminais. A punibilidade não é analisada, pelos nossos tribunais, com a referência aos princípios de adequação social e insignificância. Este último apresenta uma rígida resistência para ser aplicado em casos que embora sejam simples apresentam-se na configuração de condutas de roubo. Mesmo frente à criminalidade patrimonial sem violência ou grave ameaça os tribunais e juízes resistem à aplicação da insignificância aos reincidentes.

Ressalta-se, perante a teoria de Roxin, que no momento da interpretação e aplicação das normas penais, o desenvolvimento dos princípios político-criminais não pode romper-se com os parâmetros do legislador, no mesmo sentido que os neokantianos trabalhavam. Se o legislador constrói a norma com referência aos princípios político-criminais, no momento de sua aplicação o intérprete não poderia desrespeitar estes princípios. Todavia, este entendimento pode criar um problema na interpretação do Artigo 155, §2º, Código Penal, o qual estabelece o furto privilegiado no fato em que o criminoso é primário e é de pequeno valor a coisa furtada. Questiona-se: Era a vontade do legislador aplicar o furto privilegiado aos reincidentes ou àqueles que apresentam antecedentes penais? Esta descrição normativa

---

[264] ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 27.
[265] Ibid., p. 31.

pode resultar em uma resistência à aplicação do princípio da insignificância àqueles que não são primários, mesmo que se afete o próprio valor fundante da dignidade humana. Assim sendo, a própria estruturação da norma penal já devia se apresentar de forma clara para que não se dê margem à arbitrariedades no momento de sua aplicação.

De acordo com Roxin, se a teoria do delito for construída de modo teleológico "[...] cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas."[266] O Direito Penal não pode ser reduzido a abstrações sem o conhecimento da realidade social. O próprio artigo citado acima (Artigo 155, §2º, CP) deve ser interpretado, portanto, de modo teleológico, para que não se recaia em uma dogmática abstrata-conceitual, distante da realidade concreta. Este conhecimento da realidade dar-se-á, segundo Roxin, apenas com a integração do Direito Penal com a Política Criminal.

> Uma introdução da Política Criminal no campo jurídico da ciência do Direito Penal não acarreta a desistência ou relativização do pensamento de sistema, cujos rendimentos para a clareza e segurança jurídicas são indispensáveis; pelo contrário, um sistema teleológico, como o aqui esboçado, deixa transparecer as estruturas internas de determinado ramo do direito, que só podem estar no mundo normativo, de modo muito mais nítido que um sistema deduzido de axiomas ou abstrações [...]. A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a Política Criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça[267].

Afirma-se, portanto, a importância de se introduzir os princípios político-criminais na Parte Geral da Teoria do Delito:

> As transformações da Política Criminal e de nossa consciência metodológica ocorridas nos últimos anos precisam transformar consigo o sistema de nossa parte geral, se ele quiser manter sua capacidade de rendimento, de forma que, neste campo, estamos sempre outra vez no começo [...]. Isso se torna uma questão político-criminal, a partir do momento em que levarmos em conta que não só as conseqüências jurídicas, mas também a decisão sobre o *se* da pena, pertence aos temas da Política Criminal, a qual não passa de uma componente da política social, e que deve ser interpretada no contexto do instrumentário geral dos mecanismos sócio-políticos de regulação.[268]

2.5.1 Considerações acerca da concepção de injusto penal de Claus Roxin

Em específico sobre o injusto penal, Roxin acredita que *"[...] el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal e la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone*."[269] Nesta perspectiva, Roxin afirma que a função do Direito Penal e o fim da pena são distintos. O Direito Penal *"[...] se dirige con*

---

[266] ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.
[267] Ibid., p. 85.
[268] Ibid., p. 92-93.
[269] Id. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n.4, p. 4, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf.>. Acesso em: ago. 2015.

sus preceptos interpelando y ofreciendo protección a todos los cuidadanos."[270] Já a pena concreta, *"[...] por el contrario, afecta primariamente solo al delincuente y frente a la comunidad unicamente tiene efectos mediatos*."[271]

Roxin questiona qual é, portanto, o fim do Direito Penal que orientará a estrutura do injusto. Define a função do Direito Penal em *"[...] assegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente*."[272] Acrescenta-se: *"Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución., pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia*."[273] Recorda-se, neste ponto, os fundamentos do Iluminismo e do Contrato Social pelo qual os cidadãos transferem o monopólio da violência ao Estado, sendo que este o aplica na medida da necessidade em garantir a segurança e a liberdade. Por conseguinte, na visão de Roxin, as proibições são necessárias na medida da proteção à segurança e à liberdade das pessoas.

Conceitua-se bem jurídico como "*[...] realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas.*"[274] Assim sendo, seriam bens jurídicos: a vida, a propriedade, o patrimônio, a autodeterminação sexual e, também, bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a não corrupção de funcionários públicos. Acredita-se que sem estas realidades não seria possível, nas sociedades modernas, uma vida em comum de forma pacífica, livre e respeitosa perante os direitos civis. Manuel da costa Andrade também estabelece que os bens jurídicos correspondem às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana.[275]

Apesar da perspectiva de Roxin discorrer sobre a defesa na construção de um sistema jurídico-penal não enquanto um sistema fechado, mas sim aberto às valorações político-criminais como forma de se conhecer a realidade social; sua sistematização é brilhante, mas contraditória. Pois ao mesmo tempo em que se atém à realidade social, a oculta de forma intensificada. Esta crítica resta evidente nas análises sociológicas acerca dos crimes patrimoniais.

Ao se afirmar a função do Direito Penal enquanto asseguramento dos cidadãos em uma vida comum pacífica e livre, com respeito aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, nega-se, ao mesmo tempo, a realidade social contraditória, conflituosa,

---

[270] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 4, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.
[271] Ibid.
[272] Ibid., p. 5.
[273] Ibid.
[274] Ibid.
[275] ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p.173-205, abr./jun. 1992.

desigual e assimétrica com a qual o Direito Penal lida. Percebe-se que apesar da sistematização e funcionalização do Direito Penal realizada por Roxin não se consegue, verdadeiramente, enxergar a realidade empírica. Há um apego aos princípios democráticos inseridos na Constituição Federal sem se analisar a não aplicabilidade destes princípios na vida concreta, sendo que os direitos sociais são negados diariamente em nosso contexto social, político e econômico. Esta negação da realidade concreta ocorre de forma intensificada na operacionalidade da norma penal, mas também é encontrada na própria estruturação desta, como, por exemplo, ao se prever como conduta típica aquela que afeta a propriedade privada em seu sentido estrito (não o patrimônio), além de cominar pena privativa de liberdade, ou mesmo ainda, penas restritivas de direitos. Sendo que nenhuma destas irá reparar o dano à própria propriedade privada nem à transmissão de bens de forma alheia ao direito privado.

Acreditar que as proibições penais, em um contexto de expansão político-criminal desenfreado, são colocadas apenas na medida de proteção à segurança e à liberdade das pessoas é se ater aos conceitos abstratos e generalizáveis sem a observação das violações concretas de direitos humanos que ocorrem no âmbito social e, notadamente, no próprio campo jurídico-penal desde o descaso com as garantias penais e processuais penais dos acusados e condenados por crimes contra o patrimônio até a situação carcerária.

Além do mais, quando Roxin afirma que os bens jurídicos são as realidades imprescindíveis para uma vida comum pacífica e livre das pessoas, e aponta como exemplos a propriedade e o patrimônio, encontra-se em uma contradição absurda. Pois como é que uma sociedade pautada na divisão entre proprietários e não proprietários, uma sociedade fundada na propriedade privada, no estranhamento da realidade, no estranhamento de um indivíduo por outro pode, por meio da tutela penal dos bens jurídicos propriedade e patrimônio, se tornar em uma realidade pacífica e livre? A valoração do patrimônio é mutável, na configuração atual da sociedade, mas mesmo assim se que tem colocado este valor de forma superior à própria liberdade individual; como é que esta realidade assimétrica, desigual e conflituosa tida enquanto bem jurídico tutelado pode garantir uma vida em comum pacífica e livre, com respeito a todos os direitos civis sendo que estes mesmos são negados à maioria pobre e miserável que compõe o nosso país? Não se pode ocultar a realidade socioeconômica por meio de um discurso de funcionalização do Direito Penal com vista a uma vida comum pacífica e livre. Esta descrição de Roxin não se verifica na realidade concreta da configuração econômica atual.

Percebe-se, portanto, que a sistematização e as ideias de Claus Roxin são excepcionais. Todavia, o que se questiona é o problema da operacionalidade destas ideias, de sua

concretude diante da realidade social, política e econômica do Brasil. Perante estas críticas, já fica um tanto quanto explicada a preferência pela concepção de Günther Jakobs a qual descreve a realidade como ela é, sem ocultar a função do direito penal por detrás destas abstrações político-criminais desenvolvidas por Roxin, abstrações que se intensificam e se contradizem no âmbito dos crimes contra o patrimônio, como já fora explicado acima.

Em continuação com a análise do pensamento de Claus Roxin tem-se, então, que a missão do Direito Penal, baseada na Teoria do Estado, é a proteção de bem jurídico. Entretanto, pondera-se que o Direito Penal nunca teve a função de proteger todos os bens jurídicos de forma absoluta; mas, por ser a sanção estatal mais grave, fica restrito a intervir apenas quando as sanções civis, as proibições de direito público, as sanções administrativas não forem suficientes para garantir a tal paz e liberdade. Por conseguinte, a missão do Direito Penal e, portanto, também do injusto penal, para Roxin, seria *"[...] la protección subsidiaria de bienes jurídicos*."[276]

Do ponto de vista político-criminal, esta concepção de Roxin determinaria que não apenas devem ser garantidos os direitos e liberdades, mas também que não são aceitáveis preceitos jurídico-penais puramente morais ou diretamente paternalistas, pois tais condutas não lesionam nenhum bem jurídico alheio. Roxin cita como exemplo o uso de drogas para consumo individual o qual não deveria ser apenado.

Ademais destas considerações político-criminais, o ponto decisivo da concepção político-criminal de injusto consiste na elaboração da teoria da imputação objetiva a qual é um elemento fundamental da teoria geral do Direito Penal.[277] Assume-se que o finalismo contribuiu para o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal, entretanto a finalidade seria somente um dos fatores que o compõe.[278] A finalidade, para Roxin, seria apenas parte do desvalor da ação porque consiste na criação de um risco não permitido, o qual independe dos fins do autor.[279] Deve-se acresentar à finalidade critérios de imputação objetiva: "[...] o que importa é saber se uma lesão a bem jurídico almejada ou cujo risco foi assumido pelo autor representa ou não uma realização típica de um risco não permitido."[280]

---

[276] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 5, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

[277] Ibid., p. 6.

[278] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. Acrescenta-se: "De qualquer maneira, o finalismo enxergou corretamente que a representação e os fins do autor têm um papel importante na determinação do injusto." Ibid., p. 60.

[279] Ibid.

[280] Ibid., p. 62.

No pensamento de Roxin, a proteção subsidiária de bens jurídicos sendo a função do Direito Penal deriva, como já fora evidenciado, dos fundamentos da Constituição Federal e, para cumprir tal missão, se deve proibir riscos não permitidos para tais bens e imputar a ação típica à realização de tais riscos em um resultado lesivo ao bem jurídico.[281] A existência de uma ação típica não dependeria da causalidade nem da finalidade, mas sim da realização de um risco não permitido. É esta a orientação do injusto na concepção funcionalista teleológica racional.

Neste ponto, evidencia-se a importância da teoria da imputação objetiva, compreendendo a ação típica perante a realização de um risco não permitido. De acordo com Roxin, a imputação objetiva: "Fornece um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor."[282] Assim sendo, "[...] permissão e não permissão de um risco designam os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal."[283]

Assevera-se que a distinção entre risco permitido e não-permitido é uma decisão normativa que deve ser realizada com base em conhecimentos empíricos. Assim, "[...] a totalidade dos dados empíricos relevantes para a dimensão do risco de ação penetram no direito penal através da imputação objetiva."[284] Em suma, Roxin que defende que: "[...] a imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é portanto uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que trabalha fundada numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança."[285]

Mesmo diante desta concepção de Roxin, com a qual há de se ponderar alguns pontos diante de seus efeitos ilusórios, não se pode falar em uma realização dos riscos não permitidos e um resultado lesivo ao bem jurídico diante de injustos, no âmbito dos crimes patrimoniais, que apresentam uma lesividade mínima, ou melhor, um dano mínimo no valor do patrimônio ou da propriedade. Se se nega esta valoração econômica como ponderação da gravidade dos injustos patrimoniais puros não se respeita a própria imputação objetiva no sentido de que a conduta do agente não concretizou o risco não permitido materializado no resultado lesivo ao próprio bem jurídico o qual seria a propriedade ou o patrimônio ambos considerados em seu valor econômico: ou em termos sociológicos, em seu valor de troca. Se não se encontra esse

---

[281] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 6, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

[282] Id. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. 2008. p. 60.

[283] Ibid., p. 71.

[284] Ibid., p. 72.

[285] Ibid.

resultado lesivo, não se pode falar em materialização do risco não permitido. Não se pode falar em configuração de um injusto penal.

Além do mais, a aplicação da teoria da imputação objetiva aos crimes patrimoniais legitimaria a exclusão de punibilidade nos casos em que houvesse a reparação do dano causado; pois, de forma evidente, mesmo que se acredite que a conduta do agente representou um risco não permitido não se pode afirmar a configuração desse risco no resultado pois este fora reparado. Uma atualização da legislação penal neste sentido de forma a permitir a extinção de punibilidade aos crimes patrimoniais é de extrema relevância e urgência enquanto um instrumento dogmático apto à limitar a intervenção penal em um campo que se verifica tamanha seletividade social.

Pois bem, na recente decisão exemplificada do Supremo Tribunal Federal, como se pode afirmar que houve a realização de um risco não permitido que se concretizou no resultado e gerou uma grave lesão ao bem jurídico propriedade no caso dos furtos de quinze bombons, um par de chinelo e dois sabonetes líquidos?

Ora, nestes casos isolados e que marcam a pequena criminalidade patrimonial, além de se analisar o resultado lesivo perante o valor econômico atingido, tem-se que ponderar também o próprio papel da vitima na proteção de sua propriedade, pois não é uma abstração a realidade social desigual sendo que aqueles que possuem objetos de sua propriedade devem ter o devido cuidado de proteção e não expô-los ao perigo de serem subtraídos por aqueles que não os possuem; mas que são exigidos, pela estrutura econômica, de acompanhar tais padrões de consumo. Todas estas questões de fundo sociológico foram detalhadas no primeiro capítulo, notadamente nas passagens de Peter-Alexis Albrecht sobre os furtos em lojas de departamento, para onde remetemos o leitor.

Uma concepção jurídico-penal que se coloca enquanto aberta às outras ciências deve levar em consideração esta realidade concreta e não somente as abstrações em torno dos discursos constitucionais que não são levados a uma operacionalidade correta. Com respaldo às críticas já elaboradas às considerações gerais valorativas de Claus Roxin, não se pode negar que a teoria da imputação objetiva contribui sim a uma maior objetivação da teoria do injusto jurídico-penal; desde que não se distancie da realidade social desigual.

Se não se considera esta realidade concreta, esta teoria edificada enquanto base do sistema de imputação e do injusto penal pode ser aplicada para se justificar o merecimento de pena e a necessidade de pena perante a pequena criminalidade patrimonial, sob a consideração de que este setor de criminalização apresenta-se como uma tendência generalizável. E assim, ter-se-ia a concretização do risco não permitido no resultado. As críticas a estes

posicionamentos a repeito da tendência generalizante da pequena criminalidade patrimonial já foram, de forma exaustiva, expostas.

Tanto se comenta sobre a dignidade humana e liberdade na concepção de Roxin mas este mesmo as ignora quando defende o merecimento de pena à pequena criminalidade patrimonial ao não olhar para a realidade material de uma sociedade desigual. Coloca-se o perigo à afetação do direito de propriedade (pois a pequena criminalidade patrimonial é dominada pelo cometimento do furto), ou seja, a adoção de um conceito jurídico de propriedade; em uma valoração superior à liberdade individual e à própria dignidade humana do condenado ou da condenada ao inseri-los no âmbito carcerário ou colocá-los diante de uma etiqueta criminal que os seguirá por um bom período.

2.5.2 Considerações acerca da categoria e do princípio da culpabilidade em Claus Roxin

Outra categoria do delito que deve ser analisada para os fins deste trabalho, sob a concepção de Claus Roxin é a culpabilidade. Seguem-se alguns apontamentos.

> Talvez fosse materialmente mais correto falar de responsabilidade em vez de culpabilidade. Pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade penal [...].Categorias como condições objetivas de punibilidade e causas de extinção ou de exclusão pessoal de punibilidade recebem seu conteúdo, pelo contrário, não de considerações político-criminais, mas de valorações político-jurídicas.[286]

Dessa forma, Roxin deixa evidente o seu posicionamento no sentido de se distinguir injusto e culpabilidade, distinção a qual não concorda Günther Jakobs. Mas deste último trabalharemos no terceiro capítulo. De acordo com Roxin, a culpabilidade se deriva dos fins da imposição individual da pena e necessita de uma ampliação a fim de acomodar os pontos de vista preventivos, pois a sanção depende não apenas da culpabilidade, mas também das necessidades preventivas.[287]

Assim sendo, o fim da pena seria preventivo: *"[...] la pena solo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos*."[288] Complementa-se: *"[...] el Derecho Penal es un instrumento de ordenación y control social, éste pude unicamente perseguir fines sociales*."[289] Ora bem, percebe-se uma contradição: Se o Direito Penal só pode perseguir fins sociais, como são merecedores de intervenção penal os injustos patrimoniais que atingem apenas a

---

[286] ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 70.

[287] Id. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 9, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

[288] Ibid.

[289] "*Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de pena fueram independientes de las necesidades sociales no encontraria legitimación alguna*." Ibid.

dimensão da propriedade privada, resultando em danos individuais e não sociais? Como podem estes injustos receber a avaliação de necessidade de pena se haveria para eles outros meios alternativos de solução do conflito menos danosos à liberdade individual? Os fins sociais, então, é ainda valorar a propriedade privada acima da liberdade individual? Os não proprietários estão inseridos nesta escolha de decisão sobre o que seriam os "fins sociais"?

Em continuação com a análise da perspectiva de Roxin, a pena, portanto, deve perseguir fins preventivos sejam eles de prevenção especial (ressocialização) sejam de prevenção geral (*"[...] la pena debe influir también sobre la colectividad, fomentando su consciência jurídica y mostrándole las consecuencias de las conductas punibles*")[290]. É por meio desta última que se justifica o merecimento de pena à pequena criminalidade patrimonial? Pois se assim o é tem-se mais uma contradição. O próprio Roxin discorda da instrumentatização do sujeito. Recordando à Kant para encontrar um fundamento ao princípio da culpabilidade, o Estado não poderia instrumentalizar seus cidadãos como objetos a serviço dos fins estatais, mas deve tratá-los como pessoas, como sujeitos de Direito.

Ao se afirmar a intervenção penal perante os injustos patrimoniais que resultem em danos individuais, em afetação de interesses privados, notadamente da propriedade privada, com base na tendência generalizante de tais condutas; não se acaba por recair em uma instrumentalização, realizada pelo Estado, contra seus próprios cidadãos? Ou os não proprietários não se inserem nos valores burgueses de cidadãos? Ora, foi muito bem exposto no primeiro capítulo que os proprietários de força de trabalho e não dos meios de produção são sim considerados sujeitos de direito, pois o próprio sistema econômico necessita que assim o seja. Os discursos de tendência generalizadora das condutas referentes à pequena criminalidade patrimonial podem recair sobre esta instrumentalização do Estado contra seus cidadãos.

Compreende-se a culpabilidade enquanto uma limitação da pena. Refere o princípio da culpabilidade aos fundamentos do Direito Penal orientados à dignidade humana. Afirma que *"[...] el principio de culpabilidad cumple con lo que llevan a cabo la teoría del bien jurídico y de la imputación objetiva en la categoría del injusto*."[291] Acredita-se que por meio da análise da culpabilidade, o cidadão pode ter a segurança de que não será punido se for inocente e que, caso condenado, será punido na medida de sua culpabilidade. E se a pena não

---

[290] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 9, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015. Para Manuel da Costa Andrade: A culpa deve, em todo o caso, subsistir como pressuposto irrenunciável e como limite inultrapassável da pena. ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

[291] ROXIN. op. cit., p. 9.

for preventivamente necessária deve ser excluída. É pela exigência da necessidade preventiva que Roxin denomina a categoria da culpabilidade enquanto responsabilidade.

Se houvesse uma aplicação real desta afirmação de Roxin perante a culpabilidade muitos problemas seriam solucionados no âmbito dos crimes patrimoniais. Mas uma análise concreta não nos demonstra que os tribunais e juízes no Brasil conferem tamanha importância à compreensão da culpabilidade enquanto responsabilidade, por estarem pautados em um formalismo jurídico como já fora sublinhado. A ideia de Roxin de que o cidadão terá a confiança na Justiça Penal parece ficar em um mundo abstrato se for contraposta à realidade brasileira tanto na operacionalidade das normas dos crimes patrimoniais no que se refere a equiparação de motivações distintas que levaram o agente a cometer o furto, o roubo, o estelionato, a extorsão, o latrocínio; quanto na estruturação das normas ao igualarem condutas cujas essêncis são diferenciadas.

Receberia uma reprovação muito maior aquele grupo organizado que é especialista em roubar bancos ou em furtar grandes obras de arte (e neste caso, mesmo sem recair em qualificadoras), se comparados com aqueles indivíduos isolados que acabam por furtar e roubar com o intuito de obterem objetos a serem vendidos para o consumo de droga ou, ainda, com um propósito exclusivamente patrimonial: isto é, subtrair coisas alheias móveis, motivados por um contexto social de consumismo extremo. Ora bem, veja-se quantas situações distintas colocadas sobre os mesmos injustos e acumuladas sobre um mesmo bloco "crimes patrimoniais". Será que estas categorias de condutas cujas essências são diferenciadas são realmente massivas se comparadas de forma distinta? Se são condutas diferenciadas não podem ser consideradas sob um mesmo bloco de análises e estatísticas.

Estas análises, como já ficaram demonstradas nos apontamento de Mezger e Sauer, são possíveis de serem realizadas, minimamente, com a ajuda dos elementos subjetivos do injusto. Entretanto, a medida da reprovação é feita de forma detalhada na real compreensão da culpabilidade enquanto limitação da pena. Além do mais, a motivação acaba por recair, também, no resultado da conduta. Caso este resultado não gere um dano social, pode ser excluída a categoria do injusto material (no âmbito da antijuridicidade). Mas acreditar que esta será a aplicação das normas torna-se ilusória diante da operacionalidade atual dos tribunais e juízes brasileiros Haveria a necessidade preventiva geral na condenação realizada pelo STF no furto de quinze bombons? Ou, o "ladrão" de bombons precisaria de "ressocialização"? Acredita-se que não é o caso.

Pode-se ilustrar estas críticas perante a recente decisão da 4ªCâmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a qual condenou um autor do crime de furto simples a mais de

um ano de pena privativa de liberdade por furtar dois pacotes de bolachas em um contexto no qual fora evidente a configuração do estado de necessidade do agente. Uma nítida decisão punitivista a qual não realiza uma diferenciação dogmática das condutas nem uma aplicação dos critérios político-criminais de merecimento e necessidade de pena. Uma verdadeira negação do Direito pelo próprio Tribunal, ainda mais quando se analisa a funcionalidade do Direito orientada pelo valor da Justiça (neokantianos) ou pelo valor fundante da dignidade da pessoa humana (funcionalismo racional-teleológico).[292] Esta decisão será analisa, de forma detalhada, no final do próximo tópico.

Roxin, em seu texto "*El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal em Alemania*"[293], justifica a exclusão da responsabilidade supralegal em um exemplo no qual um chefe superior da polícia tortura um sequestrador para saber onde se encontra a vítima; não haveria a necessidade de prevenção da sanção pois o chefe superior agiu de acordo com sua consciência e não por estímulos criminais, com vista a salvar a vida da vítima.

Ora, a realidade brasileira é marcada pelas violações de direitos humanos nos cárceres, e no sistema jurídico-penal em sua totalidade: seus direitos e garantias, seja no inquérito, seja no processo, seja na execução penal são desrespeitados. E para saber desta situação basta olharmos para a realidade social. A utilização da tortura na prática policial é corriqueira no contexto brasileiro e, para isso, haveria, então, uma exclusão da responsabilidade supralegal quando os policiais agirem de acordo com a sua consciência para salvar outros bem jurídicos? A realidade é que muitos indivíduos são torturados diante de violações à propriedade privada ou ao patrimônio de outrem. A prática policial não se limita às violações dos direitos humanos apenas quando o bem jurídico em jogo é a vida de outrem. A dignidade humana, portanto, do tipo de delinquente considerado como "ladrão" não existe perante a violação do patrimônio alheio?

Roxin utilizou um exemplo infeliz o qual se aplicado na realidade brasileira, poderia legitimar inúmeras injustiças perante os acusados. Se diante de uma situação tão gravosa (como é o caso da tortura policial), é tão fácil achar uma exclusão de responsabilidade extralegal por ausência de necessidade preventiva, porque não o é para o furto de quinze bombons?

---

[292] Homem é condenado a mais de um ano de prisão por furto de dois pacotes de bolacha. **Justificando,** São Paulo, 21 out. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/21/homem-e-condenado-a-mais-de-um-ano-de-prisao-por-furto-de-dois-pacotes-de-bolacha>. Acesso em: 2015.
Apelação nº 3005726-07.2013.8.26.0079 - Relator: Luis Soares de Mello; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.

[293] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-24, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Acreditar na concepção de Günther Jakobs o qual descreve a realidade como ela se apresenta é lidar, verdadeiramente, com o problema, sem ocultá-lo em discursos abstratos e encantadores. Salienta-se que no terceiro capítulo deste trabalho será explicada a concepção de Jakobs perante o injusto e a culpabilidade e, também, serão expostas as críticas de Roxin a tal concepção.

Ressalta-se que a não concordância com a concepção de Roxin não se dá pelas construções de seu pensamento ou suas ideias, mas pela falta de aplicabilidade em relação à realidade brasileira tal qual hoje se apresenta. Seria muito satisfatória se as ideias aqui discutidas chegam a ser operacionalizadas, de forma correta, no cenário jurídico-penal brasileiro, como uma forma de limitação à intervenção penal. Mas tal situação está distante de poder ser concretizada. E, talvez, se nos encantarmos com os ideais de Roxin nos afastaremos do concreto que atinge os crimes patrimoniais e do principal objetivo em limitar a intervenção penal perante a liberdade individual daqueles que realizam injustos, no campo patrimonial, cujo dano seja de cunho individual.

O próprio Roxin, em seu texto "*Normativismo, Política Criminal e dados empíricos na dogmática do Direito penal*"; expõe algumas objeções que são discutidas perante sua teoria. Dentre estas objeções destacam-se três: 1. *Crítica da indeterminação*. Roxin defende sua teoria na afirmação de que o intérprete não pode impor sua própria política criminal, mas que deve demonstrar as intenções político-criminais do legislador no momento da elaboração da norma penal. Por exemplo, o intérprete deveria renunciar à pena quando não se encontram necessidades preventivas da pena. Trata-se de uma decisão político-criminal de exclusão da responsabilidade. O pensamento político-criminal na dogmática do direito penal deve ser legitimado por meio da própria lei.[294] 2. *Crítica acerca de que as decisões político-criminais podem desprezar as garantias fundamentais do Direito Penal, ficando entregue ao arbítrio do legislador*. Roxin contrapõe-se a esta crítica no sentido de que "o único instrumento de defesa contra excessos estatais são os direitos humanos e as liberdades invioláveis. Assim, a política criminal enquanto fundamento do sistema do Direito Penal deve se orientar pelos Direitos humanos e liberdades reconhecidos no âmbito internacional.[295] 3. *Crítica a respeito da incompatibilidade entre Direito Penal e Política Criminal com base da dicotomia de Liszt*. Roxin afirma que a ciência do direito Penal deveria partir das decisões de política-criminal

[294] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal.
[295] Ibid., p. 67.

selecionadas pelo legislador e concretizá-las. Ressalta que "[...] fidelidade à lei, criatividade dogmática e política criminal não se excluem."[296]

Pois bem, a abertura valorativa do sistema jurídico-penal e as heranças do pensamento neokantiano não podem ser desconsideradas, pois apresentam uma importância única na tentativa de combater o mero formalismo jurídico. Mas necessitariam de sair do plano abstrato do dever ser e chegar ao plano do ser. Por isso, uma concepção baseada em Hegel que acaba por unir o plano do ser e do dever ser seja mais adequada à atual situação brasileira. A concepção de Günther Jakobs acaba por lidar melhor com a configuração da sociedade atual e, por isso, será detalhada no terceiro e último capítulo desta pesquisa.

Passar-se-á, neste momento, a analisar as possíveis contribuições da concepção do funcionalismo teleológico-racional, em específico, ao conteúdo material do conceito de crime, com base nas explicações de Figueiredo Dias, e realizar as devidas conexões com o tema dos crimes patrimoniais.

2.5.3 Conteúdo material do conceito de crime na perspectiva de Figueiredo Dias

O positivismo-legalista trabalha apenas com a concepção do conteúdo formal do crime, isto é, apenas com aquilo que o legislador considere como tal.[297] Figueiredo Dias explica que, para a concepção formal do crime, considera-se somente a circunstância de o legislador ter ameaçado a prática de um determinado fato com uma pena criminal que transforma aquele fato em um comportamento criminal.

A perspectiva do funcionalismo racional-teleológico combate esta mera concepção formal do crime para a qual a legitimação material estaria com a observância do procedimento formal adequado, ou seja, com a observância do princípio da legalidade em sentido amplo. Entretanto, este pensamento formalista não traz respostas às inúmeras questões, notadamente no que se refere à legitimação material do Direito Penal.[298] Acrescenta Figueiredo Dias a respeito da concepção positivista-legalista do conteúdo do crime que: "[...] nada fica a saber-se sobre quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais."[299] Então, deve-se

---

[296] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal.

[297] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 106.

[298] Ibid.
Explica Figueiredo Dias: A questão de saber qual a fonte de onde prmana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de espécie particular.

[299] Ibid.

relacionar a própria concepção do conteúdo material do crime à função e aos limites do Direito Penal.

Figueiredo Dias define o conteúdo material do crime da seguinte forma: "[...] é previamente dado ao legislador e constitui-se em padrão crítico tanto do direito vigente, como do Direito a constituir, indiciando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal."[300]

Por meio de uma concepção material de crime tornar-se-ia possível medir a correção ou incorreção político-criminal de cada uma das incriminações. A perspectiva positivista-sociológica foi uma tentativa de debater a concepção positivista-legalista de crime. Interessante passagem de Figueiredo Dias sobre Garofalo é a análise que este realiza sobre o que deveria corresponder aos crimes: seria a violação de sentimentos altruísticos fundamentais, e no caso dos crimes contra o patrimônio a violação se dava perante o sentimento de probidade; o denominador comum dos crimes seria a característica de ser uma conduta socialmente danosa.[301] Posteriormente, Figueiredo Dias aponta que Durkheim consideraria o denominador comum entre todas as condutas criminosas a característica de "[...] constituírem atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade."[302] Assevera-se, também, a posição de Liszt para o qual "[...] crime é a agressão, tida na perspectiva do legislador, como especialmente danosa para uma dada orientação social, a interesses juridicamente protegidos."[303]

As considerações de Garofalo, representante do positivismo criminológico, acerca do 'delito natural', na percepção de Figueiredo Dias, são de extrema importância para a dogmática atual no sentido de se analisar as circunstâncias de coexistirem crimes cujas condutas são axiologicamente relevantes independentemente de serem considerados como crime pelo legislador, ou seja, em oposição às condutas consideradas axiologicamente neutras. Apenas as condutas axiologicamente relevantes deveriam constituir o 'verdadeiro crime'.[304]

Neste contexto, seria a tentativa de se definir materialmente o crime como uma unidade de sentido sociológico que daria a base para a noção de ofensividade e, até mesmo, a noção de

---

300 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 107.
301 Ibid., p. 108.
302 Ibid.
303 Ibid.
De acordo com Gallas, o injusto merecedor de pena seria um "comportamento antissocial, tão perigoso e reprovável e tão intolerável que para a defesa da sociedade aparece como necessária e ajustada uma reação como a pena, o meio mais drástico de coerção estatal e a expressão mais forte da censura social." ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p.189, abr./jun. 1992.
304 DIAS, op. cit., p.109.

um princípio de dano (*harm principle*) que de acordo com a concepção de John Stuart Mill deveria ser o princípio fundamental da criminalização.[305]

Apesar da menção a todas estas tentativas de materialização do conceito de crime, Figueiredo Dias acredita que nenhuma delas fora tão certa quanto à ideia de tutela subsidiária de bens jurídicos. Ressalta-se a dificuldade na história da dogmática penal em se determinar o que seria a ofensividade social ou a danosidade social determinantes da própria essência de crime. Figueiredo Dias aponta as dificuldades de se estabelecer os limites da criminalização, pois "[...] nem toda aquela danosidade social deve legitimamente constituir um crime."[306] Complementa-se que "[...] o apelo à danosidade social é pois um elemento constitutivo do conceito material de crime, mas são pode sem mais fazer-se valer por aquele conceito."[307]

Dessa forma, como critério limitador da criminalização, Figueiredo Dias aponta a função de tutela de bens jurídicos como um critério de melhor delimitação que qualquer ofensividade ou danosidade social. Desse modo, não é porque determinadas condutas são socialmente danosas que necessariamente devem estar no âmbito penal.

Uma distinção faz-se importante. O que se apresenta nesta pesquisa é que condutas que afetam a propriedade em seu sentido estrito, ou seja, individual, não resulta em uma danosidade social, mas sim em uma intervenção ilícita nos interesses privados de um indivíduo. Por ser um campo individual, não deveriam estes injustos serem tratados por meio do sistema jurídico-penal, mas por meio do ramo jurídico específico em tutelar as relações privadas. Quando se fala de um furto ou, até mesmo, de um roubo que demonstram estas características descritas entende-se pela falta de danosidade social da conduta, por atingir apenas um campo de interesses privados. Afinal, tanto nas perspectivas de Garofalo, Durkheim e Liszt, apontadas acima, o aspecto social é essencial para se legitimar a intervenção penal.

No entanto, quando se fala de um "roubo ao banco" em que muitas vítimas poderão ter sua integridade física lesionada ou sua vida colocada em perigo para que se ataque a propriedade ou o patrimônio daquela instituição financeira, pode-se até falar em uma danosidade social da conduta. Mas por isso só legitima-se a criminalização? Além de ser um

---

[305] Concepções clássicas como a de John Stuart Mill, limitam a intervenção penal aos casos em que verifica um dano na condição de liberdade de outra pessoa. Machie complementa esta visão no sentido de que a medida para a limitação está em um ato social de convivência que é uma ponderação de valores, a partir dos direitos fundamentais do sujeito.[305] Todavia, não se pode adotar estas concepções nesta pesquisa pois é justamente isso que rebate-se: não basta um dano no circulo de liberdade de outrem, mas um dano social. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[306] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p.110.

[307] Ibid.
Como um exemplo, Figueiredo Dias aponta que os critérios de ofensividade social ou danosidade social não auxiliam a resolver os casos de incriminação de condutas como: o mero consumo de drogas, o auxílio à prostituição consciente e desejada, da prática de jogos de azar, dentre outros casos. Ibid.

caso em que se verifique, de forma mais nítida, a configuração de uma danosidade social estaria mais adequadamente legitimada a intervenção penal se forem analisadas as motivações que levaram à realização de tal crime, quais sejam: a possível reunião de agentes em uma organização criminosa especialista em "assaltar bancos" para recolher fundos ao próprio tráfico de drogas e armas. A danosidade e ofensividade social de tal conduta seria muito maior ao se analisar este contexto em que ocorreu; não devido a conduta em si, mas a construção social que está por detrás de tal contexto. Pois não se pode negar a intensidade de tal ofensividade ao nível social se compararmos com a baixa intensidade perante os pequenos furtos e roubos, de objetos singulares, em uma dimensão nitidamente individual, e em um contexto no qual as próprias estruturas sociais e econômicas acabam por influenciar na realização de tal práticas delituosas.

Todavia, relembra-se o leitor de que quando se atinge esta análise a respeito do complexo de associação de crimes em torno da conduta que afeta o patrimonio, em uma dimensão social, a análise da seletividade social não pode ser desconsiderada pois, muitas vezes, não é a cúpula de líderes da situação crimonosa que irá receber a condenação criminal, mas sim a base mais enfraquecida de tal associação. Devidos cuidados também devem ser compreendidos neste âmbito.

Em continuação com a análise acerca da concepção material de crime, Figueiredo Dias aponta a percepção de Welzel para o qual a "[...] missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais."[308] No mesmo sentido, defendia Jescheck: "[...] são os valores fundamentais da ordem social, consubstanciados em normas ético-sociais, que ao direito penal cabe tutelar."[309]

Combate-se tal concepção: "Não é função do direito penal tutelar a virtude ou a moral [...]. Para isso não está legitimado o direito penal [...]. É absolutamente inadequada à estrutura e às exigências das sociedades democráticas e pluralistas."[310] Assim sendo, Figueiredo Dias compartilha o pensamento racional o qual estabelece ao Direito Penal a função de tutela subsisidária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídico-penais): ou seja: "[...] tutela de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena."[311] Portanto, seria na noção de bem jurídico-penal que se concretizaria e se limitaria a noçã de danosidade ou ofensividade social.

---

[308] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p.111.
[309] Ibid.
[310] Ibid., p. 112.
[311] Ibid., p. 114.

Não cabe aos fins deste trabalho uma exposição detalhada acerca da noção de bem jurídico, mas apenas no ponto que aqui nos interessa, qual seja: o estudo da necessidade e do merecimento de pena. Figueiredo Dias define bem jurídico da seguinte forma: "[...] é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso."[312]

A respeito da propriedade enquanto bem jurídico, algumas considerações têm que ser realizadas. Pode-se até entender que em uma sociedade capitalista fundada nas bases da propriedade privada (dos meios de produção, do trabalho) reconheça-se a esta a expressão de interesse na manutenção de um certo estado, ou que o objeto de propriedade que em si mesmo seja socialmente relevante e por isso reconhecido, na ordem jurídica, como valioso.

Pois bem, adotar a concepção acerca de bem jurídico é um tanto perigoso para os fins deste trabalho, pois é certo que, em um plano teórico, o interesse de manter um certo estado o qual é ligado às estruturas de propriedade privada possa o conceber como condição de bem jurídico que necessite da tutela do direito penal. Em consideração ao objeto singular que pode ser subtraído nos crimes de furto e roubo, como pertencentes ao direito de propriedade de outrem, questiona-se: com vista a esta última consideração enquanto objeto individual é socialmente relevante o reconhecer como valioso? Em uma sociedade pautada pelo consumismo exacerbado, pode-se até considerar enquanto valioso.

No entanto, esta poderia ser uma análise de um primeiro momento acerca da propriedade privada enquanto bem jurídico que mereceria a tutela penal. Em uma análise de segundo momento e com influência de elementos sociológicos tem-se que observar: é nítido que o interesse na manutenção de um certo estado que está vinculado à propriedade privada resulta em uma expressão de interesse individual e não de toda a comunidade pois esta é composta, também, pela parcela de não proprietários. Então, como relacionar um interesse de apenas parte da sociedade, interesse este que se for atingido resultará em dano de interesses privados, com a necessidade de que o estado a se conservar, o bem ou o objetivo serem socialmente reconhecido como valiosos? Parece haver uma contradição em acreditar que o estado de se ter a sociedade dividida em classes seja reconhecido como valioso por toda a comunidade, marcada por uma desigualdade material.

Como fora comentado no primeiro capítulo, o valor do patrimônio e o valor da propriedade não são os mesmos de uma época retrógrada. Na configuração da sociedade atual, os capitais individuais podem ser sacrificados em nome da proteção do capital global. Além

[312] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 114.

do fato de que o capital social toma grande relevância no papel de controle do sistema econômico global, ainda que sob os ditames de apropriação privada de riqueza. Mas este papel do capital global acaba por interferir na própria valoração da propriedade e do patrimônio, pois estes são valorizados e desvalorizados de acordo com o fluxo de não interrupção do capital global. A riqueza produzida é constantemente desvalorizada em nome das novas inovações.

Estas dinâmicas que ocorrem no âmbito econômico devem se refletir na valoração que ocorre perante a propriedade e o patrimônio no direito penal, pois objetos e bens que são constantemente valorizados e desvalorizados, a curto prazo, não podem apresentar tal relevância para a tutela penal nem serem considerados enquanto *valiosos* para toda a comunidade, pois parte-se de uma sociedade dividada em classes sociais.

Dessa forma, a consideração sob o objeto de proteção nos crimes patrimoniais enquanto bem jurídico-penal com dignidade penal, faz-se com que o patrimônio seja analisado em sua própria valoração, pois a depender do injusto que se analisa dentro do pacote de crimes patrimoniais e a depender das circunstâncias e motivações que rodeiam este injusto o patrimônio não pode mais ser colocado dentro desta moldura de bem jurídico-penal.

Se a própria estrutura social exige um consumo exacerbado e impõe este padrão de consumo a todos, como então repreender, utilizando-se do instrumento penal, os meios ilícitos de acesso a esses bens materiais quando se resulta em danos de cunho apenas individual? Se a própria estrutura econômica possui mecanismos de desvalorização da riqueza existente e de produtos existentes, como apontar uma condição de "valiosos" aos objetos que compõe o patrimônio, se considerados individualmente?

De qualquer forma, a concepção de bem jurídico-penal dificulta a limitação da intervenção penal perante os crimes patrimoniais ao se redundar o bem jurídico ao patrimônio, sem a distinção dos injustos penais. Todavia, é evidente que com a aplicabilidade correta de princípios político-criminais clássicos se perceba a não lesividade ao bem jurídico, seja à propriedade seja ao patrimônio. Todavia, há uma dificuldade nos tribunais na aplicabilidade de tais princípios e da determinação de um real dano no valor econômico, ignorando-se, muitas vezes, o contexto social e econômico do delinquente e da vítima. Contradiz-se, assim, a própria função do direito penal de tutela *subsidiária* de bens jurídicos. Ao final deste tópico esta situação será ilustrada por meio da decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a condenação por furto de dois pacotes de bolacha.

Como ficará demonstrado no terceiro capítulo, a concepção que estabelece a função do direito penal como a proteção da vigência da norma poderá dar uma contribuição mais

adequada à realidade concreta, pois o que importa é a não negação da ordem do Direito e a manutenção da estrutura social, em última instância. Ora bem, a pequena criminalidade patrimonial, diante da configuração social atual, não possui a potencialidade de negar toda a ordem do direito, como será comentado em momento oportuno, mesmo que o bem jurídico individual seja lesionado.

Restou apresentada, portanto, a concepção funcional racional-teleológica do bem jurídico para a qual este deve ser político-criminalmente orientado e sistematizado em relação ao sistema social e ao sistema constitucional. Com base na teoria do sistema social, o conteúdo material do crime refere-se à noção de dano social, no sentido de que seria essencial para a determinação da ordem dos bens jurídicos "[...] a disfuncionalidade sistêmica dos comportamentos a que deveria obstar-se pela utilização de sanções criminais."[313] Jakobs apesar de não compartilhar com a concepção de bem jurídico também reconhece que a noção de crime deve ser determinada por meio da danosidade social.[314]

Com base nas concepções acerca das interações comunicativas, Figueiredo Dias aponta a seguinte definição de bem jurídico: "[...] objeto de valor que exprime o reconhecimento intersubjetivo e cuja proteção à comunidade considera essencial para a realização individual do cidadão participante."[315] Esta definição se contrapõe a todo o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, pois se a propriedade é o bem jurídico violado no crime de furto, por exemplo, é a propriedade que exprimiria o reconhecimento intersubjetivo e cuja proteção a comunidade consideraria essencial para a realização individual do cidadão participante. Verificou-se, nos estudos sociológicos, que o estranhamento que ocorre nas relações de propriedade privada impede que haja uma realização individual do cidadão participante que não possui tal propriedade, e, além disso, as variações do estranhamento que foram pontuadas no primeiro capítulo leva, em último nível, ao estranhamento do ser humano pelo ser humano, não sendo possível, no interior de relações de propriedade privada, haver um reconhecimento, verdadeiramente, intersubjetivo. Afinal, aqueles que não possuem o domínio perante as relações de propriedade privada tem seu livre desenvolvimento individual efetivado? Preocupa-se, então, com a realização individual do proprietário, e não de toda a comunidade.

Figueiredo Dias aponta críticas à construção que traz uma definição dos termos de validade e legitimação por meio da teoria dos sistemas, notadamente em relação aos posicionamentos relativos aos bens jurídicos funcionais ou instrumentais. São muitas as críticas, mas destaca-se que, na perspectiva de Figueiredo Dias, retirou-se o papel da

313 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 117.
314 Ibid.
315 Ibid., p. 118.

Constituição que materialmente lhe caberia perante a ordem legal dos bens jurídicos: "[...] os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal, em bens jurídico-penais, através da ordenação axiológica jurídico-constitucional."[316] Em suma: "[...] bem jurídico político-criminalmente tutelável existe só onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que se pode afirmar que preexiste ao ordenamento jurídico-penal."[317] Tem-se que verificar a correspondência de sentido de fins entre a ordem constitucional e a ordem jurídico-penal.

Portanto, na concepção aqui exposta, os bens jurídico-penais devem se considerar concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. Compreende-se a propriedade privada enquanto bem jurídico-penal, com dignidade penal, ou seja, como sendo a concretização dos valores constitucionais acerca das relações de propriedade privada e dos direitos destas relações perante a não intervenção do Estado e dos deveres tanto do Estado quanto dos não proprietários em não afetar à propriedade alheia, desde que atingida a suposta função social da propriedade privada.

Todavia, perante esta perspectiva, difícil seria negar que as condutas as quais afetam a propriedade privada não são merecedoras de pena ou de dignidade penal. Resta a saber se, diante desta linha de pensamento, configurado o merecimento de pena se haveria a necessidade de pena. Mesmo aqui, não se consegue legitimar, de forma coerente, tal necessidade de pena perante os crimes patrimoniais puros, pois a consequência jurídica aplicada violaria o princípio da subsidiariedade, já que o resultado consistiria em um dano apenas à individualidade e não a socialidade. Haveria, assim, outros ramos jurídicos que poderiam tratar do problema. Além do mais, ao se inserir o furtador no âmbito carcerário ou pregando-lhe uma etiqueta criminosa nega-se sua própria dignidade humana diante das condições carcerárias e da estigmatização de uma condenação penal. Não se torna contraditório, então, proteger a propriedade privada enquanto concretização de um valor constitucional, mas que ao se fazer isto se nega o próprio valor fundante do sistema jurídico-constitucional, qual seja: a dignidade humana? Ainda, tem-se que observar que a própria Constituição Federal, ao garantir o direito à propriedade, rege-se em contexto de determinação do modelo econômico neoliberal e de livre iniciativa/livre concorrência. Neste âmbito econômico, nem se pode falar em uma total proteção ao valor da propriedade privada ou do patrimônio, pois estão sujeitos aos próprios jogos do livre mercado. No campo

[316] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 119.
Neste sentido, somente bens jurídicos de nível constitucional poderiam ser legitimamente protegidos pelo direito penal.
[317] Ibid., p. 120.

neoliberal, a propriedade privada continua transformada em mercadoria avaliável em dinheiro.

Pois bem, indaga-se a respeito dos posicionamentos de Figueiredo Dias: se a função do Direito Penal é, em última instância, tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, como ficam os não proprietários que afetam, de forma ilícita, o âmbito da individualidade de outrem refletida em sua propriedade privada?

Como os não proprietários, e aqui fala-se em relação aos crimes patrimoniais mais puros possíveis, ou seja, aqueles cometidos sem violência ou grave ameaça e motivados por condições estruturais da sociedade (incluindo-se as qualificações do crime de furto), sem uma rede complexa que envolve vários outros crimes; podem ser considerados "livres" se teorias sociológicas e filosóficas materialistas, trabalhadas nesta pesquisa, apontam que a propriedade é a própria externação da liberdade individual? O Direito Penal deve intervir diante destes casos em que há esta desigualdade estrutural na qual um lado composto é por seres humanos não proprietários, portanto não são livres, em seu sentido sociológico e filosófico? O Direito enquanto determinação da liberdade, isto é, a realização da liberdade pelo Direito, pode ele mesmo retirar a liberdade individual em nome da proteção de uma relação de propriedade privada a qual exige tal desigualdade entre classes e apenas uma destas classes poderá representar sujeitos ativos de crimes como o furto motivado por questões estruturais?

Qual das individualidades deve prevalecer: a individualidade afetada do proprietário por meio da violação do direito de propriedade ou a individualidade do não proprietário que por assim o ser já não pode ser considerado livre e que ainda terá sua dignidade humana violada no cárcere ou por uma etiqueta criminal advinda da condenação criminal? Nestes casos dos crimes patrimoniais puros, aqui ressaltados, não se tem como defender uma dignidade penal com base na valoração da Constituição sob o perigo de contradizer seu próprio valor fundante. A afetação da propriedade privada deveria ser tratada em outro ramo jurídico para que não se viole, ainda mais, a dignidade humana do não proprietário. A intervenção penal não repara o dano nem o valor econômico pela afetação da propriedade privada, então porque utilizá-lo? Utilizá-lo porque ao afetar a propriedade privada afeta-se a individualidade e a liberdade do próprio proprietário externalizadas em seu patrimônio? Então, caímos na contradição descrita acima, trata-se de um problema estrutural da sociedade capitalista: tem-se em jogo a individualidade e liberdade do proprietário contra a individualidade e liberdade do não proprietário, ou melhor, contra a pouca dignidade que resta ao não proprietário, pois nem ao menos se pode falar em liberdade se não há uma propriedade para externalizá-la. O direito

penal não tem um sistema adequado para solucionar tal problema estrutural, até mesmo por não ser essa a sua função.

Ao lado do conceito material de crime, tem-se que analisar a realidade do crime, pois, como bem explica Figueiredo Dias, esta realidade não resulta apenas do conceito de crime, mesmo que seja material, mas depende da construção social desta realidade: "[...] ele é em parte produto da sua definição social, operada em último termo pelas instâncias formais e informais do controle social."[318] Acrescenta-se, ainda, que: "[...] a realidade do crime deriva da combinação de determinadas qualidades materiais do comportamento com o processo de reação social àquele, conducente à estigmatização dos agentes respectivos como criminosos ou delinquentes."[319] De acordo com Figueiredo Dias, o crime teria, então, dois componentes irrenunciáveis: o do comportamento em si e o da sua definição como criminal: "O conceito material de crime tem de ser completado pela referência aos processos sociais de seleção, determinantes daquilo que é concreta e realmente tratado como crime."[320]

Não se pode afirmar que os crimes patrimoniais puros, analisados nesta pesquisa, que não apresentam uma ofensividade social em si para serem valorados enquanto comportamentos criminosos deveriam apresentar tal definição. Há alguns problemas de cunho político, sociológico, filosófico e criminológico que rodeiam os processos sociais de seleção. Estes processos não deveriam tratar como crime os injustos patrimoniais no seu sentido mais puro possível e que causam lesões de ordem individual. Ou ao menos, deveriam ser tratados perante os critérios de merecimento e necessidade de pena.

As objeções a este posicionamento foram projetadas no primeiro capítulo deste trabalho com referência à Silva Sanchez, Roxin e Jakobs em contraposição ao Peter- Alexis Albrecht, que compartilha deste posicionamento exposto acima. Sobre estas objeções, têm-se mais alguns comentários os quais serão detalhados no próximo tópico. Todavia, antes de adentrar neste novo tema, passar-se-á a ilustrar as críticas realizadas neste presente tópico com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar a intervenção policial militar no caso do furto de dois pacotes de bolacha, assim como os depoimentos dos policiais militares no processo penal. Pois bem, a criminalização deste tipo de conduta legitima a intervenção militar a qual, além de apresentar todas as críticas em um sentido amplo sobre a militarização da polícia no Brasil como um resquício – atuante- da ditadura militar, tem-se que tal atuação é totalmente

---

[318] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p.132.
[319] Ibid.
Cita-se como referência a teoria de *Labelling Approach.*
[320] Ibid., p. 133.

desnecessária. Outro modelo de policiamento, como o comunitário, poderia ser uma alternativa a tal contexto.

Após esta observação inicial, passa-se aos argumentos da fundamentação da condenação, notadamente no que se refere ao desrespeito da citada decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo à diferenciação dogmática de condutas. O desembargador Luiz Soares de Mello expõe que o fato de o agente confessou que após "[...] passar a noite consumindo crack sentiu fome e, por isso, ingressou no mercado onde adquiriu um pacote de salgadinhos e subtraiu os dois pacotes de bolacha; já constitui, por si só, prova suficiente para o decreto condenatório."[321] Estas foram as palavras do próprio desembargador enquanto fundamento à condenação. Tal decisão viola todo o trabalho dogmático exposto nesta pesquisa, notadamente sobre a materialização do injusto penal e a danosidade social. Ademais, percebe-se o evidente caráter de 'moralismo' do Tribunal, pois o fato de o agente ter confessado o consumo de crack influenciou na decisão o que configura um desrespeito com os próprios princípios político-criminais de intervenção mínima do Direito Penal. Este passa, naturalmente, a ser tratado enquanto um instrumento de controle social sob as consequências de uma estrutura social marcada pela assimetria de poderes, desigualdades sociais, marginalização e exclusão social.

Frente à tese da defesa sobre o princípio da insignificância o citado desembargador afirma que a legislação brasileira não consagra nem nunca consagrou este princípio ou o furto de bagatela. Ora, observa-se a urgência de se construir critérios limitadores da intervenção penal na própria estruturação da norma penal para que se evite esta arbitrariedade dos tribunais.

Além do mais, o desembargador se coloca contra a consideração do valor econômico subtraído o que também a orientação normativa do setor de criminalização referido, pois não há como conferir uma separação dos crimes patrimoniais com o dano patrimonial realmente auferido. Trata-se de um setor que lida diretamente com a estruturação econômica. O valor econômico é a essência de tal criminalização, ainda mais quando se utiliza da teoria do bem jurídico como referência.

No decorrer desta pesquisa muito se comentou a respeito da ligação do tema da criminalidade patrimonial de rua com o da segurança. Já se explicou que o problema da insegurança social, dos riscos e perigos e do medo social, muito mais, se inter-relaciona com a

---

[321] Apelação nº 3005726-07.2013.8.26.0079 - Relator: Luis Soares de Mello; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.
Comenta-se que em respeito à confissão do agente, ao se olhar para a realidade da prática policial militar em relação aos crimes patrimoniais de rua, como o caso do furto, a tortura é rotineira. Até que ponto pode-se falar em um real direito ao silencio ou a uma confissão espontânea?

estruturação social do que com a criminalidade em si. A insegurança é a consequência do próprio modelo de modo de produção determinante e dominante do capitalismo global.

Todavia, a criminalidade patrimonial de rua tornou-se uma ótima desculpa para que o sistema jogo a culpa do problema da insegurança e, ainda, retire uma funcionalidade disto. A citada decisão comprova tal argumento. O desembargador afirma que o reconhecimento da atipicidade material iria de encontro com a suposta "[...] realidade de uma onda nefasta de criminalidade que assola nossa terra. Deve ser combatida, sob pena de se estar incentivando os agentes que se propõem a burlar a lei como o caso do criminoso."[322]

Algumas observações acerca destas palavras do desembargador: além de conferir a culpa da insegurança social à criminalidade de flagrante (e ajudar a própria estrutura econômica se esquivar de sua responsabilidade) retrata a nítida estruturação de classes da sociedade brasileira. O desembargador se refere à "onda nefasta de criminalidade que assola nossa terra e deve ser combatida"[323]; ora bem, nossa terra ou a classe social burguesa de empresários, comerciantes, desembargadores? Simplificando: a classe social de proprietários deve ser defendida de uma onda de criminalidade de marginalizados e consumistas de "drogas." Ademais, onde se encontram as estatísticas as quais analisam que os furtos de pacotes de bolacha fazem parte da onda nefasta de criminalidade? Percebe-se o desrespeito à diferenciação de injustos por parte do Tribunal.

Tem-se que tomar cautela com o uso de estatísticas por serem facilmente manipuláveis para beneficiar os jogos de poder além de serem um recurso que podem legitimar e facilitar argumentos para se aumentar o tratamento de problemas sociais por meio da repressão penal; mas, no caso, se o desembargador tivesse um pouco mais de atenção perante tais estatísticas seu argumento de que o furto de pacotes de bolachas faz parte de uma onda nefasta de criminalidade poderia ser rebatido.

Todas estas fundamentações do desembargador, principalmente a que nega a recepção do princípio da insignificância na ordem legislativa, comprovam a formação jurídica baseada em um formalismo jurídico de subsunção do fato à norma e em um senso comum manipulado pelas grandes corporações empresariais dos meios de comunicação em massa.

Ainda nesta mesma frase citada, pode-se realizar mais duas observações: 1. A etiqueta criminal empregada ao agente do caso. Por furtar dois pacotes de bolacha em um evidente estado de necessidade o Tribunal empregou, de forma expressa, o papel de criminoso a tal

---

[322] Apelação nº 3005726-07.2013.8.26.0079 - Relator: Luis Soares de Mello; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.

[323] Ibid.

agente. Esta etiqueta acompanhará o sujeito por toda a sua vida. 2. A referência do desembargador a não se absolver o réu pois se incentivará os agentes que se propõem a burlar a lei. Nesta última afirmação, a análise do terceiro capítulo faz-se essencial, pois o que se demonstrará é que se deve analisar se a conduta realmente teve a potencialidade de negar e contradizer a estrutura normativa da sociedade ou se representou somente uma consequência da própria estrutura social sendo que a intervenção penal seria uma resposta que negaria ainda mais a ordem valorativa do Direito do que a própria conduta delitiva em si. Percebe-se que no caso do furto de dois pacotes de bolacha, claramente, não houve nenhuma negação do Direito em sua totalidade mas apenas uma representação da própria estrutura desigual na qual o Direito se insere.

Em continuação com a análise do acórdão utilizado para a ilustração, transcreve-se:

> Como se explicar à sociedade ou aqui, especialmente à vítima, que aquilo que lhe furtaram nada significou para a Justiça Criminal e para as leis do país. Que exemplos ou reflexos, nessa hipótese, se estará dando a todos quantos queriam burlar a lei? Ou, repita-se, às vítimas de fatos tais? Independente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização de agentes que se dispõem a burlar a lei penal, como aqui, são, isto sim, os valores morais, cobrados pela sociedade, diuturnamente. Portanto e por isso mesmo que inimporta o quantum da coisa que se subtrai, mas sim e especificamente o que se subtrai. Se tem um valor econômico mínimo, ínfimo, irrisório que seja, terá, pelo menos à vítima, o valor moral que aquilo possa representar ou representou na aquisição e na sua mantença. Certamente, reprise-se, fruto de suor e trabalho honesto. Seria, portanto e por isso mesmo, premiar-se a desonestidade (furto) subvalorizando-se ou dando importância alguma à honestidade, atributo que por certo esteve presente quando da aquisição daquilo que se levou. Em total e completa inversão de valores morais e lógicos. Não pode ser assim, entretanto, e a Justiça Penal atenta à legislação que existe e, bem ou mal, é vigente e se impõe respeitada e, mais, fiel ao princípio da dignidade e respeito pelo ser humano lesado, tem que coibir atuações criminosas que representem, no mundo econômico, valor qualquer que possam representar. Se se violou, enfim e efetivamente, norma penal, inimporta o valor da coisa ou sua significância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu. Quem se propõe a praticar crimes assume o risco da responsabilização criminal pelo resultado, obviamente, independentemente de sua condição de necessitado eventual ou não. Fosse assim como quer o acusado em sua defesa e estaria, absurdamente, liberada a criminalidade para aqueles que se sentissem menos aquinhoados pela vida. Já se imaginou o que ocorreria? Bastaria ser necessitado para estar autorizado cometer crime qualquer. Absurda a conclusão. Condenação, portanto, inevitável. Pena 1 ano e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 11 dias-multa, mínimo valor unitário. Quanto ao regime, outro não poderia deixar de ser que o fechado. Acusado ostenta péssimos antecedentes penais além da reincidência, o que só por si habilita a imposição do regime severo. Expeça-se o mandamento de prisão.[324]

[324] Apelação nº 3005726-07.2013.8.26.0079 - Relator: Luis Soares de Mello; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.
O desembargador aponta mais duas opiniões no mesmo sentido: A miserabilidade do agente do furto não constitui causa excludente de criminalidade, caso contrário ter-se-ia uma legião de miseráveis praticando furto, impunemente, com grave repercussão na ordem pública. Tracim, Juiz Hélio de Freitas. Jutacrim 94/209. O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade Tracim, Rel. Juiz Afonso Faro. Ibid.

Pois bem, muitas ponderações devem ser realizadas. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que não é a *não condenação* que é absurda, mas sim a decisão do Tribunal. Entretanto, não era outra a se esperar após o próprio Supremo Tribunal Federal apoiar a condenação de um furto de um par de chinelos, um furto de quinze bombons e um furto de dois sabonetes líquidos. Percebe-se a significância da postura do STF.

Fora comentado, neste capítulo, que ao se colocar a propriedade privada enquanto bem jurídico que deve ser protegido penalmente nega-se, automaticamente, o valor fundante da dignidade humana do não proprietário para se tutelar a do proprietário. Faz-se, nitidamente, uma preferência entre classes sociais e, por isso mesmo, não se pode falar em uma orientação a valores sociais, pois há classes marginalizadas e excluídas de tais valores. Esta observação se ilustra no momento em que o desembargador assevera a fidelidade ao princípio da dignidade e respeito pelo ser humano lesado (proprietário) e, para isso, ter-se-ia que coibir atuações criminosas.

Ora, se o Tribunal estivesse tão preocupado com a vítima, e não com a manutenção da propriedade privada, a própria vítima teria voz no processo penal o que é comprovado pela moderna vitimologia que esta participação da vítima resta prejudicada. A pesquisa vitimológica nacional[325] muito bem demonstra que seria interesse da vítima ter seu dano patrimonial, em um sentido estritamente econômico, reparado e não o aprisionamento do agente. Dessa forma, o discurso do Tribunal apresenta-se de forma contraditória com os interesses da vítima.

Ademais, muito se utilizou, nos argumentos do Tribunal, os valores morais e sua proteção penal. Roxin e Figueiredo Dias já afirmaram que tais valores morais não devem ser tutelados pelo Direito Penal, pois esta não seria sua função (isto é, a proteção da moral). Remete-se o leitor às exposições iniciais sobre a teoria de Roxin a qual já desmistifica tais argumentos do desembargador e, também, ao conceito material de delito sob o viés de Figueiredo Dias exposto neste tópico.

A decisão emprega, várias vezes, a expressão Justiça Criminal sendo que o Tribunal deveria envergonhar-se de falar sobre "Justiça" em uma decisão deste nível que viola valores, direitos e garantias constitucionais, além da negação do próprio Direito Penal referido a uma intervenção mínima.

O desembargador refere-se à necessidade de punição do agente que furtou dois pacotes de bolacha enquanto resposta à lesão da propriedade privada daquele que obtinha o objeto

[325] DATAFOLHA. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. São Paulo, maio 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: out. 2014.

furtado como “fruto de seu suor e de seu trabalho honesto”. Veja bem, em pleno século XXI apresenta-se um Tribunal composto por desembargadores, como o citado neste caso, que não conseguem olhar para a realidade social, econômica e política do Brasil para além de sua classe social. Sem a mínima formação sociológica, criminológica e filosófica, não compreendem a própria estruturação social do país, somente conseguem apreender um ensino decorado de artigos para concursos públicos. É opção de todas as pessoas escolherem e se inserirem no mercado de trabalho? Todos e todas apresentam as mesmas condições de oportunidades? Um usuário de crack com antecedentes penais é útil ao mercado capitalista ou será preferível ao sistema jogá-lo nos cárceres? O comerciante representa um trabalhador honesto, o usuário de drogas um violador de normas. O desembargador cumpriu sua função de servir ao sistema para o qual aqueles improdutíveis devem ser excluídos de imediato.

Fala-se, na fundamentação da decisão, em inversão de valores morais e lógicos. Questiona-se: valores morais para quem? Valores lógicos para que classe social? Para o usuário de crack, objeto da decisão (e não sujeito, pois seus direitos e garantias foram negados), será que ele tem os mesmos valores morais e lógicos do desembargador que ganha auxílio alimento para a compra de ternos em Miami cujo valor ultrapassa, em demasiado, o salário da maioria da população brasileira?

O usuário de crack condenado, a mais de um ano ao regime prisional fechado, apresenta condições reais de liberdade para escolher suas condutas e não contrariar a vigência de normas? O que são normas para tal indivíduo? O desembargador fundamenta sua decisão como se o agente apresentasse reais condições de liberdade que lhe conferem a ‘vontade’ de violar a norma e compreender a responsabilização criminal. Ao contrário do que o Tribunal diz, é *absurdamente* inaceitável uma fundamentação de condenação à pena privativa de liberdade, em plena configuração social atual, na afirmação de que não se pode “liberar” a criminalidade para aqueles que se “sentem menos aquinhoados”. Realmente, comprova-se a distância da interpretação normativa do desembargador limitada a um formalismo, a um senso comum manipulável e a um sentimento punitivista das reais condições de vida do condenado. A conclusão da defesa sobre a atipicidade material da conduta e do estado de necessidade do sujeito não é absurda. Absurda é a postura e a falta de realidade social do Tribunal.

Como última observação da significância de tal decisão comenta-se a configuração do direito penal de autor, violação da Constituição Federal, no que tange ao apelo do Tribunal aos antecedentes penais e à reincidência. A estruturação das normas penais, de maneira expressa, deveria conter tal discricionariedade e proibir tais referências e não apresentar

margem à tamanha arbitrariedade o que, evidentemente, ocorre com o Art. 59, Código Penal Brasileiro.

A ilustração baseada nesta decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo retrata bem o desrespeito e, até mesmo, o desconhecimento por parte de desembargadores das teses dogmáticas desenvolvidas a nível internacional. No caso, o furto de dois pacotes de bolacha em um contexto que envolve um usuário de crack e que configura estado de necessidade não representa as mínimas condições de prevenção, o que não preencheria a categoria da responsabilidade; não configura o conceito material de delito e não cumpre o requisito da materialização do injusto penal. A decisão de condenação viola toda esta construção dogmática, além do desrespeito aos princípios político-criminais, notadamente dos critérios de merecimento e necessidade de pena.

2.5.4 Criminalidade de massa na sociedade de risco e pequena criminalidade patrimonial

Figueiredo Dias assevera a distinção entre o direito penal primário ou clássico e o direito penal secundário. Aqui nos interessa sua exposição sobre o primeiro, no qual se inserem os crimes patrimoniais. Para o autor mencionado, o direito penal clássico visa proteger a esfera de atuação especificamente pessoal (embora não necessariamente individual) do ser humano: do ser humano enquanto ser humano; já o direito penal secundário visa a tutelar a esfera de atuação social: tutela o ser humano enquanto membro de uma comunidade.[326]

No mesmo sentido, Fernando Andrade Fernandes também apresenta, em seu texto "*A pequena criminalidade e o Direito Penal*", a diferenciação do fenômeno criminal em dois níveis: um direito penal nuclear e um direito penal secundário (ou moderno direito penal). Esta distinção doutrinária, segundo Fernando Fernandes, permite a diferenciação do fenômeno criminal tendo por base o objeto a que se refere as normas jurídico-penais. Neste contexto, as normas que compõem o direito penal nuclear referem-se aos objetos mais próximos à esfera pessoal, sendo de natureza individual ou supra-individual; por outro lado, as normas que compõem o Direito Penal secundário se voltam aos objetos mais distanciados à esfera pessoal, sendo predominantemente de natureza supra-individual.[327]

Outra divisão básica apontada por Fernando Fernandes é a distinção entre criminalidade

---

[326] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 121. Complementa-se que: O Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida emque que issose torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros da comunidade enquanto tal. Ibid., p. 123.

[327] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 345.

grave e criminalidade leve o que pode implicar em respostas descontínuas à fenomenologia criminal. Nas palavras do autor:

> Sendo esta última uma divisão de fundo criminológico, não resta dúvida de que ela só se concretiza em termos normativos a partir das respectivas valorações político-criminais. Desse modo, mesmo sendo possível uma caracterização de cada uma dessas manifestações com recurso aos dados fornecidos pela Criminologia, o resultado obtido se submete ao contexto normativo específico de cada ordenamento jurídico o que compromete a validade universal da resposta.[328]

O que se pode verificar é que há uma pressão das modificações que ocorrem no moderno direito penal em relação ao direito penal clássico. Cria-se o risco de que novas configurações dogmáticas acabem sendo transpostas ao direito penal nuclear, resultando em um desvirtuamento dos próprios fins político-criminais neste âmbito. Um dos temas muito comentados no âmbito do direito penal moderno é a tese de acumulação a qual se relaciona com a criminalidade de massa da sociedade de risco.

Dessa forma, pondera-se que certas condutas apenas se tornam relevantes devido à frequência devastadora e a quantidade inumerável em que são praticadas; pelo que, a "[...] serem proibidas, não o serão em si mesmas mas em função de condutas de outras pessoas, previsíveis e prováveis, que vêm somar-se à do agente. Neste sentido, fala-se hoje de tipos aditivos ou acumulativos."[329]

Questiona Figueiredo Dias como se decide as condições de legitimidade material, jurídico-constitucional e político-criminal de criminalização pelo legislador de comportamentos considerados em si mesmos e na sua singularidade inofensivos, na base da sua inumerável proliferação.[330] Neste contexto, o Direito penal do resultado passa a ser o direito penal do comportamento, através do qual se penalizam puras relações de vida como tais. "O desempenho da função penal passa pela tutela de normas de comportamento, afastando-se do dano e mesmo do perigo de dano, pois de perigo só pode falar-se com referência a bens jurídicos concretos."[331]

Desse modo, a estrutura típica dos crimes de perigo também tem de ser referida à proteção de bens jurídicos. A substituição da categoria de bem jurídico pela tutela direta de relações ou contexto de vida enquanto tais pode ser problemática. Fala-se de um direito penal

---

328 FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 345.
Desta forma, Fernando A. Fernandes discute que a distinção entre criminalidade leve e criminalidade grave "[...] não se marca por uma linha contínua, que separa os dois fenômenos em diques estanques."

329 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 123.

330 Ibid.

331 SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 334, 2005.
Outra questão é a dificuldade de se comprovar judicialmente a causalidade entre ação e resultado: dificuldades no estabelecimento da ligação entre ação e dano do bem jurídico; não entre ação e resultado.

do risco, funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco em contraposição ao Direito Penal Clássico, defendido pela Escola de Frankfurt.[332]

A preocupação está na transposição destas ideias de tipos acumulativos, muito discutidos no âmbito do Direito Penal Econômico, aos crimes clássicos, dentre eles o setor dos crimes patrimoniais. Como se verificou nas objeções comentadas no primeiro capítulo e que também serão analisadas no terceiro capítulo, condena-se a retirada da pequena criminalidade patrimonial do merecimento ou da necessidade de pena, por ser um setor de condutas que ocorre massivamente na sociedade. Todavia, com a devida diferenciação do injusto, notadamente no âmbito da conduta, demonstra-se que frente aos crimes patrimoniais em seu sentido mais puro possível e com a devida análise da motivação do agente, a qual não está vinculada a outros crimes, não se demonstra adequado o discurso dos crimes acumulados. A conduta deve ser analisada em sua singularidade, no resultado concreto, na lesividade social gerada, no valor econômico concreto; não no sistema de delitos acumulados.

Em contraposição a estes pensamentos, tem-se a opinião de Silva Sanchez a qual fora salientada no primeiro capítulo desta pesquisa, para onde remetemos o leitor. Ressalta-se, neste momento, perante a análise operada acima sobre a criminalidade de massa na sociedade de risco que, para Silva Sanchez, os delitos patrimoniais leves expressam uma forma típica da sociedade de massas, sendo um fenômeno massivo:

> *Ello determina que den lugar a daños materiales globales muy elevados, que incidan de modo directo en la sensación social de inseguridad y que, a la vez, contribuyan de modo decisivo a la sobrecarga de la administración de justicia penal, pese a la elevada cifra oscura existente también en este ámbito [...] cifras muy elevadas de reiteración delictiva.*[333]

Silva Sanchez questiona a própria lesividade da conduta individualmente considerada, não entendendo que a lesão é inexpressível por afetar o núcleo da identidade normativa da sociedade capitalista:

> *[...] los delitos patrimoniales leves muestran características específicas en el*

---

[332] Sobre este tema, cita-se a pesquisa com vínculo à FAPESP no ano de 2013: FERNANDES, Fernando A.; SPONCHIADO, Jéssica R. Acerca das propostas de políticas públicas adotadas no âmbito penal de acordo com a realidade social, econômica e política brasileira. FAPESP, 2013.
De acordo com Peter-Alexis Albrecht: Moral e Direito, justamente no âmbito da Política e da Economia, não são congruentes, no que o Direito Penal oferece a pior forma de solução de conflito. Lucros excessivos, doações partidárias defeituosamente encaminhadas ou empregadas, devem ser melhor controladas por prescrições jurídico-econômicas ou legal-partidárias. O Direito Penal e até o Direito Processual Penal, com seus direitos de calar ou direitos de defesa garantidores de proteção jurídica, são insuficientes instrumentos de controle, que não podem criar transparência nem política, nem social ou nem mesmo moral. Nestas áreas, consequências jurídico-civis e disciplinares mais rigorosas, ou cortes na carreira profissional mediante escândalos públicos, poderiam, antes, ostentar eficácia. ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.486.

[333] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 350, 2005.

> *conjunto de la criminalidad. Por un lado, aisladamente considerados, muestran una lesividad muy limitada – hechos de bagatela –, de modo que la imposición de las sanciones penales convencionales podría parecer escasamente justificada desde la perspectivida del principio de propocionalidad. Por otro lado, sin embargo, também es cierto que afectan a un derecho individual que resulta esencial en la autocomprensión de nuestra sociedad (la propriedad privada).*[334]

Não se nega que a propriedade privada é um dos elementos fundamentais da própria estrutura social e econômica na qual o sistema jurídico-penal está inserido. Entretanto, o que se procurou demonstrar no primeiro capítulo deste trabalho é que ao lado da valoração dada à propriedade privada na configuração da sociedade atual, há outros elementos os quais possuem uma elevada valoração também por serem elementos centrais no sistema de capital global. Assim sendo, um pouco distinto da análise de Silva Sanchez, é compreender em quais casos as condutas que afetam apenas uma dimensão individualista do patrimônio têm a possibilidade de abalar toda a estrutura jurídica, se considerada de forma isolada. Até mesmo analisadas enquanto fenômeno criminal massivo não se verifica tal potencialidade de se negar toda a ordem do Direito, pois para isso a afetação de uma dimensão social do patrimônio se faz necessária. Além do mais, por mais que a propriedade privada seja um elemento do núcleo central da sociedade capitalista, pode ser tutelada por outros ramos jurídicos que não o penal, em respeito ao princípio da subsidiariedade.

Em continuação com a exposição dos posicionamentos de Silva Sanchez, este indaga quais seriam as consequências simbólicas da despenalização dos ilícitos patrimoniais leves: *"[...] en particular, la disolución del concepto ético-social de injusto en la idea de ilícito administrativo*."[335] Pondera-se que a propriedade e sua proteção pertencem ao próprio núcleo do direito penal, pois a lesão da propriedade se expressaria em uma lesão direta na esfera individual da liberdade dos cidadãos.[336] Portanto, *"[...] la conversión del hurto leve en un mero ilícito administrativo no atendería a su auténtico desvalor ético-social, produciendo un efecto deseducativo, en la medida en que conduciría a pensar que 'robar un poco no es delito'*."[337] A respeito deste pensamento já se apresentou algumas críticas nas análises anteriores.

Sílva Sánchez, em seus comentários a respeito de qual medida a ser tomada frente à criminalidade leve, ressalta que o argumente relativo à dimensão ético-social do injusto engloba o dano material e o dano intelectual. É nesta diferenciação que o autor irá fundamentar seus posicionamentos.

---

[334] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 333, 2005.
[335] Ibid., p. 338.
[336] Ibid.
[337] Ibid.

Nesta perspectiva, muitos delitos apresentariam um dano material, ou seja, uma lesão patrimonial. Além do dano material, tem-se que verificar se nos casos em que não existe tal prejuízo material, se pode ter configurado um dano intelectual. Sílva Sánchez apresenta dois conceitos de dano intelectual: 1. *"[...] la intraquilidad e irritación que el delito produce en la conciencia jurídica de la generalidad*."[338] Diante deste conceito, entende-se que o dano intelectual apresenta um dano psicológico-social. 2. "*El daño ideal que el delito produce en tanto que ruptura de la relación de reconocimiento recíproco o puesta en cuestión de la norma.*"[339]

Frente a estes conceitos de dano intelectual, Silva Sanchéz explica que nos furtos leves configura-se um dano material de bagatela; mas isso não significa que o dano intelectual seja insignificante. Tem-se que: *"[...] el hurto pone en tela de juicio una norma central del orden social, afecta al núcleo de la identidad normativa de la sociedad (dimensión estrictamente simbólica) y, además, contribuye seriamente a la sensación social de inseguridad*."[340] E, por isso, necessitaria sim de intervenção jurídico-penal.

As procuras de soluções ao problema da criminalidade patrimonial leve, dentro do próprio direito penal e processo penal (para aqueles que entendem que tais condutas sejam merecedoras de pena), podem ser exemplificadas da seguinte forma: 1. Com a análise da culpabilidade insignificante ou do dano insignificante; 2. A falta de interesse público na persecução penal; 3. Consequências insignificantes perante o dano material e intelectual. Acrescenta-se, ainda: *"[...] los presupuestos típicos de la imposición de las obligaciones e instrucciones, así como su contenido, aparecen descritos de modo muy genérico en la ley, no es exagerado afirmar que el fiscal, por esta vía, asume funciones prácticamente legislativas.*"[341]

As vantagens de se manter a pequena criminalidade patrimonial no âmbito penal são destacadas por Silva Sanchez, com um apelo máximo ao efeito simbólico do Direito Penal com o qual não se pode aqui concordar. Não é por meio de um simbolismo que os problemas concretos e reais serão solucionados. De toda forma, seguem-se os argumentos a favor:

> *[...] mantiene los hechos en el ámbito de la jurisdicción penal, descargando simultáneamente a ésta de todo el peso que conlleva el enjuicimiento [...] obtiene el efecto simbólico del proceso em sí, más el própio efecto expresivo de la sanción procesal correspondiente [...] resulta altamente eficiente al evitar el juicio y sus costes [...]el sobreseimiento evita las consecuencias desocializadoras vinculadas a*

---

338 SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 339, 2005.
339 Ibid.
340 Ibid.
341 Ibid., p. 342.

> *la pena criminal; con lo que, de hecho, se sitúa en un plano no muy diferente del de la diversion.*[342]

O próprio Silva Sanchez assevera algumas desvantagens deste posicionamento:

> *[...] la vulneración de la legalidad penal, en la medida em que el contenido de las referidas sanciones procesales no se contempla en la ley [...]la vulneración de la legalidad procesal, al existir un amplio espacio de arbitrio para la fiscalía acerca de si se inclina por el sobreseimiento o no. Ademais, lá vulneración del principio de igualdad [...] de una parte, la desigualdad entre personas, en la medida en que sólo podrían beneficiarse del sobreseimiento quienes pudieran efectuar las prestaciones – básicamente económicas – requeridas por la fiscália; de outra, la desigualdad en la práctica seguida en los diferentes territorios, en función de las directrices que transmitan los superiores jeráquicos de la fiscalía en cada uno de ellos [...]. La ausencia de un real consentimiento del imputado y la consiguinte vulneración de la presunción de inocencia [...] utilización demasiado generosa de la institución del sobreseimiento, que no se corresponde con su auténtica función.*[343]

É por acreditar, nesta pesquisa, que estas desvantagens são muito mais gravosas do que os benefícios do direito penal simbólico que se pretende adotas as concepções que limitam, ao máximo, por meio da própria lei penal, ou melhor, pela própria estruturação e configuração das normas penais, a intervenção penal; como, até mesmo, uma maneira de evitar o arbítrio dos julgadores na operacionalidade das normas penais no campo dos crimes patrimoniais.

No âmbito do Direito Penal material, Silva Sanchez demonstra algumas propostas perante a pequena criminalidade, as quais são classificadas em três grupos:

> *1. Las que pretenden excluir el carácter penalmente antijurídico de los delitos patrimoniales de bagatela;*
> *2. Las que pretenden someterlos a un proceso y a una sanción especial;*
> 3. *Las que simplemente pretenden someter al sujeito a un juicio de culpabilidad y, em su caso, de condena, renunciándose a la imposición de esta última*.[344]

Pois bem, as propostas desta presente pesquisa pode-se dizer que rodeiam estes três grupos classificatórios ponderados por Silva Sanchez. Entretanto, aqui se dá uma especial atenção ao primeiro grupo, ou seja, as tentativas de excluir o caráter antijurídico dos delitos patrimoniais de bagatela. Não apenas à criminalidade leve, mas toda aquela conduta cuja afetação ao patrimônio se dê em uma dimensão estritamente individual, sem haver o preenchimento da danosidade social. Ora, como fora explicado nas análises anteriores, se não se tem o preenchimento material do injusto, não se pode falar que a conduta é antijurídica no campo penal. Nesta análise da antijuridicidade, pode-se inserir já a proposta de verificação das associações com outros crimes, o que tornaria a conduta um tanto quanto mais complexa, danosa em sentido social.

---

342 SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 342, 2005.
343 Ibid., p. 343.
344 Ibid..

Em relação ao terceiro grupo classificatório tem-se também uma atenção especial, pois a análise das motivações que levaram o agente à prática da conduta, ou seja, a influência da estrutura econômica e de consumo deve ser levada em consideração no juízo sobre a reprovabilidade do autor, ou melhor, acerca da responsabilidade do autor e das necessidades preventivas da pena.

Silva Sanchez salienta o papel do princípio de insignificância como critério de interpretação dos tipos. "*Para los casos de bagatela, una categoría própria de infracción penal, configurada como tal en la parte general y que disponga de un marco procesal simplificado.*"[345] Neste sentido, apesar de não se retirar do âmbito penal a criminalidade patrimonial leve, deve-se tomar o cuidado de não geral ao autor um caráter estigmatizante perante a condenação penal. Assim sendo, Silva Sanchez aponta algumas discussões em torno deste tema.

Dentre as quais, tem-se que a criminalidade de bagatela deveria apresentar um procedimento judicial simplificado com respeito ao processo criminal e uma sanção distinta da pena criminal tradicional. Deveria apresentar, portanto, a introdução de uma nova categoria de delitos a serem julgados por juízes especiais e as sanções não englobariam a privação de liberdade. Complementa-se que *"[...] en los casos de enjuiciamiento de la delincuencia patrimonial leve tuviera lugar la emisión del juicio de culpabilidad, debería prescindirse de la pena.*"[346]

Além do mais, comenta-se sobre a possibilidade de que nos casos de compensação do dano causado pelo autor à vítima poderia prescindir-se da pena. Ora, isto já ocorre em outros âmbitos do direito penal que trabalham com a ligação entre crime e economia. Se é perceptível várias transposições do direito penal econômico (do direito penal moderno) aos crimes clássicos, porque não, então, transportar a extinção de punibilidade dos crimes tributários aos crimes patrimoniais? Pode-se até discutir sobre a proteção da função dos bens jurídicos apresentar-se de forma distinta, isto é, nos crimes patrimoniais não se protege simplesmente o patrimônio em seu sentido econômico, mas em sua totalidade alcançando, até mesmo, os valores de liberdade e da individualidade de seu titular. Mas diante destas discussões já foram construídas as críticas com o fundamento sociológico apresentado no primeiro capítulo deste trabalho e transportado para as análises dogmáticas, notadamente nos tópicos a respeito da teoria de Roxin. O que se pretende afirmar é que a reparação do dano deveria sim ser uma medida concreta para se afastar a intervenção penal e de melhor interesse

[345] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 345, 2005.
[346] Ibid., p. 346.

da própria vítima do delito. Já fora comentado que a propriedade privada, na configuração atual da sociedade, pode ser convertida em mera mercadoria–dinheiro; porque não transportar, então, esta valoração ao nível da norma penal e possibilitar a reparação do dano enquanto extinção de punibilidade? Caso contrário, não se está a acompanhar as mudanças nas valorações da propriedade privada e do patrimônio em seu sentido individual. Ademais, também se demonstrou que por meio do emprego da teoria da imputação objetiva, ao se realizar a reparação do dano o risco não se configura no resultado, permitindo-se a extinção da punibilidade em termos, estritamente, dogmáticos.

Sílva Sánchez salienta as posições as quais reconhecem que quando se verificam consequências insignificantes e que o sujeito tenha compensado, ou se esforçado para fazê-lo, a culpabilidade é leve, não ocorrendo razões para a prevenção geral ou especial. O instrumento de suspensão condicional da pena também seria uma opção. Entretanto, neste ponto, não se pode concordar totalmente; pois a condenação com reserva da pena ainda traria algumas limitações ao agente que muitas vezes poderiam não ser merecidas ou necessárias.

A título de conclusão deste tópico, percebe-se que muita cautela é necessária ao se configurar os crimes patrimoniais enquanto uma criminalidade de massas, pois teses do direito penal moderno, como a de cumulação de condutas, ao serem transportadas aos crimes patrimoniais clássicos poderão configurar instrumentos dogmáticos que reforçam e legitimam uma maior repressão penal aos crimes que lidam, diariamente, com a questão da seletividade social e aprisionamentos massidos. Assim sendo, as objeções de Silva Sanchez a respeito do não merecimento de pena à criminalidade patrimonial leve não podem ser consideradas aptas à realidade social, política e econômica brasileira.

Perante a importância do tema sobre os critérios de merecimento e necessidade de pena enquanto critérios aptos a limitarem à intervenção penal aos crimes patrimoniais e que rodeiam todas estas propostas dogmáticas apresenta-se, abaixo, um estudo específico sobre este tema.

2.5.5 Contribuições do Funcionalismo Teleológico-Racional aos critérios de merecimento e necessidade de pena

Observa-se que as alternativas apresentadas na moderna dogmática penal frente ao problema da pequena criminalidade continua a defender a manutenção desta ao alcance do Direito Penal, notadamente no que se refere a este aspecto discutido acima sobre a suposta

tendência generalizante de tais condutas. Bem colocado por Fernando Fernandes é a seguinte ressalva:

> [...] o efeito de otimização político-criminal das reações, através de um tratamento diferenciado para as condutas de nula ou duvidosa danosidade social, visa possibilitar a concentração de esforços das instâncias formais à prevenção, controle e repressão da criminalidade violenta, a qual deve ser o alvo principal do funcionamento eficiente do sistema criminal e que, na aparência, sobressai como sendo a de maior expressão estatística.[347]

Neste sentido, percebe-se que a diferenciação das condutas, no plano dos crimes patrimoniais, faz-se necessária para que se verifique a 'nula ou duvidosa' danosidade social, ocasiões nas quais se deve limitar a atuação das instâncias formais de controle para que estas não fiquem sobrecarregadas e ineficientes em relação à criminalidade violenta a qual, como afirmado acima, é a que domina as estatísticas criminais.

Todavia, na operacionalidade do sistema jurídico-penal, Fernando Fernandes afirma que é a criminalidade patrimonial leve que apresenta um maior peso nas atividades jurisdicionais, como a incidência de pequenos furtos e a continuidade do fenômeno dos furtos em lojas de departamento e de auto-serviço.[348] Neste contexto, aponta-se o problema da definição conceitual desta manifestação do fenômeno criminal, sendo necessária a indicação de características que contornam tal fenômeno "[...] a despeito dos critérios legais centrados na medida abstrata da pena e daquela efetivamente imposta."[349]

Sílva Sanchez, em seu texto *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*, questiona se há um merecimento de pena frente à pequena criminalidade patrimonial. As observações a este respeito rodeiam três aspectos: 1. Se a conduta merece a imposição de pena; 2. Se merece pena privativa de liberdade; 3. Qual deveria ser a reação jurídica para a delinquência patrimonial leve reiterada.

Em resposta, Sílva Sánchez afirma que a pequena criminalidade patrimonial afeta a *"[...] propriedad y, com ello, a uno de los elementos del núcleo de la identidad normativa de nuestra sociedad, la delincuencia patrimonial leve no debe quedar al margen del derecho penal*."[350] Desse modo, *"[...] si con la expresión ilícito de bagatela se pretendiera significar que un determinado hecho antijurídico há de quedar fuera del alcance del derecho penal,*

---

[347] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 347, 2005.

[348] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 347.

[349] Ibid., p. 348.

[350] SÍLVA SÁNCHEZ. op. cit., p. 348.

habría que concluir que la delinquencia patrimonial leve no constituye tal ilícito de bagatela."[351]

No entendimento de Silva Sanchez, para se caracterizar uma conduta enquanto bagatelar esta deve estar próxima àquilo que é socialmente adequado. Todavia, as normas que protegem a propriedade são básicas em nossa sociedade; então, acredita o autor que *"[...] no puede afirmarse en ningún caso que un hurto sea próximo a lo socialmente adecuado. La infracción de na norma que pertence al núcleo de la sociedad lesiona algo grande, aunque el botín sea pequeno*"[352]

Novamente sobre o dano intelectual que rodeia a pequena criminalidade por constituir um fenômeno massivo afirma-se que: "*Si un segundo criterio determinante del caráter bagatelario de una conducta es la ausencia de un riesgo social de emulación, entonces la delinquencia patrimonnial leve tampoco puede caracterizarse como tal*."[353] Neste sentido, Silva Sanchez desconsidera a delinquência patrimonial leve enquanto não merecedora de pena por afetar uma norma central do sistema social e representar um risco de generalização. A lesividade material que cada delito apresenta de forma isolada tem um caráter secundário nesta perspectiva.

No que se refere ao tema da prevenção geral positiva, Silva Sanchez defende o merecimento e a necessidade de pena da pequena criminalidade patrimonial nos seguintes termos:

> *Ahora bien, junto a ellos tampoco puede ignorarse el merecimento própio de pena que muestra cada hecho delictivo patrimonial leve [...] es cierto que una apropriación de escasa entidad pone en cuestión la vigencia de la norma que protege el derecho de propriedad; pero también que el bien jurídico propriedad resulta lesionado em escasa medida. Aquí puede advertise, además, como la noción de proteccíon del bien jurídico, por su mayor flexibilidad y graduabilidad com respecto a la de proteción de la vigencia de la norma, puede ofrecer algunas ventajas tanto en el plano dogmático como en el político-criminal*.[354]

Assim sendo, neste contexto o merecimento de pena não é anulado nem perante os delitos patrimoniais leves considerados isoladamente, pois colocam em questão a vigência da

---

[351] SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 348, 2005.

[352] Ibid.

[353] Ibid.

[354] Ibid., p. 349.
Fernando A. Fernandes explica que: "[...] ainda que revele uma lesividade leve – enquanto individualmente considerada -, esta modalidade de criminalidade patrimonial refere-se a delitos, cujas normas respectivas dizem respeito a um interesse que não só constitui um dos eixos da configuração atual da sociedade, mas que também integra o núcleo duro do Direito Penal. [...] a maximização da eficácia no controle da pequena criminalidade não pode ser descuidada, uma vez que o alastramento de um sentimento coletivo de ausência de direito e de tutela nesta área teria, a longo prazo, consequências incontroláveis. [...] o problema posto pela criminalidade patrimonial leve é que nela se trata de delitos reflexos, cuja expressão político-criminal não decorre do delito individualmente considerado, mas sim do reflexo que o conjunto de delitos da mesma espécie produz em relação à norma e ao objeto a que ela diz respeito, no caso, o patrimônio." FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 347.

norma que protege o direito de propriedade. Dada a dimensão ideal, não se poderia afastar a intervenção penal. Todavia, questiona-se a utilização de pena privativa de liberdade como resposta a tais delitos.

Pois bem, é o que se tem, reiteradamente, advertido neste capítulo. Caso haja o entendimento do merecimento de pena, não se pode ignorar a não necessidade de pena privativa de liberdade à pequena criminalidade patrimonial. Entretanto, nos termos desenvolvidos neste capítulo, algumas discordâncias com o pensamento exposto devem ser salientadas, como: 1. O merecimento de pena à pequena criminalidade patrimonial devido ao questionamento da vigência da norma que protege o direito de propriedade não é suficiente para legitimar a intervenção penal, pois não se pode considerar apenas o direito de propriedade de forma a se apegar a uma dimensão individualista do patrimônio. Esta dimensão não seria suficiente para preencher o injusto material dos crimes patrimoniais. A danosidade social da conduta isolada deve ser comprovada para se preencher a categoria da antijuridicidade material. 2. A análise de necessidade de pena não pode ser desconsiderada.[355] No pensamento de Sílva Sánchez exposto acaba por se negligenciar estas análises, resultando em uma perspectiva fechada somente perante a necessidade ou não de pena privativa de liberdade.

No que se refere ao tema da necessidade de pena, Roxin o relaciona com as tarefas político-criminais do injusto e da responsabilidade. Separar-se-ia estas duas categorias sistemáticas, pois apresentariam valorações e funções diversas. Para Roxin, "[...] o injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal."[356] No que se refere à responsabilidade, seria o âmbito no qual "[...] se decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada."[357] Desse modo, a valoração do injusto tem a tarefa de controle de comportamentos e a valoração da responsabilidade refere-se à consequência jurídica – punibilidade ou não punibilidade, sendo que ambas as valorações são problemas político-criminais. Assevera-se que tanto no injusto quando na culpabilidade, "[...] trata-se de uma dupla valoração independente e os pressupostos fáticos do injusto e da culpabilidade, ou seja, os objetos de valoração, as componentes do respectivo elemento do delito."[358]

---

[355] Manuel da Costa Andrade estabelece que para Jakobs há uma Implicação recíproca entre o merecimento e a necessidade de pena: Não é possível fundamentar a dignidade penal sem uma necessidade de pena, e portanto, sem uma carência de tutela penal. ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p.173-205, abr./jun. 1992.

[356] ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal.

[357] Ibid.

[358] Ibid., p. 70.
Complementa-se que a valoração que inside sobre a responsabilidade não pode ser fechar à reprovabilidade, mas deve perseguir os fins da pena. Ibid.

A concretização das decisões fundamentais de política criminal seria o meio de se verificar a ponderação entre a necessidade de intervenção penal e as liberdades individuais. Questiona-se: Como, então, para Roxin, se consegue concretizar os parâmetros valorativos de política criminal que fundamentam o injusto e a culpabilidade em categorias dogmáticas? Responde-se: "[...] ao estruturar o injusto e a responsabilidade, deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade de intervenção estatal e a liberdade individual."[359]

A própria função do injusto estaria relacionada com esta ponderação, pois "[...] o poder de intervenção deve ser limitado pelo princípio *nullum crimen sine lege* e pela causalidade."[360] Entretanto, em consideração aos inúmeros problemas que resultam, notadamente, da causalidade a concepção político-criminal se evidencia perante sua orientação à finalidade do direito penal, de proteger bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos *socialmente* intoleráveis.[361]

Indaga-se: se os riscos devem ser *socialmente* intoleráveis como legitimar a necessidade de pena diante dos injustos patrimoniais puros cujo desvalor da ação e desvalor do resultado apresentam-se em um âmbito individual, de interesses privados, sem se verificar uma danosidade social?

Figueiredo Dias, com base nas investigações de Welzel, apresenta as seguintes explicações acerca do desvalor da ação e do desvalor do resultado. O primeiro constitui o "[...] conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito – subjetivo – e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos."[362] O desvalor do resultado compreenderia "[...] a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objectivos do tipo de ilícito que feccionam a figura do delito."[363]

O ilícito, assim, não poderia se caracterizar apenas pelo desvalor do resultado sob pena de se recair às concepções positivistas que deixam para o âmbito do ilícito apenas o aspecto objetivo. Ressalta-se a importância de se ter inserido no injusto a análise do desvalor da ação.

Na perspectiva finalista, "[...] se a finalidade do actuar constitui o elemento essencial – ontológico – da ação, então ela tem de ser ao mesmo título momento integrante do tipo e do ilítico, começando-se a falar de ilícito pessoal."[364] Por conseguinte, a "[...] antijuridicidade é

Neste sentido, a pequena criminalidade patrimonial não deveria se restringir à análise da reprovabilidade do agente.

360 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal.

361 Ibid., p. 71.

362 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 285.

363 Ibid., p. 286.

364 Ibid., p. 287.

sempre a desaprovação de um facto referido a um determinado agente. Ilícito é ilícito pessoal da ação referida ao agente."[365] O pensamento de Figueiredo Dias a este respeito seria que:

> A constituição de um tipo de ilícito exige, por regra, tanto um desvalor de acção, como um desvalor de resultado; sem prejuízo de casos haver em que o desvalor de resultado de uma certa forma predomina sobre o desvalor de acção, ou em que inversamente o desvalor da acção predomina sobre o desvalor de resultado.[366]

Dessa forma, tem-se que analisar no âmbito do injusto tanto o desvalor da ação quanto do resultado e, frente aos crimes patrimoniais puros, não se consegue preencher tais desvalores. No âmbito do desvalor da ação tem-se que ponderar as motivações que levaram o agente escolher por tal finalidade de ação; pois, como já se explicou, naquelas circunstâncias em que a conduta se configurou influenciada pela estruturação econômica da sociedade a valoração do injusto sob tal comportamento não pode ser elevada. No que se refere ao desvalor do resultado, não se consegue ver uma potencialidade e gravidade de tais injustos patrimoniais puros para a criação de um estado juridicamente desaprovado e uma lesão ao bem jurídico protegido.

No pensamento de Claus Roxin, seria na categoria da responsabilidade que se tem a análise da medida do interesse estatal de punir ações ilícitas. Afirma-se que o instrumento central para a limitação do poder de punir do Estado é o princípio da culpabilidade. Em contraposição à Roxin, Jakobs acredita que a culpabilidade é a mera adscrição segundo necessidades de prevenção geral.[367] Este embate será exposto no terceiro e último capítulo.

Como já fora exposto em tópico anterior, Roxin acredita que a culpabilidade é abrangida pelo conceito de responsabilidade e a pena poderia ser excluída, mesmo no caso em a culpabilidade é verificada, caso não exista a necessidade de prevenção da pena. Tem-se, assim, exclusão não da culpabilidade, mas da responsabilidade. A categoria sistemática da responsabilidade apresentaria em sua ideia uma dupla limitação ao direito estatal de punir: por meio da culpabilidade e por meio das necessidades preventivas de punição. Para ser legítima a pena exigiria a necessidade social - preventiva – e a reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade.

Portanto, uns dos meios apontados pelos quais a política criminal se concretiza na dogmática penal é a própria categoria sistemática da responsabilidade. A culpabilidade possui um fundamento empírico para saber em que situações ainda seja "[...] preventivamente

---

365 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 288.
366 Ibid.
367 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 73. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal.

tolerável renunciar à pena apesar de presente a culpabilidade devem-se levar em conta não somente parâmetros legais de decisão, como também uma análise exata dos dados reais."[368]

Em conclusão, Roxin assegura que:

> O sistema do direito penal não deve fornecer uma dedução a partir de conceitos normativos abstratos ou um reflexo de regularidades ontológicas. Ele é uma combinação de ideias reitoras político-criminais, que penetram na matéria jurídica, a estruturam e possibilitam resultados adequados às peculiaridades desta.[369]

Nesta perspectiva, a diferenciação do injusto no âmbito dos crimes patrimoniais torna-se essencial para se decidir pela necessidade ou não de pena. Nos casos da pequena criminalidade patrimonial cuja motivação do agente circunscreve-se por situações da própria estrutura social e econômica, inserida em um ambiente de consumismo extremo, ou, ainda, os injustos que apresentam um significado de dano individual não preencheriam a exigência, apontada por Roxin, da necessidade social preventiva. No que se refere aos denominados furtos famélicos esta necessidade é, de forma nítida, desnecessária.

Deslegitima-se a necessidade social preventiva, em primeiro lugar, pelo próprio dano não ser social e, em segundo lugar, por consistir em condutas que acabam por ser a própria consequência da estruturação econômico-social. Já se deslegitimaria aqui a necessidade de pena, até mesmo porque outros ramos jurídicos solucionariam melhor estes casos, com uma reparação real do dano individual gerado na propriedade ou no patrimônio individual.

Além disso, a reprovação pessoal do agente pela análise da culpabilidade deveria ser menor nestes casos do que naqueles em que a motivação para o cometimento da conduta delitiva se deu perante um complexo que envolve diversos outros crimes, notadamente as organizações criminosas. Deslegitima-se na baixa reprovabilidade do agente, nos primeiros casos, a necessidade de pena.

Figueiredo Dias, em suas análises sobre a necessidade de tutela penal e o princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, aponta que a intervenção penal deve se verificar na absoluta e indispensável proteção à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. O Direito Penal seria, portanto, a *ultima ratio* da política social e sua intervenção seria subsidirária. Esta limitação derivaria do princípio da proporcionalidade. A intervenção penal só pode se dar nos casos em que "[...] outros meios da política social se revelem insuficientes ou inadequados."[370] Cita-se, como exemplo, que os meios civis são suficientes para lidar com os casos de emissão de cheques sem provisão. Dessa forma, pode-se

---

[368] ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 73. Capítulo: Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. p. 74.
[369] Ibid., p. 75.
[370] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 128.

afirmar que a não observação, nos crimes patrimoniais puros, do princípio da proporcionalidade acaba por afetar o princípio da subsidiariedade e da proibição de excesso, o que claramente ocorreu nas decisões já discutidas do Supremo Tribuanal Federal, assim como na decisão condenatória da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Figueiredo Dias demonstra que seria uma violação do princípio da proporcionalidade e da própria Constituição Federal, se o legislador invertesse a ordem axiológica constitucional, como por exemplo, descriminalizando totalmente a lesão a valores pessoais e criminalizando de forma maciça a lesão de valores patrimoniais. Pois bem, autores que analisam o excesso de punição dos crimes patrimoniais, no Brasil, como Alberto Silva Franco[371] e Alamiro V. S Netto, ou seja, que apresentam uma análise crítica no plano da pena, explicam a supervalorização do patrimônio frente aos crimes contra a vida ou contra a integridade física. Esta análise com foco na consequência jurídica pena deve ser evidenciado também como um caso de "inversão axiológica" da ordem constitucional.

Assim sendo, sobre a legitimidade da intervenção penal frente aos crimes patrimoniais puros, em um nível que não se verifica a danosidade ou ofensividade social, a consequência jurídica penal ofende a dignidade humana dos não proprietários e, ainda, nega a própria ordem constitucional por não se analisar o dano social e o valor do prejuízo nem o contexto social e econômico que levou o agente a praticar tal conduta. Se o valor da propriedade privada se sobressai tem-se, nitidamente, uma inversão axiológica colocando a propriedade privada em primeiro lugar, pois caso contrário, ao menos a necessidade de pena seria desconsiderada. Assevera-se:

> Para um eficaz domínio do fenómeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o menos possível; e devem intervir só na precisa medida requeria pelo asseguramento das condições essências de funcionamento da sociedade.[372]

Percebe-se, na realidade brasileira, um distanciamento da prática penal, perante os crimes patrimoniais, desta afirmação de Figueiredo Dias. As condenações, confirmadas pelo STF, dos três casos de furtos em que claramente não havia merecimento de pena, nem ao menos,

---

[371] Cita-se a análise de Alberto Silva Franco: "Se uma pessoa furta uma coisa qualquer, sua conduta está equiparada, no mínimo legal (um ano de reclusão) – o mínimo legal é que dimensiona a gravidade do fato criminoso - ao delito de lesão corporal grave de que resulte perigo de vida ou debilidade permanente de membro, sentido ou função (um ano de reclusão); se rouba um objeto de pouco valor, sem o emprego de arma de fogo – ou mesmo com a utilização de arma de brinquedo -, a resposta punitiva (quatro anos de reclusão) é superior a de uma lesão corporal gravíssima de que decorreu, para a vítima, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente (dois anos de reclusão) ou está igualada à lesão corporal seguida de morte (quatro anos de reclusão). O homicídio simples (seis anos de reclusão) era sancionado com pena igual ao da extorsão mediante sequestro – antes da Lei 8.072/90 – e agora, cm a lei já mencionada, com oito anos de reclusão (sequestrar constitui uma atividade delituosa mais grave do que matar)." FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva:** criminalista do século. São Paulo: Método, 2001. p.58.

[372] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 131.

necessidade de pena; demonstram este distanciamento da prática penal com os postulados da dogmática penal moderna. Mesmo frente à concepção aqui analisada não há uma real lesão ao bem jurídico patrimônio. Os casos em que, nos crimes patrimoniais, não haja um dano social, mas apenas um dano perante interesses privados em que o valor econômico não seja considerável e que as motivações que levaram o agente a cometer o crime estiverem determinadas pelo contexto social (e não por um complexo de motivações que englobam outros setores de crimes) não deveriam merecer pena ou, ao menos, concluir pela não necessidade de pena.

Fernando Andrade Fernandes, em seu texto "*A pequena criminalidade e o Direito Penal*" apresenta as concepções que trabalham com o direito penal enquanto a garantia da estrutura da sociedade e como forma de transmissão de modelos de racionalidade válidos para o conjunto da sociedade. O direito, em sua totalidade, define a configuração da sociedade, é sua autodescrição.[373]

Nesta perspectiva, as normas comunicariam o sentido da estrutura social. Se a sociedade é configurada em termos essencialmente econômicos, então, um de seus eixos é a propriedade privada; o que a um primeiro olhar poderia deslegitimar o não merecimento de pena da pequena criminalidade patrimonial. Todavia, o que se deve questionar é se, realmente, a pequena criminalidade tem a potencialidade e a gravidade de conseguir abalar o sentido da estrutura social. Com a análise da configuração da sociedade atual e da diferenciação do injusto percebeu-se que esta potencialidade não é concreta. Ora, o furto de um par de chinelos ou de dois pacotes de bolachas não apresentam dignidade penal!

Pois bem, Fernando A. Fernandes comenta sobre as alternativas aventadas a respeito da pequena criminalidade patrimonial. Expõe que o aumento das leis penais pode se apresentar enquanto danoso tanto para a dimensão de garantia quanto para a dimensão de funcionamento do direito penal.[374] Apresenta-se a seguinte distinção entre as soluções: modificações imanentes e soluções transcendentes ao âmbito penal, sendo que as primeiras ainda são

---

[373] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1.
Fernando Andrade Fernandes explica que: "[...] em uma perspectiva sociológica (Teoria do sistema social de Niklas Luhmann e Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas) as normas são uma descrição do sentido (significado) social do comportamento, transmitido por meio da comunicação. Assim, as normas comunicam simbolicamente uma orientação (de comportamentos) que, no seu conjunto, em se tratando de normas de natureza jurídica, determinam as características fundamentais da concreta configuração de uma sociedade. Complementa-se que: [...] enquanto conjunto de normas de uma determinada sociedade, o direito representa uma auto-descrição da sociedade, na medida em que as suas normas comunicam o sentido da estrutura social, e ao mesmo tempo, em virtude de se tratarem de normas que indicam um sentido (constituem), atuam também no sentido da configuração da sociedade [...] a sociedade atual está configurada em termos econômicos, tendo como um de seus eixos a propriedade privada, sendo o Direito uma auto-descrição desta sociedade e o Direito Penal sendo a sua garantia." Ibid., p. 349.

[374] Ibid., p. 353.

divididas em soluções de natureza substantiva e soluções de natureza processual.[375] Tem-se que:

> Dentre as soluções de natureza substantiva, distingue-se a opção de introdução de uma categoria de crime em uma norma da parte geral, que indique os critérios pelos quais se poderá constatar a exiguidade delitiva de uma conduta ou a adoção de institutos como o da dispensa de pena [...]. Já as soluções transcendentes referem-se à passagem de alguns fatos socialmente danosos para outras formas de controle, subtraindo-se os daquele de natureza penal.[376]

As medidas de despenalização enquadram-se em uma regulamentação de natureza penal, substantiva. Comenta-se que a regulamentação do princípio de bagatela é analisada como causa pessoal de exclusão de punibilidade e deve apresentar uma culpabilidade leve, uma insignificância nas consequências e a inexistência de razões de prevenção geral ou especial. Salienta-se que a simples não punição, ou seja, a simples defesa de retirada do âmbito penal sem qualquer compensação de danos ou sem qualquer proposta de tratamento alternativo não é a superação do problema.

Dessa forma, as medidas de despenalização deveriam vir acompanhadas de propostas de solução no direito civil ou no direito administrativo sancionado sendo que, este último, caberia o cuidado com os delitos de forma de perigo abstrato restando, ao âmbito do direito penal, apenas aquelas condutas que oferecem, concretamente, uma ofensividade. Afirma Fernando A. Fernandes que "[...] a política criminal tem que reduzir ao máximo a intervenção de natureza penal para assegurar a eficiência do sistema."[377]

Neste âmbito, pode-se compreender que a análise dos crimes patrimoniais não pode se dar de uma maneira quantitativa, mas sim qualitativa, ou seja, tem-se que diferenciar os delitos bagatelares autônomos em sua análise quantitativa de sua compreensão qualitativa, ou seja, de sua escassa danosidade social, escasso conteúdo de ilicitude.[378] Esta análise qualitativa, e não quantitativa, aponta que a melhor solução à pequena criminalidade patrimonial é transformá-la em ilícitos penais administrativos. Compreende-se que:

> [...] sob o ponto de vista do direito penal, a ofensividade de um fato, como característica de um crime é inerente aos aspectos do Estado Social de Direito, em coerência com a impostação de política criminal tendente a reduzir ao essencial a intervenção de natureza penal, visando não só assegurar as garantias de natureza formal e substancial, mas também a eficiência do sistema [...] defendeu-se que os comportamentos de bagatela autônomos, ou seja, aqueles que apresentam somente uma diferença quantitativa em relação aos ilícitos penais, revelando uma escassa danosidade social, e, pois, um escasso conteúdo de ilicitude, deveriam ser inseridos

---

375 FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 353.
376 Ibid., p. 356.
377 Ibid., p. 357.
378 Ibid.

> no âmbito dos ilícitos penais administrativos.[379]

Como já fora demonstrado acima perante os posicionamentos de Silva Sanchez, esta proposta em relação à pequena criminalidade patrimonial recebeu diversas críticas. Explica Fernando A. Fernandes:

> Todavia, no caso específico da criminalidade patrimonial leve esta proposta mereceu a crítica no sentido de que a conversão do furto leve em um mero ilícito administrativo não atenderia ao seu autêntico desvalor ético-social, produzindo um efeito deseducativo, na medida em que levaria a pensar que roubar um pouco não é delito [...] se afirmava que a proposta de se confiar ao direito de mera ordenação social o sancionamento dos pequenos furtos deveria merecer sérias reservas, uma vez que, embora o pequeno furto possa revestir a natureza de bagatela, em tal hipótese não se pode perder de vista a referência necessária ao valor jurídico ético-social que está em causa.[380]

Apesar destas objeções, algumas análises a respeito da relação entre a pequena criminalidade patrimonial e o processo penal devem ser destacadas. Verificam-se propostas no âmbito do processo penal de um condicionamento da ação penal à iniciativa privada nos casos de criminalidade patrimonial leve, assim como a hipótese de suspensão do processo e de justiça consensual. Fernando A. Fernandes salienta que:

> [...] em termos metodológicos consiste na proposta de se submeter também o processo penal a uma racionalidade teleológica funcional ou, pensamento valorativo de orientação teleológica, a partir da constatação de que, preservada a sua autonomia científica e epistemológica, em termos teleológicos não se pode verificar uma contradição entre a infraestrutura processual e o respectivo modelo de Direito Penal, ambos sujeitos à mesma orientação político-criminal que está na base do sistema jurídico-penal a que se refere.[381]

Tem-se, portanto, a apresentação de um modelo de integração político-criminal entre direito penal e processual penal como uma forma de maximizar o ganho em coerência e consequente eficácia da Justiça Penal. O processo penal, assim, deveria referir-se às finalidades de política criminal no sentido de uma "[...] tentativa de construção de um sistema unitário integral da dogmática jurídico-penal e jurídico-processual penal."[382] Fernando A. Fernandes ressalta a necessidade de haver uma sintonia teleológica entre Direito Penal e Processo Penal por meio das finalidades de política criminal.[383] Tanto o processo penal quanto

---

379 FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 358.

380 Ibid.
Complementa-se que: "Hipóteses de dano não poderiam ser transferidas para o direito administrativo sancionador pois provocaria na opinião pública a ideia de que "aqueles fatos, uma vez despenalizados provocaria uma debilitação em relação aos critérios de valoração social, bem como uma desorientação quanto aos valores dela decorrentes." Ibid.

381 Ibid.

382 Ibid., p. 364.

383 Ibid., p. 367.

o Direito Penal devem apresentar um juízo de natureza axiológica e um juízo de natureza teleológica, de forma a se verificar uma relação político-criminal de complementariedade.[384]

Fernando A. Fernandes comenta que, no âmbito da análise dogmático-penal, o desvalor da ação será maior ou menor em razão da gravidade de seu conteúdo ou de sua frequência.[385] Pois bem, a se diferenciar a motivação que leva o agente à prática da conduta delitiva percebe-se que a frequência massiva se configura diante dos delitos complexos que envolvem a criminalidade patrimonial em associação a outros crimes (injustos conjugados). A diferenciação do injusto também comprova que a gravidade do conteúdo das condutas que afetam apenas uma dimensão individualista do patrimônio não possui a legitimidade de permitir a intervenção penal ou a necessidade de pena (notadamente, a pena privativa de liberdade). Não se pode ignorar a essência distinta das condutas e colocá-las sobre um mesmo pacote denominado de criminalidade patrimonial massiva.[386] Assevera-se que:

> [...] se o bem jurídico objeto da lesão não expressa uma relevância social significativa, em função do seu pequeno valor para a comunidade [...], se a gravidade da lesão a que foi submetido não é acentuada; e se a necessidade de reprovação da atitude interna do agente não é expressiva, a danosidade social da conduta é de pequena monta, de modo que a norma pode não carecer da resposta típica (processual e penal) para a manutenção e reforço da sua vigência.[387]

Neste contexto, Fernando A. Fernandes confirma que são os critérios de merecimento de pena e necessidade de pena que podem apresentar soluções concretas ao problema da pequena criminalidade patrimonial. Além disso, ressalta-se que:

> [...] as formas de diversificação processual apresentam-se como um meio de manter o alcance do Sistema também em relação à pequena criminalidade, de modo que funcionem como via suficiente e adequada para a estabilização das normas jurídicas que tutelam os bens alcançados por esse tipo de delitos, como ocorre em relação ao patrimônio nos casos da criminalidade patrimonial leve.[388]

O merecimento de pena, de acordo com Fernando Fernandes, seria a própria dignidade penal, ou seja, "[...] a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, que assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e

---

384 FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 367.

385 Ibid., p. 365.

386 Relembra-se das explicações e fundamentações sociológicas de Karl Marx a respeito da Lei sobre o furto de lenha.

387 Ibid., p. 370.

388 Acrecenta-se: "As formas de diversificação processual e a função de proteção de bens jurídicos essenciais vem de Figueiredo Dias, ao identificar as intenções político-criminais que estão por detrás da exclusão/atenuação do princípio da legalidade com a ideia de que a intervenção do sistema formal de controle deve estritamente limitar-se pelas máximas da mais lata diversão e da menor intervenção socialmente suportáveis, o que por sua vez radica na ideia matriz de que a função de toda a intervenção penal só pode ser a proteção de bens jurídicos ou a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias da norma violada." Ibid., p. 372.

punibilidade, assegurando que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal."[389] Explica-se que:

> [...] se o bem jurídico já não é tão essencial assim ou a lesão provocada em um bem relevante não é de grande monta, sendo menor a danosidade social consequente à sua lesão, e não ousando o legislador excluí-lo da proteção penal – o que talvez seja muito mais correto, desde que não haja uma residual necessidade de proteção -, essa alteração de valor verificada quanto ao bem deve repercutir diretamente na necessidade de tutela e, assim, na própria consequência jurídica a que se liga a eventual lesão a que ele for objeto.[390]

Assim sendo, a necessidade de pena relaciona-se com o preenchimento do princípio da subsidiariedade, da *ultima ratio*, da proporcionalidade. "O Direito Penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos."[391] Pode-se confirmar, portanto, que a análise sobre a necessidade de pena representa uma verificação da

> [...] inexistência de outros meios capazes de oferecer uma tutela adequada e suficiente (subsidiariedade); o da idoneidade, relativo à aptidão da tutela penal para a proteção do bem (adequação); proporcionalidade, implicando em uma verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vistas a se poder afirmar que a tutela não gera mais custos que benefícios.[392]

Manuel da Costa Andrade define a dignidade penal como "[...] a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade."[393] De forma detalhada, esclarece-se:

> No plano transistemático, a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. Nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão já guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade. Em segundo lugar, e no plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. Por último, e no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica. e isto posta entre parêntesis a questão de saber se a distinção releva do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo. [394]

---

[389] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 372.
[390] Ibid., p. 373.
[391] Ibid., p. 374.
[392] Ibid.
[393] ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 184, abr./jun. 1992.
[394] Ibid.

Na perspectiva de Manuel da Costa Andrade, o juízo de dignidade penal "[...] implica um limiar qualificado de danosidade ou de perturbação e abalo social."[395] Já sobre a necessidade de pena, Costa Andrade compreende que:

> No plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do direito penal. O direito penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação da carência de tutela penal significa que a tutela penal é também adequada e necessária para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos. A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade, por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.[396]

Acrescenta-se que os critérios de merecimento e necessidade de pena são responsáveis para mediatizar e tornar operativos "[...] os princípios constitucionais que demarcam o horizonte da criminalização: imanência sistémico-social, proporcionalidade, carácter fragmentário e subsidiariedade."[397] No que se refere à incorporação do critério de dignidade penal na dogmática penal, Manoel da Costa Andrade expõe diversas posições que criam uma categoria a mais do delito ou de exclusão deste específica para a análise deste critério, como as teorias de Schmidhäuser e Langer. Todavia, Costa Andrade acredita que o melhor é incluir a análise destes critérios na totalidade de cada categoria. Além do mais, afirma que "[...] ao tipo cabe a função de descrever como um ilícito agravado, o ilícito digno de pena e carecido de tutela penal. o que equivale a definir a dignidade penal e a carência de tutela penal como momentos irrenunciáveis e nucleares do seu universo de sentido."[398]

Portanto, restou compreendido que a análise do merecimento de pena relaciona-se com a verificação do valor do bem jurídico tutelado e do desvalor do resultado, assim como da perigosidade do ataque, isto é, da forma e da intensidade da conduta e, por último, da

---

395 ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 184, abr./jun. 1992.

396 Ibid., p. 186.
Costa Andrade apresenta o posicionamento de Wolter para o qual a distinção entre dignidade penal e carência de tutela penal espelha de algum modo a contraposição entre norma de valoração e norma de sanção. Ibid.

397 Ibid.

398 Ibid., p. 190.

reprovabilidade da atividade interna do agente, ou melhor, do menosprezo pelos valores fundamentais da convivência social.[399]

Pois bem, com a diferenciação do injusto e da motivação que levou à prática da conduta não se pode, de maneira legítima, afirmar um merecimento de pena à pequena criminalidade patrimonial. Aquelas condutas que afetam uma dimensão essencialmente individualista do patrimônio, sem representarem uma danosidade social, não apresentam um elevado desvalor da ação nem do resultado. No que se refere à perigosidade do ataque, aquelas condutas que apenas atingem uma dimensão patrimonial privatista e sem uma grave lesão à integridade física da vítima ou a sua autodeterminação, também, não se pode confirmar que haja o preenchimento do requisito de haver uma alta perigosidade na forma e na intensidade da conduta. Ora, a diferenciação da motivação que levou o agente a praticar o delito patrimonial contribui para a análise da reprovabilidade da atividade interna do agente, pois não se pode confirmar que houve um real menosprezo pelos valores fundamentais da convivência social se estes mesmos valores contribuem para que haja uma desigualdade material concreta na sociedade. Em outras palavras, não se pode reprovar a conduta do agente quando esta é decorrente da própria estruturação da convivência social.

Como já fora comentado, os delitos patrimoniais complexos, que envolvem diversas motivações para o cometimento do delito, como, por exemplo, o recrutamento de recursos a uma organização criminosa, estes sim, teriam a potencialidade de menosprezar e, realmente, negar a estrutura de valores da convivência social.

Agora a pequena criminalidade patrimonial, com os injustos que afetam apenas uma dimensão individualista do patrimônio e motivados pelas próprias estruturas econômicas e de consumo não tem tamanha potencialidade de menosprezar esta ordem de valores, é mais uma consequência desta, mais uma forma de se inserir nesta ordem, ainda que por meios ilícitos, do que sua negação propriamente dita.

As posições acerca da criminalidade patrimonial leve, que não realizem a diferenciação do injusto e da motivação da conduta, acabam por defender o merecimento de pena, com a análise do critério da importância do bem jurídico: propriedade privada.[400] Já se comentou que esta delimitação reducionista do bem jurídico é prejudicial às análises da pequena

---

[399] Acrescenta-se: "[...] O merecimento de pena resulta de um juízo de desaprovação ético-social, em virtude do dano social gerado pela conduta do agente, na medida em que prejudica ou põe em perigo as relações sociais, devendo este dano ser aferido pela análise a respeito: a) importância do bem jurídico; b) a gravidade da lesão que a conduta deu causa, c) a reprovabilidade da atitude interna." FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 374.

[400] "Quanto maior for o valor de um determinado bem jurídico segundo a ordem valorativa, maior será o merecimento de pena; diversamente, a menor importância de um bem jurídico implicará em que menor será também o merecimento de pena desde a perspectiva do desvalor social." Ibid., p. 380.

criminalidade patrimonial. Além destas análises, há posicionamentos, como já foram apontados, que ao se defender que a norma penal protege a propriedade privada, enquanto o núcleo da sociedade, se esta é afetada lesiona-se algo de elevado valor. E, ainda, com o perigo de generalização da conduta pode-se gerar uma grande insegurança o que resulta na defesa de que a proteção da vigência da norma, a qual protege a propriedade, é essencial para se manter a estrutura da sociedade. Não se pode concordar com nenhum destes argumentos, pois nenhum deles realiza uma real diferenciação do injusto e da motivação da conduta.

O princípio da proporcionalidade não pode ser deixado de lado perante a defesa dos argumentos supra citados. Os critérios da idoneidade da intervenção penal para alcançar determinada finalidade, da necessidade da intervenção e da proporcionalidade em sentido estrito não podem ser preenchidos se se analisa a pequena criminalidade patrimonial com vista à diferenciação do injusto e da motivação que levou o agente a cometer tal delito.

Mesmo que não haja a condenação por pena privativa de liberdade perante os pequenos furtos, por exemplo, não se pode negar o caráter estigmatizante do sistema jurídico-penal, indepentende do tipo e natureza das medidas a serem implementadas[401] Portanto, a não diferenciação do injusto e da motivação que levou a prática da conduta pode afetar a análise da dignidade penal, prejudicando o princípio constitucional da proporcionalidade. As condutas que lesionam uma dimensão individualista do patrimônio não têm a potencialidade e gravidade de resultar em uma danosidade social, em uma perturbação ou abalo da estrutura social. Até mesmo porque, como fora exposto, as motivações estritamente patrimoniais não são massivas. A distinção do ilícito penal, assim, deve ser realizada por meio do seu aspecto qualitativo, e não meramente quantitativo sob pena de se ferir tamtém os princípios da subsidiariedade e da ultima ratio, pois há outros ramos jurídicos menos gravosos à liberdade individual. A necessidade de prevenção da danosidade social frente aos crimes patrimoniais puros não é de tal monte que justifique o desencadeamento dos efeitos secundários e desproporcionalmente lesivos de uma condenação criminal seja de pena privativa de liberdade seja de pena restritia de direitos.

Neste sentido, a afirmação de que o critério da gravidade da lesão só se materializa no caso de generalização da conduta também deve ser analisado perante a diferenciação do injusto e da motivação da conduta. Alguns comentários acerca da tese de acumulação serão expostos. Fernando A. Fernandes explica que

---

[401] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 383.

> O modelo dos crimes de acumulação se aplica às ações individuais que isoladamente podem ser consideradas em si mesmas inócuas, porém que na falta de uma proibição da sua prática de forma reforçada poderiam ser cometidas em grande número e desta forma seriam perturbadas as funções protegidas.[402]

O citado autor explica a forma pela qual a tese da acumulação deveria ser aplicada. Em primeiro lugar, a hipótese dos efeitos cumulativos tem de ser realista além de estarem presentes todos os outros critérios para merecimento de pena (o fato tem que por gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada). Em segundo lugar, a ocorrência de muitas ações individuais e efeitos desta acumulação (natureza massiva) deve ser comprovada. E, por último, a necessidade de salvaguardar um bem coletivo de interesse fundamental da sociedade deve ser preenchida. Ora bem, como o próprio Fernando A. Fernandes analisa, o patrimônio não é um bem coletivo. Além disso, não é de "[...] todo evidente que a criminalidade patrimonial leve possa afetar de maneira tão aguda as relações sociais."[403] Acrescenta-se que: "[...] os pequenos furtos em lojas de auto-serviço, sobreleva a circunstância de que os aparatos de segurança atualmente utilizados tendem a abaixar drasticamente a ocorrência da quantidade de contribuições individuais."[404]

Em relação aos efeitos materiais da acumulação, explica-se que a atitude preventiva dos potencialmente lesados deve ser levada em consideração. Com esta atitude preventiva, minimiza-se o dano individual, restando somente a questão do dano social pela debilitação da norma central.[405] Entretanto, com a análise da diferenciação do injusto e da diferenciação da motivação que leva ao cometimento da conduta, verifica-se que a questão do dano social das condutas que lesionam apenas uma dimensão individual do patrimônio torna-se resolvida, pois não se verifica o preenchimento deste dano social.

A análise da reprovabilidade da atitude interna do agente pode ser realizada com vista aos estudos da vitimo-dogmática. Assim, apresenta-se a questão da co-responsabilidade da vítima em relação ao dano patrimonial sofrido. Neste sentido, as técnicas de venda e publicidade resultam em uma quebra da inibição frente ao delito, o que acaba por minimizar a culpabilidade. Além da co-responsabilidade da própria vítima, tem-se que analisar a co-

---

[402] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 384.

[403] Ibid., p. 385.

[404] Ibid.

[405] Ibid., p. 386.
Todavia, desde que se admita a figura da imputação na forma de acumulação, sendo ela conjugada com a importância do bem jurídico afetado, em alguma medida poderia ser reconhecido o merecimento de pena nos casos de criminalidade patrimonial leve, tendo em vista ser esta conjugação apontada como uma das alternativas para a legitimação da intervenção penal em contextos problemáticos, como ocorre também em relação aos delitos relativos a normas que têm por objeto bens jurídicos supra-individuais. Ibid., p. 387.

responsabilidade social geral, ou seja, o delito afetado pela configuração das estruturas sociais. Ora bem, na diferenciação da motivação da conduta pode-se perceber que aquelas que foram motivadas por circunstâncias ligadas à estrutura social e econômica de exigência de um padrão de consumo exacerbado, o que pode influenciar no cometimento de furtos mesmo que de objetos de elevado valor, não podem ser consideradas de forma isolada da análise da co-responsabilidade social, pois estão ligadas à configuração da estrutura sociedade.

Fernando A. Fernandes aponta os seguintes caminhos:

> [...] resta em aberto a questão se é melhor deixar as coisas no plano da co-responsabilidade, de modo que a configuração da estrutura social só influencie no fato delitivo no plano das suas consequencias, indicando a necessidade de respostas mais informais de natureza simbólica, ou admitir uma responsabilidade exclusiva, fundada no critério da auto-colocação em perigo, de modo a comprometer a imputação. Ou, neste último caso, uma responsabilidade preponderante, em virtude do mencionado critério da auto-colocação em perigo, que somado à atenuação da culpabilidade [...] conduza à não imputação do fato a agente da subtração.[406]

Pois bem, devido a importância no tema da co-responsabilidade da vítima e da co-responsabilidade social desenvolver-se-á um tópico somente sobre estes assuntos. No momento, apenas apresentar-se-á as últimas observações acerca dos critérios de merecimento de pena e de necessidade de pena.

Apenas com a articulação destes critérios é que se verifica uma adequada e necessária tutela penal. Pode-se, também, compatibilizar com a questão da prevenção da danosidade social. A criminalidade patrimonial leve não carece, resta evidente, da imposição efetiva de penas privativas de liberdade, mesmo que de curta duração. A limitação ao merecimento de pena pela necessidade de pena é um caminho necessário aos crimes patrimoniais. Confirma-se, então, que:

> É da articulação entre merecimento de pena e necessidade de pena que se torna possível avaliar o se e o como da intervenção penal nos casos de criminalidade patrimonial leve. Assim, mesmo que comprovado o âmbito de proteção penal, e com isto o merecimento de pena, desde que se leve em conta o princípio de *ultima ratio* não resulta naturalmente que a proteção mediante o Direito Penal deva ser realizada [...] se mantida a criminalidade patrimonial leve no Direito Penal a ausência da necessidade de pena importará na medida em que configurar processos fundados em distintas formas de diversão, com consequências jurídicas flexíveis e não tão onerosas[407]

A título de conclusão deste tópico, cita-se, como um exemplo da operacionalidade das normas penais de forma distanciada dos critérios de merecimento e necessidade de pena, a

---

[406] FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1. p. 394.

[407] Ibid.

decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal, frente aos autos de Apelação nº 0038252-89.2010.8.26.0562, Registro: 2012.0000418650.[408] O caso versa sobre o cometimento de uma tentativa de furto qualificado. Apesar do valor subtraído pelo apelante não ser "tão expressivo", nas palavras do Tribunal de Justiça, não se poderia autorizar, por si só, a aplicação do princípio da insignificância, pois não se confunde o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente. No caso em tela, o valor subtraído foi igual à R$ 8,05 (oito reais e cinco centavos); entretanto, o crime não fora consumado, apenas tentado.

De forma assustadora, o Tribunal de Justiça legitima a intervenção penal por meio do argumento que a conduta narrada passa ao largo da inexpressividade penal, pois trata-se de uma tentativa de furto qualificado em que o réu, de forma audaciosa, nas primeiras horas do dia, invadiu o imóvel comercial, mediante o arrombamento de uma das janelas, e assim, passou a revirar o seu interior a procura de bens, subtraindo a quantia de R$ 8,05 que havia no caixa.[409] Diante destes argumentos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirma que não é possível falar, neste caso, de mínima ofensividade da conduta pois esta releva o comportamento do agente e sua periculosidade social, além de seu significativo grau de reprovabilidade, sendo inaplicável o princípio da insignificância. Apericulosidade social e reprovabilidade teriam sido confirmadas pela capacidade do réu em arrombar uma janela e adentrar na instituição comercial.

Além destas fundamentações absurdas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirma que não se pode ignorar a circunstância de o réu estar sendo processado em outros autos por crimes de roubo e tráfico de drogas, o que deixa evidente a propensão à atividade criminosa, de forma a impossibilitar o reconhecimento da insignificância, pois este seria um estímulo ao cometimento de novos delitos. Confirma-se uma nítida aplicação do direito penal do autor pelo Tribunal, além de relembrar os aspectos mais retrógrados da antropologia criminal de Cesar Lombroso no que se refere à personalidade e propensão à atividade criminosa.

Ainda não satisfeito, o Tribunal aponta o posicionamento do STF a respeito do tema:

> O princípio da insignificância, nos crimes contra o patrimônio, não pode ser aplicado apenas e tão somente com base no valor subtraído ou da coisa subtraída. Devem ser considerados, também, outros requisitos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido: STF - HC 98.152, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 05.06.09; HC 97.012- RS, 2ª T., rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.u., j. 09.02.10; HC 97.772-RS, 1ª T., rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 03.11.2009, v.u; RHC

[408] Relator: Sérgio Coelho - Comarca: Santos - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 16/08/2012 - Data de registro: 22/08/2012. (SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015).

[409] Ibid.

> 103552/DF, 2ª T., rel. Min. EROS GRAU, j. 01.06.10, v.u.; HC 96757/RS, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 03.11.09, v.u.; STJ HC 83.027-PE, 6ª T., Rel. Min. PAULO GALLOTTI, j. 16.09.09, v.u.[410]

Neste sentido, o Tribunal conclui que não irá conceder a absolvição devido à suposta atipicidade material da conduta porque já está de bom tamanho o reconhecimento do privilégio no furto qualificado o qual condenou o réu somente à pena de multa. O réu, nos dizeres do Tribunal, nada teria a reclamar.

Ora bem, esta decisão demonstra a preocupação salientada nesta pesquisa perante a operacionalidade das normas penais no campo dos crimes patrimoniais. Não houve a mínima observância dos critérios de merecimento e necessidade de pena, muito menos da realidade social concreta. Afirmar a periculosidade social e a reprovabilidade do autor à nível se confirmar o merecimento da intervenção penal, somente pela "capacidade" do réu em arrombar uma janela (e por isto já se configurar uma qualificadora), chega ao absurdo. A negação do próprio Direito e de sua finalidade é evidente por parte desta decisão descrita acima. Demonstra-se a legitimação da intervenção penal pela simples "invasão" ilícita à propriedade privada em um estabelecimento comercial. A norma penal não poderia, em sua estruturação, deixar margem para a desconsideração do real dano ocorrido, que no caso fora uma tentativa de subtrair o valor de oito reais. Esta dimensão econômica não poderia ser apenas um requisito para o preenchimento do princípio da insignificância, mas sim sua condição essencial. Faz-se urgente uma reestruturação normativa que traga, claramente, o princípio da insignificância e a necessidade de uma dimensão econômica na configuração dos crimes patrimoniais para se eliminar com esta discricionariedade dos tribunais brasileiros.

Confirma-se, portanto, a ideia retrógada do Tribunal e desatualizada da valoração atual a respeito do patrimônio, considerando-o apenas em uma dimensão individualista extremada. Além do mais, a prática penal não realiza um "favor" ao réu ao subsistiuir a pena privativa de liberdade pela pena de multa. A questão está muito mais distante, atinge à própria condenação criminal e seus efeitos estigmatizantes. Não há necessidade nem merecimento de pena neste caso exposto. Assim sendo, torna-se urgente a defesa para que os critérios de merecimento e necessidade de pena alcancem a operacionalidade das normas na realidade brasileira, sob o risco de se continuar a negar toda a ordem do Direito pelos próprios aplicadores e intérpretes das normas penais.

---

[410] Apelação nº 0038252-89.2010.8.26.0562, Registro: 2012.0000418650. Relator: Sérgio Coelho - Comarca: Santos - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 16/08/2012 - Data de registro: 22/08/2012. (SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015).

2.5.6 Aspectos gerais sobre a Teoria da Co-responsabilidade social frente à pequena criminalidade patrimonial

Eugenio Raúl Zaffaroni realizou um estudo sobre a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal. Neste estudo, é questionado o valor ético do juízo de culpabilidade, pois é difícil estabelecer o grau de reprovabilidade, podendo-se configurar uma medida arbitrária do poder. De acordo com Zaffaroni, a reprovabilidade nunca foi um critério útil para a quantificação da pena, mas sim um critério político-criminal útil ao serviço do sistema. A função da culpabilidade pelo injusto seria, nesta perspectiva, exclusivamente reguladora.

Como forma de responder a este problema no âmbito da dogmática penal, Zaffaroni expõe a ideia de *culpabilidade pela vulnerabilidade* A vulnerabilidade apresenta dois níveis: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade.

> A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, sempre mais ou menos amplo, como também por encaixar um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do injusto é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia.[411]

Ora bem, com a diferenciação do injusto e da motivação da conduta, pode-se compreender que, muitas das vezes, a pequena criminalidade patrimonial, notadamente no aspecto de que não se atinge um nível de dano social significativo mas apenas um dano na dimensão individual do patrimônio, está inserida neste contexto de estado de vulnerabilidade social que Zaffaroni explica.

Se, na perspectiva trabalhada neste capítulo, o Direito Penal deve estar orientado ao valor fundante da dignidade humana, então, ele não deve ignorar a realidade social que circunscreve as motivações de determinadas condutas no âmbito dos crimes patrimoniais. A teoria da coculpabilidade insere-se neste "olhar" para a realidade concreta, ou seja, para o contexto de desorganização social, de desigualdades sociais e das diferenças estruturais de

---

[411] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
No que tange a vulnerabilidade do ato e do autor, conclui Zaffaroni que: "Enquanto por via da culpabilidade de autor são mais reprováveis as ações que se ajustam ao estereótipo, para a nossa culpabilidade pela vulnerabilidade mais freqüente será que suceda o contrário, e da mesma forma com toda a carga axiológica que pretendia valorar personalidades, caracteres ou a eleição total de uma pessoa, que não era mais que uma sutilização da velha e conhecida perigosidade [...]. O exercício do poder da agência judicial se dá em um processo de luta ou batalha de poderes e que, afinal, a regra decisória que privilegia o valor da vida humana em uma situação de necessidade não pode ser eticamente criticada." Ibid.

uma sociedade. É com o reconhecimento de que a distribuição de ganhos e custos sociais se apresenta de forma irregular que se criou a teoria da coculpabilidade social.[412]

> A teoria foi concebida para ser aplicada nas ocasiões em que a desorganização da estrutura estatal, a carente oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos e a discriminação decorrente da aviltante distribuição de rendas contribuem, verdadeiramente, para a expansão da criminalidade entre aqueles que padecem com o alheamento social.[413]

A base da teoria da coculpabilidade é a desorganização social, que tem matriz sociológica, mas que pode influenciar a estruturação da dogmática jurídico-penal. Jovacy Peter Filho mostra que quanto maior a desorganização estrutural do Estado, maior será a desigualdade social entre os cidadãos. As conseqüências desta desigualdade, oriunda da própria sociedade, devem ser consideradas no juízo de culpabilidade pela prática do crime. A responsabilidade deve ser dividida com a sociedade em busca de uma menor reprovação individual. A teoria da coculpabilidade social só é aplicada quando o delito é fruto das desigualdades socioeconômicas, ou seja, quando o Estado não oferece a todos as necessidades básicas para uma vida digna, como alimentação, moradia, saúde e educação. É em busca destes bens que o delito deve ser contextualizado.

O estudo da culpabilidade por vulnerabilidade de Eugenio Raúl Zaffaroni veio a complementar a Teoria da Coculpabilidade Social, pois esta teoria baseia-se nas desigualdades socioeconômicas, na desorganização social, na fragilidade da marginalização social e na exclusão na distribuição dos bens da civilização. Já a culpabilidade por vulnerabilidade abrange qualquer estado de fragilidade, como a de natureza econômica, social, psíquica ou familiar.

Veririca-se a previsão legal da coculpabilidade, de forma explícita ou implícita, em legislações penais como: O Código Penal Argentino, no Art. 41, 2°, obriga o juiz a inquirir o réu sobre miséria ou a dificuldade de obter sustento próprio ou de terceiros dele dependentes. O Código Colombiano, em seu Art. 33, considera inimputável quem, em virtude das diversidades socioculturais, não possuir capacidade de compreender o caráter ilícito.[414]

---

412 PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 211.

413 Ibid. p.213.
"[...] a insuficiência de acesso igual aos frutos da civilização acarreta uma redução dos recintos interiores da autodeterminação, e tal situação, caso venha a contribuir na conduta criminosa, deverá ter a reprovabilidade da conduta repartida entre o agente que comete o fato e a sociedade que ofertou ao agente uma vida de privações adicionais àquelas de que ele já dispensa para civilizar-se." Ibid.

414 Ibid., p. 218.

A coculpabilidade está inserida dentro dos elementos do crime, não sendo mero pressuposto de aplicação da pena, valorada no momento da dosimetria, mas deve orientar o julgador na definição do grau de reprovabilidade que irá, em momento posterior, subsidiar a aplicação da pena.[415] O mesmo ocorre com a culpabilidade por vulnerabilidade:

> No juízo de reprovação devem ser consideradas as oportunidades ofertadas ao autor real, levando em conta sua formação, profissão, educação, posição econômica, situação familiar, abandono juvenil, deficiências educativas, inadaptação, marginalização e outros mais que, conglobados, formam o núcleo da corresponsabilidade social pelo delito ocorrido.[416]

Todavia, este não é o pensamento majoritário na jurisprudência nacional. Jovacy Peter Filho mostra a aplicação em nossa realidade de um 'Direito Penal de gabinete', não reconhecendo as Teorias da Coculpabilidade e da Culpabilidade por Vulnerabilidade. O autor transcreveu em seu trabalho intitulado *Coculpabilidade e Vulnerabilidade: Considerações a partir de um realismo jurídico-penal;* orientações de julgados contrários a essas teorias, por exemplo:

> [...] A omissão estatal em assegurar todos os direitos fundamentais, não pode ser utilizada como escusa para a prática de crimes. Caso contrário, conduzirá à dupla punição da sociedade, já vítima constante da criminalidade e, ao mesmo tempo, responsabilizando-a pela conduta dos que fazem da criminalidade um modo de vida.[417]

Como um meio de esperança, Jovacy Peter Filho, transcreveu um julgamento de uma apelação nos autos da Ação Penal de n° 200150010122308, pela Des. Federal Maria Helena Cisne, do TRF da 2ª Região, defendendo a Teoria da Coculpabilidade e a Teoria da Vulnerabilidade:

> Não se pode afirmar que a carência de ordem material ou social condicione o sujeito à prática de crimes, assim como a abundância de bens e recursos nunca foi garantia de conduta ilibada. A pergunta que se impõe é a seguinte: poderiam as carências diminuir o âmbito de autodeteminação daqueles aos quais subjulgam? Tenho que sim. O que se vê na prática é uma sociedade alienada que enxerga mas não vê. Uma sociedade que se omite, fazendo vistas grossas à miséria que a rodeia, como se isso não lhe dissesse respeito. As pessoas deparam-se, a toda hora, com levas de crianças mendigando nos

---

Acerca da teoria da culpabilidade, pode-se afirmar que a culpabilidade é tida como um juízo de reprovação subjetiva que recai sobre o agente do crime, que podendo atuar conforme a prescrição legal acaba por assumir comportamento diverso. Em suma, é a reprovabilidade do autor em face do injusto praticado. A primeira formulação teórica da culpabilidade advém da Teoria Psicológica da Culpabilidade, para a qual a culpabilidade representaria uma ligação entre o agente e o fato, preenchido pelo dolo ou pela culpa.[414] A segunda teoria é a Psicológico-normativa da Culpabilidade que traz a ideia de exigibilidade de conduta diversa. A Teoria Finalista da Ação, de Hans Welzel, transfere os elementos dolo e culpa para a tipicidade, propondo uma culpabilidade estritamente normativa com a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade. PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 218.

415 Ibid., p. 222.

416 Ibid., p. 223.

Um tema muito controvertido em nosso Direito é a questão sobre a localização da culpabilidade como elemento do crime ou como circunstância judicial, Jovacy Peter Filho conclui que: A legislação brasileira admite situar a Culpabilidade por Vulnerabilidade tanto no conceito dogmático do crime, visto que o artigo 187 do CPP demonstra ser esta consideração fundamental para a formação do juízo dogmático de culpa do magistrado (obrigatoriedade de o magistrado explorar dados da vida social do réu, instituindo desde já o seu convencimento acerca da culpabilidade a ser atribuída ao indivíduo), ou, como permite o artigo 66 do CP, na qualidade de circunstância de atenuante genérica. Ibid., p. 225.

417 Ibid., p. 225.

> sinais – menores desassistidos a quem tudo é negado: carinho, educação, saúde, conselhos, orientação. Essas crianças são ignoradas. Não são vistas porque incomodam a sensibilidade na medida em que silenciosamente desnudam a negligencia. Essas crianças só são vistas no momento em que empunham um revolver e agridem. Nesse momento, aquela sociedade dantes 'cega' abre os olhos e clama por justiça. Qual justiça? A segregação daqueles jovens que, até então, 'não enxergaram'. Exigem justiça, a ser realizada com a colocação desses jovens atrás das grades, num sistema penal que também descumpre um preceito constitucional que proíbe penas cruéis [...]. A verdadeira coculpabilidade que entendo agregar à teoria dogmática da culpabilidade não se refere tão só ao fato de o Estado e a sociedade civil serem responsáveis pela produção de cidadãos pobres com mais carências a propendê-los à criminalidade, mas sim o fato de que os cidadãos carentes são muito mais vulneráveis à seletividade criminalizante [...]. A Teoria da Coculpabilidade também significa dizer que a conduta típica e antijurídica praticada por um agente privilegiado econômica e socialmente merece maior reprovação, dentro de um contexto democrático, do que a mesma conduta praticada por um agente que se encontra vulnerável por condições materiais e sociais adversas.[418]

A aplicação da teoria da co-responsabilidade social nos crimes patrimoniais recebe algumas resistências, como se pode perceber nas fundamentações da decisão condenatória da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, para a qual não se pode "[...] liberar a criminalidade para aqueles que se sentissem menos aquinhoados pela vida, pois bastaria ser necessitado para estar autorizado a cometer qualquer crime."[419] Verifica-se uma verdadeira distorção do real conteúdo da teoria da co-responsabilidade social. Passar-se-à, no momento, a analisar o emprego desta teoria e da co-responsabilidade da vítima, em específico no âmbito dos crimes contra o patrimônio.

Manuel da Costa Andrade observa que há reservas quanto à aceitação de um princípio vitimológico, "[...] concebido como uma das concretizações paradigmáticas e mais importantes da carência de tutela penal e, por isso, perspectivado como um critério geral de interpretação e de redução teleológica."[420] Acrescenta-se que este princípio vitomodogmático "[...] resultará na máxima hermenêutica de que só hão-de subsumir-se nos tipos penais as condutas que estão para além da autotutela possível e exigível das vítimas potenciais."[421] Neste sentido, a vitimodogmática "[...] assenta no postulado da corresponsabilidade da vítima pela proteção dos seus próprios bens jurídicos. A falha da vítima face à sua responsabilidade determinará, desde logo e em primeiro lugar, a perda da dignidade penal."[422]

---

418 PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 229-230.

419 Apelação nº 3005726-07.2013.8.26.0079 - Relator: Luis Soares de Mello; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.

420 ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 191, abr./jun. 1992.

421 Ibid.

422 Ibid.

Silva Sánchez discute o papel da vítima frente à pequena criminalidade patrimonial, posicionando-se da seguinte forma: *"[...] lo decisivo no es que una conducta de la vítima haya efectivamente tentato en términos naturalísticos al autor, provocado a conducta de éste, sino si la víctima tenía un derecho absoluto a realizaria, o más bien ello estaba sujeto a una especie de permiso condicionado.*"[423] Todavia, aponta-se que *"[...] en efecto, en una sociedad en la que crecen la marginalidad y la precariedad, la apelación exclusiva a la autorresponsabilidade del delincuente patrimonial leve tiene algo de cínico*."[424] Para esta perspectiva, deve-se relativizar o princípio retributivo de modo que a atribuição de uma única culpabilidade se supere com a corresponsabilidade do conjunto da sociedade. Salienta-se:

> *Esto implica una cierta contención de la potesdad sancionadora, que por un lado se corresponde com un deber de tolerancia de la generalidad en cuanto a los riesgos de la reinserción de los penados y, por outro lado, con un deber general de ayuda, de apoyarlos em su resocialización [...]. En resumen, las consideraciones relativas a la influencia de determinadas estructuras sociales sobre el hecho delicitvo reafirman la idea de que la respuesta penal a la delincuecia patrimonial leve há de ser de natureza simbólica expresiva y no diretamente aflictiva*.[425]

Apesar destas ponderações e análises que Silva Sánchez realiza, ele confirma que a reiteração dos delitos patrimoniais leves representa sim uma quebra das normas de proteção à propriedade privada. A prevenção geral intimidatória poderia contribuir para se evitar riscos de que o imputado reincide na delinquência patrimonial. A pena de prisão de curta duração seria necessária, então, para evitar a sensação de insegurança social e desconfiança dos poderes públicos.

Pois bem, tem-se que contrapor esta análise de Silva Sánchez com alguns pressupostos jurídicos e sociológicos. Este pensamento pode abrir uma margem de aplicação de um direito penal do autor que, mesmo sendo contrário aos postulados constitucionais, é aplicado, rotineiramente, na operacionalidade da norma penal. Esta acaba por facilitar a equivocada interpretação da condição de primário, por exemplo, no que se refere ao furto privilegiado. Embora o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal seja de que a reincidência não obriga a não aplicação do princípio da insignificância, não é esta a operacionalidade das

---

423 SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 354, 2005.

424 Ibid., p. 355.

425 Ibid., p. 356.
Silva Sánchez aponta o pensamento de Jakobs sobre este assunto: A atenuação da responsabilidade dependeria do conceito que o modelo social apresenta da técnica de autosserviço: Se é considerada como uma instituição que somente beneficia os comerciantes e um pequeno número de sujeitos, então, não haveria dano a generalização da conduta, podendo-se permitir uma atenuação da responsabilidade. Mas se o autoserviço for considerado como uma instituição imprescindível e de serviço a todos, então, "*es al particular cliente al que le corresponde sustraerse a la tentación, como debe sustraerse un indivíduo a outras múltiples tentationes em la vida social [...] la exigencia de medios de autoprotección em el ámbito del comercio de autoservicio no pdría sustituir la garantía jurídica de la propriedad [...] no se pretende atribui a los comerciantes las prerrogativas da polícia*." Ibid., p. 353.

normas que se tem percebido na realidade judiciária.

Além no mais, não se pode apegar a uma função simbólica do direito penal, em nome da evitação da sensação de insegurança social e desconfiança dos poderes públicos, pois o direito penal não é o meio adequado para solucionar problemas estruturais do Estado capitalista. A insegurança social e a desconfiança dos poderes públicos não é resultante da não aplicação das normas penais, mas sim de problemas estruturais do próprio modo de produção.[426] Esta função simbólica do direito penal acaba por desvirtuá-lo de sua função originária de limitação da intervenção punitiva do Estado, além de ocultar a opercacionalidade seletiva e classista das normas penais.

Em contraposição ao pensamento de Silva Sanchez, passa-se a expor o posicionamento de Peter-Alexis Albrecht para o qual, no mesmo sentido exposto por Fernando A. Fernandes, a punição dos delitos contra a propriedade e contra o patrimônio é, quantitativamente, o ponto central das atividades do sistema de justiça criminal. Acredita-se que a maior parte da criminalidade de bagatela contra a propriedade já estaria resolvida por meio de arquivamentos processuais do Ministério Público.

A dominância das infrações de bagatela no cotidiano jurisprudencial traz consequências político-jurídicas à contrução e aplicação de normas do Direito Penal Econômico. Albrecht salienta algo muito defendido nesta pesquisa, ou seja, a ameaça do Direito Penal, nos delitos contra a propriedade e contra o patrimônio, deve ser adequada às mudanças sociais nas formas de circulação econômica. Ao se observar a realidade concreta, verifica-se que no conjunto da circulação econômica o consumidor é exposto a estratégias de oferta e de venda cada vez mais abrangentes. O direito penal assume, então, crescentes funções acessórias de absorção para os riscos de perda dos fornecedores.[427]

Na divisão entre os debates político-jurídico-penais, ressaltam-se aquelas exigências de recuo do Direito Penal para um conteúdo nuclear de bens jurídicos individuais especialmente dignos de proteção e, de uma renúncia às funções de condução social do direito penal.[428] E, em contraposição, aponta-se as exigências de alternativas normativas no que se refere a otimizar as funções do direito penal de controle da Economia.[429]

Diante destes debates político-jurídico-penais não se pode ignorar o direito penal como *"ultima ratio*". Dessa forma, o princípio político-criminal da proporcionalidade ganha um relevante espaço. Salienta-se que:

---

[426] OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
[427] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 470.
[428] Ibid., p. 471.
[429] Ibid.

> Como meio final-racional de controle social, a justificação das intervenções jurídico-penais estaria ligada a resultados demonstráveis. Se a verificação empírica demonstrasse a ausência de resultado ou efeitos contraproducentes das pretensões instrumentais do Direito Penal, a respeito de prevenção especial ou de prevenção geral, então a punição infringiria o princípio constitucional da proporcionalidade.[430]

Por meio da análise da configuração atual da sociedade, pode-se verificar que a lesão do proprietário, devido aos furtos, diminuiu-se com a expansão dos seguros e dos mecanismos de segurança. Por isso, perante os crimes patrimoniais, a avaliação da gravidade do delito não pode ser deixada de lado. Na sociedade atual, os delitos contra a propriedade e sem violência possuem um singnificado menor. A resolução do problema poderia dar-se, evidentemente, apenas em um nível jurídico de compensação dos danos causados aos lesionados.

Esclarece-se que não se nega que as intervenções ilícitas na propriedade ou no patrimônio, perante uma dimensão individualista, continuam sendo indesejadas e tidas como uma pertubarção da vida social. Entretanto, também não se pode negar o real conteúdo e significado de tais delitos os quais se apresentam de forma recuada.[431] Neste ponto, remetemos o leitor para as análises sobre as consequências no consumismo na motivação de determinados crimes patrimoniais. Fora demonstrado no primeiro capítulo que a própria estrutura de decisão dos grupos empresariais proporciona uma abertura ao cometimento de determinadas ações puníveis.[432] Assevera-se que "[...] não é a subtração de mercadoria, mas a falta de contraprestação que tem reprovação penal."[433]

As oportunidades massivas ao consumo proporcionado pelos mercados financeiros, pelo sistema de banco eletrônico, pelas ofertas de pagamento parcelado, créditos reais, créditos excedentes da contacorrente, ofertas de novação de dívida, cartões de crédito, acabam por intensificar, segundo Albrecht, as possibilidades de consumo onde as possibilidades financeiras seriam limitadas ou não estariam à disposição. Estas análises foram detalhadas no primeiro capítulo deste trabalho, em conexão com a exposição dos estudos de Belluzzo e David Harvey sobre a importância do sistema financeiro e do sistema de créditos, para onde remetemos o leitor.

---

[430] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 472.

[431] Juarez Tavares apresenta o posicionamento de Shunemann: para este o injusto teria a função de apresentar as condutas socialmente nocivas, que serão abarcadas pelos elementos positivos do tipo. Há uma preocupação com a graduação da gravidade do delito a ser avaliada já no âmbito do injusto, e não apenas na culpabilidade. Estes apontamentos sobre Shunemann são relevantes para a análise dos injustos nos crimes patrimoniais, no sentido de que para se configurar o injusto necessita-se de que a conduta seja socialmente nociva, ou seja, não basta o mero dano nas relações de interesses privados. Além disse, tem-se a importância de se analisar a graduação da gravidade já no âmbito do injusto, pois se este não apresenta uma gravidade de tamanha preocupação, o injusto não estaria preenchido, não necessitando nem ao menos de dispor dos instrumentos da culpabilidade. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[432] ALBRECHT. op. cit., p. 474.

[433] Ibid.
Essa criminalização economicamente dirigida alcança, de pronto, grupos criminológicos problemáticos: adolescente e jovens adultos, assim como os marginalizados que precisam necessariamente sucumbir na negociação do conflito. Ibid.

O que nos importa, neste momento, é que esta configuração atual da sociedade tem que ser refletida na análise dos crimes patrimoniais, pois aqueles injustos que atingem apenas uma dimensão individualista do patrimônio, sem resultarem em um dano social significativo, não apresentariam o merecimento de pena ou, ao menos, não teriam a necessidade de pena.

Albrecht utiliza este contexto social do consumismo para evidenciar a importância da aplicação do princípio da insignificância e da co-responsabilidade para se atenuar a intervenção punivita. Confirma-se que o debate político-criminal sobre a capacidade de controle do Direito Penal "[...] leva à conclusão, de que uma proteção jurídico-penal sem lacunas da propriedade não é possível do ponto de vista fático, nem razoável do ponto de vista político-criminal."[434]

Perante a psicologia empresarial de venda, da economia de pessoal e custos e da disponibilização das mercadorias à venda, ter-se-ia uma co-responsabilidade da vítmia ao cometimento do delito. Aponta-se que: "[...] a subtração antijurídica de objetos é conscientemente assumida por parte da vítima, como uma consequência concomitante da estratégia de venda ampliadora do lucro, não substancialmente lesiva ao conjunto do patrimônio."[435] Dessa forma, frente às estratégias de oferta, o conteúdo da culpabilidade do autor deve ser reduzido.

Tem-se queconsiderar a responsabilidade da própria vítima diante da não evitação dos fatos ou da autocolocação em perigo, como forma de limitar a intervenção estigmatizante do sistema jurídico-penal. Neste contexto, o pequeno valor das coisas subtraídas poderia resultar em medidas descriminalizantes em nome do princípio da proteção fragmentária de bens jurídico-penais, do princípio da subsidiariedade e, até mesmo, do preenchimento da tipicidade material. Para isso uma reforma no sistema policial e no sistema do Ministério Público seria de importância imediata.

Peter-Alexis Albrecht aponta que para os delitos de bagatela, ao contrário do que fora exposto por Silva Sanchez, o Direito Civil deveria atual como controle primário, pois a mudança na circulação econômica voltada à estratégia de oferta agressiva e abrangente também deve ser considerada, sob pena de afastar o direito penal da realidade social. Deveria-se, por conseguinte, afastar a atuação policial e do Ministério Público neste âmbito

---

[434] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 476.

[435] Ibid., p. 477.

bagatelar.[436] Este afastamento da atuação policial, na realidade brasileira, faz-se uma necessidade pois estar-se frente à intervenção da polícia militar.

Além de se configurar como subsidiária a atuação penal, Albrecht defende que haja uma análise sobre a coculpabildiade da vítima, pois se faz necessária a compreensão de que esta lesionou o dever de cuidado perante a realidade concreta do consumismo. A norma jurídico-penal deve delimitar a questão do interesse público na afetação do patrimônio, para que não se legitime uma intervenção punitiva apenas para proteger uma dimensão individualista deste.

No mesmo sentido, Juarez Tavares apresenta que a vitimo-dogmática pode contribuir tanto no conceito de antijuridicidade material quanto no princípio da subsidiariedade. Perante a concepção de que a função do injusto é de estabelecer as condutas merecedoras de pena, deve-se analisar a real capacidade da vítima em, de forma concreta, ser violada em seus bens jurídicos. Nesta vertente, não configurará estelionato, por exemplo, se a vítima tinha condições, concretas, de saber ou desconfiar do engano: não há injusto Tem-se a aplicação de princípios da vitimo-dogmática, com a possibilidade de se excluir o injusto devida à capacidade concreta de proteção da vítima. "[...] Só haveria ameaça se o ato fosse capaz de atemorizar concretamente a vítima, não haveria fraude se a vítima fosse capaz de, imediatamente, descobri-la."[437]

Propõe-se, no mesmo sentido de Albrech, que a decisão civil, com força de coisa julgada, deveria ser pressuposto para a persecução jurídico-penal nestas situações descritas acima. Ao ser realizada uma composição dos danos, a renúncia à persecução penal deveria ser obrigatória.[438] Além deste mecanismo de limitação à intervenção penal, expõe-se o debate político-criminal de retirada do risco de afetação do patrimônio para restringir a proteção

---

[436] De acordo com Albrecht: "Direito Penal recebe o caráter de uma medida lateral de garantia do lucro. Uma lesão de bem jurídico que, em essência, também é de ser reconduzida à lesão do dever de cuidado por parte da vítima, por isso também deveria conduzir, no âmbito dos delitos patrimoniais, somente a uma sanção jurídico-penal subsidiária. Aqui, o direito Civil deveria ser o instrumento de controle primário." ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 477.

[437] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 157.
Roxin, de acordo com Tavares, se opõe à vitimo-dogmática pois para ele o princípio vitimológico só deve valer para casos específicos e não como norma geral da antijuridicidade. Tavares acrescenta: a exclusão do injusto poderia ser fundamentada de outro modo, quer se reconhecendo a ausência de perigosidade social da agressão, quer se constatando a que a liberdade de ação do titular do bem jurídico não tenha sido violada, quer que a necessidade de proteção do bem na legítima defesa tenha sido excluída. Ibid., p.155.

[438] ALBRECHT. op. cit., p. 487.

jurídico-penal apenas aos delitos de dano efetivo ao patrimônio.[439]

Em termos de conclusão deste tópico, cabe salientar que se deve tomar muito cuidado para que as ideias de risco à afetação do patrimônio ou dos tipos de delitos de perigo – abstrato – não alcancem tamanha importância no âmbito dos crimes patrimoniais clássicos, como uma contaminação das modificações que ocorrem na dogmática penal moderna voltada ao direito penal econômico. Esta contaminação pode infringir os princípios político-criminais clássicos e a própria função originária da dogmática penal de limitação da intervenção punitiva do Estado na liberdade individual.

Albrecht bem salienta que as novas formas de comportamento que marcam o âmbito econômico da sociedade atual é que podem danificar, não somente o patrimônio de uma vítima determinada; mas, principalmente, um grande número de pessoas. Estas novas formas de comportamento referem-se à economia de crédito, ao mercado de capitais, ao sistema financeiro e são estas que teriam a condição de danificar a confiança no funcionamento da economia de mercado o que resultaria em um emprego dos tipos de perigo abstrato.

Pois bem, é exatamente este ponto discutido no primeiro capítulo deste trabalho: as modificações que ocorreram na configuração da sociedade atual exigem que a proteção do patrimônio não seja em relação a uma dimensão essencialmente individualista deste, mas que apresente um dano social. Frente à relevância destas novas formas de comportamento econômico, diminui-se o significado das condutas que afetam apenas uma dimensão privatista do patrimônio. Todavia, tem-se que ter cautela, pois o comentado imperativo emprego dos tipos de perigo abstrato no âmbito macroeconômico pode contaminar os crimes patrimoniais clássicos, de forma errônea.

2.6 Considerações acerca do injusto penal na concepção de Juarez Tavares

Na visão de Juarez Tavarez uma teoria do injusto penal não pode apresentar uma atitude metodológica cega à ordem jurídica democrática. A concepção de Juarez Tavares relembra muitos pontos discutidos no que se refere aos posicionamentos da corrente do funcionalismo racional-teleológico, notadamente à referência do direito penal ao sistema constitucional.

---

[439] Apresenta-se, a seguir, argumentos a favor e contra esta medida político-criminal: Para aqueles à favor da retirada do risco patrimonial do âmbito penal, tem-se que: Deveria ser totalmente reformulado e reduzido a agressões sobre o patrimônio alheio, realmente, dignas de pena. Em contraposição: A equiparação de um risco patrimonial com um dano patrimonial realizada pela jurisprudência corresponderia ao necessário modo de consideração econômico, porque o risco patrimonial já equivaleria, via de regra, a uma redução do patrimônio. Do ponto de vista desta concepção político-criminal não existiria, igualmente, nenhuma necessidade para medidas de descriminalização [...]. Uma retirada do risco patrimonial da esfera de proteção jurídico-penal colocaria a práxis em inúmeros casos, em especial no âmbito da criminalidade econômica, diante de obstáculos insuperáveis. ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 472.

Nas explicações de Juarez Tavares, a formulação das normas penais deve adequar-se à exigência do princípio da legalidade. Dessa forma, a base da teoria do injusto penal estaria na concepção de que esta teoria não pode afastar-se dos pressupostos do Estado Democrático de Direito: a questão da unidade do injusto não poderia ser orientada por meio de uma perspectiva a partir da pena (o que resultaria em uma atitude utilitarista), nem por meio de elaborações lógico-sistemáticas (visão simbólica) e nem por uma pura racionalidade. A teoria do injusto penal deve orienta-se pelos pressupostos de uma ordem jurídica democrática, notadamente no que se refere à questão da legalidade e da garantia individual.

De acordo com a concepção de Juarez Tavares a relação entre tipo e antijuridicidade deve levar em conta, em primeiro lugar, o sentido de delimitação da norma penal em face ao exercício do poder estatal e não o sentido de proibição ou de imposição de condutas.[440] A função do injusto, seria, portanto, a limitação do poder punitivo do Estado.

Pois bem, o posicionamento de Juarez Tavares é compreensível, apenas faz-se notar que, diante da base teórica de cunho sociológico realizada no primeiro capítulo desta pesquisa, deve-se indagar sobre o conceito de Estado Democrático de Direito. Não cabe neste espaço esta análise, mas apenas deve-se evidenciar que nas condições concretas da realidade brasileira é muito difícil verificar a real aplicação material dos pressupostos deste Estado e esta dificuldade acaba refletindo-se na configuração da dogmática penal assim como, posteriormente, na interpretação e aplicação das normas penais. Remete-se o leitor para as mesmas críticas realizadas frente à concepção de Claus Roxin.

Juarez Tavares pondera que o preenchimento dos elementos do injusto penal e a consequente restrição da liberdade individual constitui uma exceção, pois somente se justifica nos casos em que há necessidade, proporcionalidade e adequabilidade da intervenção punitiva. O injusto penal deveria ser analisado diante dos parâmetros do direito penal mínimo, além da demonstração de uma "[...] efetiva lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, que embutida a demonstração da danosidade social da conduta."[441] Concorda-se até certo ponto com o renomado jurista, pois na concepção que será aqui defendia não é a demonstração de uma efetiva lesão ou perigo concreto a bens jurídicos, mas sim a vigência da norma penal. É a análise da efetiva desestabilização da norma que deve orientar o estudo do

---

[440] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 161.

[441] Interessante análise de Tavares e que cabe reportar rapidamente refere-se a afirmação de que a norma penal tem caráter limitativo e não está associada a nenhum sistema teleológico de proteção ou de realização social. Assim, o injusto não poderá contradizer os preceitos relativos aos direitos fundamentais e a todos aqueles direitos positivados nos pactos e acordos de proteção de direitos individuais. Perante uma teoria democrática do injusto penal, a norma incriminadora não tem função protetiva, apenas limitativa. Ibid., p. 116-117.

injusto penal. Todavia, não se pode desconsiderar a importância da análise da lesividade concreta da contuda.

De acordo com a teoria do injusto penal elaborada por Tavares, o estudo do injusto penal deve ser realizado em duas fases. A primeira refere-se a uma avaliação global da tipicidade e da ilicitude.[442] É uma fase cujo objetivo é delimitar o que é proibido, o que é autorizado e o que é jurídico-penalmente irrelevante. Desse modo, não basta o mero estudo formal acerca da tipicidade e da antijuridicidade como elementos do delito. O que importa é uma avaliação das delimitações que se podem verificar tanto na tipicidade quanto na antijuridicidade ante a proteção de direitos individuais.[443] A segunda fase relaciona-se com a análise dos elementos da tipicidade e as autorizações especiais de conduta legalmente previstas.[444]

Neste sentido, resta claro que o injusto penal se diferencia dos injustos referentes aos outros ramos jurídicos porque representa uma maior intervenção estatal na liberdade. Segundo Tavares, o injusto penal retrata um maior grau de intervenção estatal e só pode subsistir quanto inexista dúvida sobre a necessidade dessa intervenção. Por conseguinte, o aspecto da necessidade é tão importante quanto o da legalidade, enquanto delimitadores do injusto penal. Salienta-se, também, que a demonstração da necessidade é um ato empírico e de ordem racional de integridade que deve ser avaliado, de forma dialética, conforme sua intensidade.[445]

Dessa forma, conforme o grau de necessidade avalia-se a extensão dos seus efeitos. Importante apontamento de Tavares relaciona-se com a afirmação de que os atos autorizados pelos outros ramos jurídicos devem produzir efeitos justificantes no âmbito penal, pois se resta permitido naqueles outros ramos demonstra-se a desnecessidade da intervenção penal.[446]

Assim sendo, é se suma urgência que a restituição do dano ou do bem furtado/roubado ou, ainda, dos valores obtidos por meio de fraudes, de estelionatos e de extorsões; seja uma condição de extinção de punibilidade como ocorre em outros ramos, até mesmo dentro do próprio direito penal (como ocorre perante os crimes tributários).

Questiona-se, também em relação aos pilares de uma teoria do injusto penal, qual o efeito da lesão que a conduta provocou? O conteúdo do injusto deve reportar a algo danoso. Tavares comenta que o dano deve ser de cunho individual e social. Entretanto, o que nesta pesquisa se propõe é que acima de um dano individual, o conteúdo do injusto deve ser delimitado, essencialmente, pelo dano social.

---

442 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177.
443 Ibid., p. 118.
444 Ibid., p. 188.
445 Ibid., p. 119.
446 Ibid., p. 120.

O injusto penal, diante da concepção apresentada por Tavares, seria um injusto típico, em primeiro lugar, constituído dentro de um sistema fechado de configuração. A finalidade do injusto estaria orientada para a delimitação rigorosa da intervenção punitiva. O tipo de injusto seria a descrição legal da conduta criminosa. A tipicidade representaria a configuração concreta desse tipo de injusto por meio da realização de uma conduta. Todavia, bem assevera Tavares que a situação social concreta do agente não pode ser desconsiderada da análise. Com referência à Horkheimer, afirma que o substrato de uma teoria deve ser representado pelos fatores desencadeados por uma prática social. Assim sendo, uma teoria crítica do tipo não poderia ficar adstrita somente a um conceito formal.[447] Ressalta-se que se deve realizar uma indagação quanto à racionalidade ou irracionalidade da própria proibição contida no tipo penal e do conflito social que este tipo retrata: "[...] a compreensão do injusto não pode ficar reduzida aos seus enunciados, mas se incorporar dentro de um sistema de garantias e de adequação, sob a consideração da realidade dos conflitos sociais que se refletem na formulação da norma incriminadora."[448] A análise da antijuridicidade, nesta dimensão, estaria relacionada com a contradição entre conduta típica e conduta concretamente realizada, tendo-se um juízo de inadequação à ordem do Direito.

Tavares compreende, portanto, o injusto por meio de um sistema fechado e, também, por meio de um sistema aberto. O que interessa deste último seria a verificação das condições do sujeito no sentido de ampliar as possibilidades de justificação de sua conduta. Pois bem, diante dos questionamentos realizados no primeiro capítulo deste trabalho, será que as diferentes motivações, no âmbito dos crimes patrimoniais, que levaram o agente a cometer a conduta já não podem ser consideradas neste âmbito do injusto perante a ilicitude, em vez de esperar para se analisar na culpabilidade? Parece ser possível.

No que tange às indagações acerca de se analisar a tipicidade e a ilicitude de forma conjunta, Tavares apresenta o pensamento de alguns penalistas: 1. Para Assis Toleto, a ilicitude tem a função de delimitar o injusto penal; 2. Jorge de Figueiredo Dias afirma que, por meio de um sistema teleológico-funcional, não há lugar para se construir categorias autônomas de tipicidade e ilicitude; 3. Claus Roxin assevera que o tipo deve orientar-se aos fins de prevenção geral. O que mais importa, neste ponto, seriam os fundamentos de

---

447 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 127.

448 O primeiro capítulo deste trabalho analisou estes conflitos sociais que refletem-se na norma incriminadora, pois uma análise do injusto penal não se pode fazer de forma fechada à realidade concreta vivida por aquele indivíduo que terá sua liberdade prejudicada.
Indaga-se: Como procurar uma racionalidade penal em um sistema social sem relações recíprocas? Em uma sociedade de classes, como encontrar tal racionalidade em um sistema irracional se visto pelo olhar da realidade social do delinquente patrimonial?Como forma de conter tamanha irracionalidade, os critérios dogmáticos que limitam a intervenção penal no campo do injusto, ao invés de legitmá-la em uma expansão, podem reduzir os efeitos da atual irracionalidade penal brasileira.

princípios da ordem jurídica os quais condicionam a interpretação do tipo, conferindo a ele seu sentido; 4. A ideia de unidade do Injusto também é anunciada por Jakobs. Todavia, Tavares não concorda com a teoria funcionalista de Jakobs a qual vê o delito sob a perspectiva da sanção como fundamento da prevenção geral e como meio de proteção de expectativas dentro de um sistema fechado autopoiético, no qual a preocupação mais importante é a estabilidade do sistema.[449]

Pois bem, a compreensão do injusto enquanto um limite à intervenção punitiva é de se concordar com o autor aqui comentado. Entretanto, resta muito dificultoso aceitar algumas considerações que tanto Juarez Tavares quanto o funcionalismo racional-teleológico realizam.

No que tange às fundamentações parece que a teoria de Jakobs permitirá alcançar o ponto mais concreto do problema dos crimes patrimoniais. Na realidade brasileira e na configuração da sociedade *essencialmente* econômica não se verifica, tanto no âmbito da estruturação das normas dos crimes patrimoniais quanto em sua aplicação e interpretação, uma orientação à delimitação da intervenção punitiva, mas sim um apelo errôneo de intervenção penal no âmbito dos crimes patrimoniais como forma de estabilidade do sistema. Apelo errôneo, pois como fora evidenciado no primeiro capítulo deste trabalho, apesar da propriedade privada ser um dos elementos nucleares do sistema capitalista de produção, ao lado dos conceitos de trabalho e capital; sua valoração está um tanto quanto modificada perante as mudanças de estratégias de valoração do capital global, sendo que o sistema financeiro, o mercado de capitais, o sistema de créditos ocupam o núcleo central do sistema socioeconômico. A afetação individual da propriedade privada ou do patrimônio que não produza uma danosidade social, no sentido de negar a totalidade do Direito e de desestabilizar as estruturas normativas do mercado; não representa um injusto merecedor de pena, nem ao menos deveriam estar no âmbito de resolução penal. Deveriam ser solucionados em outro ramo jurídico, específico para lidar com problemas econômico-individuais.

Não se pode adotar a concepção acerca da proteção de bens jurídicos sem as reservar críticas realizadas neste capítulo, pois se deve analisar a ofensa concreta à vítima em seu círculo de liberdade, de forma que se negue, em última instância, a própria determinação da liberdade pelo Direito e não meramente uma lesão individual no patrimônio. Ou seja, se a

---

[449] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 130.
Na perspectiva de Tavares: "Toda a construção da teoria sistêmica de Jakobs tem como pressuposto que o injusto seja produto de uma decisão do sujeito. Isto, entretanto, não significa que os funcionalistas lhe dêem importância na construção da teoria do injusto, segundo sua capacidade como sujeito de direitos, o que poderia suscitar a discussão se é possível considerar a proibição sob o aspecto da sua inclusãp/exclusão social, senão unicamente pelo que constitua objeto metodológico." Ibid.

ofensa vinda do injusto não tem a potencialidade de abalar a ordem do Direito enquanto determinação da liberdade não faz sentido a intervenção do direito penal de forma legítima.

Assim, acreditar que a configuração do injusto não tem relação com a estabilidade do sistema nem com os fins de prevenção geral seria um caminho abstrato e ilusório, ocultando as reais funções do Direito Penal por detrás de um discurso comunicativo sobre os princípios do Estado Democrático de Direito, os quais estão muito distantes da realidade prático-penal brasileira. Sobre o pressuposto de Jakobs de que o injusto seria um produto de uma decisão do sujeito sem lhe dar tamanha importância na construção da teoria do injusto, será mais detalhado no próximo capítulo deste trabalho, notadamente no momento em que se discutirá a questão da decisão e da vontade objetiva em Hegel.

Passar-se-á, portanto, a analisar as contribuições do funcionalismo radical de Günther Jakobs e da concepção hegeliana de delito e pena no capítulo seguinte.

2.7 Conclusão do Capítulo

Demonstrou-se, neste capítulo, que para a dogmática penal manter sua função clássica de limitação do poder punitivo do Estado tem-se que ultrapassar as barreiras impostas pelo positivismo jurídico-penal, notadamente no que se refere à concepção formal de injusto. Apesar de Franz von Liszt ser um representante da escola positivista não se pode negar suas contribuições no que se refere à teoria dos fins do direito penal, por isso, remontou-se a estas bases para compreender as possibilidades de referência e orientação do Direito Penal à determinadas funções e fins.

A abertura do sistema jurídico-penal a valores, no caso o valor do patrimônio e da liberdade, foi possível com as contribuições da Escola Neokantiana a qual não poderia ter sido deixada de lado, pois além desta abertura axiológica fora de suma importância para a materialização do injusto penal, isto é, para o desenvolvimento do conteúdo material do injusto e da referência à danosidade social, como condição indispensável para se confirmar a antijuridicidade material. Muito fora comentado, neste capítulo, acerca da valoração que o patrimônio e a propriedade privada recebem na configuração da sociedade atual. É com as bases do neokantismo expostas que se pode referir o sistema de normas penais dos crimes patrimoniais a uma atualização desta valoração, no mesmo sentido que Gustav Radbruch realizou em sua análise frente à propriedade privada. Em outras palavras, todos os conceitos jurídico-penais devem estar orientados aos fins últimos do Direito. O patrimônio por ser um conceito jurídico também deve estar orientado e referido às finalidades do Direito e, em última instância, ao valor fundante do Direito o qual, na perspectiva exposta neste capítulo,

seria a dignidade humana. A proteção penal do patrimônio, de forma exacerbada, somente em uma dimensão individualista, pode afetar o próprio valor fundante da dignidade humana. Dessa forma, a valoração da propriedade privada e do patrimônio deveria estar limitada a esta valoração última da totalidade do Direito. Na perspectiva a ser desenvolvida no terceiro capítulo, o conceito jurídico de patrimônio estará referido ao Direito enquanto determinação da liberdade.

Com a devida diferenciação do injusto no sentido de se analisar as condutas de uma forma qualitativa, e não meramente quantitativa, verifica-se que aquelas que atingem uma dimensão estritamente individual do patrimônio em oposição àquelas que afetam uma dimensão social; não preenchem o real conteúdo material do injusto penal.

Além do mais, a consideração sobre a diferenciação da motivação que levou à prática da conduta proibida na pória análise da antijuridicidade, antes de se chegar ao estudo dos requisitos da culpabilidade; pode contribuir para mais uma forma de limitação da intervenção na liberdade individual. Em resumo, pode-se compreender que: aquelas condutas que foram motivadas exclusivamente por circunstâncias da estrutura socioeconômica, pelas técnicas de venda e pelas decisões empresariais de consumo ao extremo, que acabam por atingir a propriedade privada ou a dimensão individual do patrimônio de outrem não seriam merecedoras de pena ou, ao menos, não haveria a necessidade de pena.

Já aquelas condutas que são realizadas por um complexo de motivações que se relacionam a diversos outros crimes apresentariam um dano social maior do que no primeiro caso descrito. Ao se analisar este complexo de motivações recai-se na análise do dano social, a qual deve ser feita no âmbito da antijuridicidade material. Ora bem, se não há tamanha potencialidade e gravidade, no complexo de motivações, não se pode falar de um abalo da ordem do Direito. Assim sendo, estas análises acerca da diferenciação do injusto e da diferenciação das motivações podem ser realizadas no plano do injusto penal: da tipicidade e da ilicitude.

Estas análises que circunscrevem o campo da materialização do injusto penal foram complementadas pelas contribuições do funcionalismo racional-teleológico acerca da concepção de bens jurídicos enquanto um limite à intervenção penal e, também, sobre os critérios de merecimento e necessidade de pena como concretização dos princípios político-criminais os quais devem orientar as normas penais em sua referência ao plano constitucional e, em última instância, ao valor fundante da dignidade humana.

As contribuições e as respectivas críticas foram apontadas de uma forma detalhada nos autores selecionados. No próximo capítulo, pretende-se contrapor à concepção de bem

jurídico o pensamento de Günther Jakobs e sua fundamentação filosófica nos princípios da filosofia do direito de Hegel. Acredita-se que com estas contribuições poder-se-á conferir um plano um tanto mais concreto para a análise das normas penais dos crimes patrimoniais.

CAPÍTULO 3 Normativismo radical enquanto um limite à intervenção penal frente à pequena criminalidade patrimonial: Proposição e Tomada de posição

3.1 Filosofia Hegeliana e suas contribuições à Dogmática Penal

Hegel, em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito*, trabalha com a Ideia do Direito considerando-a o objeto da ciência filosófica do Direito. Todavia, em contraposição ao Neokantismo, Hegel não considera a Ideia enquanto um valor, mas sim como um conceito: A Ideia do Direito representaria o próprio conceito de Direito e a sua realização. Neste sentido, a ciência do Direito é uma parte da Filosofia do Direito e tem como objetivo a construção da Ideia a partir do conceito. A Ideia é a razão do objeto.

Dessa forma, o ponto central não é a referência aos valores, mas o próprio estudo do conceito. O verdadeiro conceito é o único que possui realidade porque ele mesmo a assume. Assim, toda a realidade que não for realidade assumida pelo conceito é existência passageira, erro, ilusão, opinião ou mera aparência.

Percebe-se a importância do conhecimento do conceito, pois "[...] quanto mais incoerência e contradições houver no conteúdo das regras de um Direito, menos possíveis serão as definições que devem conter as regras gerais e estas tornam imediatamente visível a contradição que é a injustiça."[1] Nesta perspectiva, o que importa, em relação ao conteúdo, é a construção do objeto do Direito em si para si e, no que se refere à forma, é a natureza do conceito. Deve-se, em primeiro lugar, atingir um conteúdo necessário para si e, logo após, procurar o que lhe corresponde na representação e na linguagem. Salienta-se que o conceito em si não representa o objeto: o termo não expressa o conceito. O que expressa o conceito é o conteúdo deste.

---

[1] A Ciência Positiva do Direito não se importou com definições, interessa a ela apenas a formulação do que é de Direito, ou seja, as disposições legais. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 2-4.
Para Hegel não há dignidade e afetação o método que subsistiu o formalismo das definições, qual seja: o que consiste em afirmar e apreender imediatamente como dados da consciência as Ideias em geral e a do Direito e suas determinações, e em situar a origem do direito na natureza. Hegel afirma que esta é uma atitude metodológica mais cômoda e menos filosófica. O primeiro método, o formal, exige a forma do conceito na definição e a forma da necessidade na demonstração.
Acrescenta-se, ainda, que: O direito é positivo pelo caráter formal de ser válido num Estado e quanto ao conteúdo pelo caráter nacional particular de um povo, o nível de seu desenvolvimento histórico e o conjunto de condições que dependem da necessidade natural. É obrigação do sistema de leis de implicar a aplicação de um conceito geral à natureza particular dos objetos e das causas.
Hegel aponta a seguinte visão histórica do Direito de Montesquieu: "[...] Não considerar isolada e abstratamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram, portanto, a sua justificação."
Sobre esta visão de Montesquieu, Hegel afirma que: "[...] o que se desenvolve sobre bases históricas não pode se confundir com o desenvolvimento a partir do conceito, nem a legitimação e a explicação histórica atingem jamais o alcance de uma justificação em si e para si."

A essência do conceito está em sua representação. Esta é a forma do conceito. Estabelece Hegel que longe da representação ser um critério necessário e verdadeiro, ela é que recebe do conceito a sua verdade, se corrige e se conhece por meio dele.[2]

Na concepção hegeliana, não se pode fundamentar o Direito apenas em bases históricas em detrimento do desenvolvimento a partir do conceito, pois a legitimação e explicação pela história não atingem uma justificação em si e para si. Uma determinação jurídica pode apresentar-se "[...] fundamentada e coerente com as circunstâncias e instituições existentes e ser, no entanto, irracional e injusta em si e para si."[3] Neste âmbito, o conhecimento prático segundo bases históricas deixaria o conceito desapercebido. Busca-se uma legitimação para o Direito que, segundo Hegel, não passaria de uma justificação pelas circunstâncias. A legitimação pela histórica confundiria, nesta perspectiva, a gênese temporal com a gênese conceitual, o que resulta em contradições:

> Quando uma instituição aparece em circunstâncias determinadas e plenamente adequada e necessária, e uma vez cumprida a missão que o ponto de vista histórico lhe definia, então, ao generaliza-se este gênero de justificação, o que resulta é o contrário, pois as circunstâncias deixam de ser as mesmas e a instituição perdeu todo o sentido e todo o direito.[4]

O que Hegel assevera é que se o Direito apresentar o seu significado e a sua utilidade em circunstâncias históricas, apresentará apenas um valor histórico e uma natureza transitória. Pois bem, há dois pontos centrais da filosofia hegeliana que interessam a este trabalho, quais sejam: a importância do conceito e a relação entre Direito e liberdade. Passar-se-á a um estudo detalhado destes dois pontos centrais, notadamente sobre o estudo da liberdade, da liberdade da vontade, dos elementos do conceito de vontade, das determinações e negatividade; pois estas análises irão se refletir diretamente em modernas tendências da dogmática penal.

Hegel explica como se dá o desenvolvimento a partir do conceito. Em contraposição ao Neokantismo explicado no tópico anterior, que se baseava na construção de conceitos histórico-individuais, Hegel apresenta a importância de se trabalhar com o conceito de essência plena de conteúdo ou conceito geral concreto. De acordo com Karl Larenz, não interessa à Hegel os conceitos gerais e abstratos, mas sim a realidade viva. "O conceito concreto contém em si a totalidade das significações e as revela no processo de

---

2 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

3 Ibid., p. 6.
Como por exemplo, uma infinidade de regras do direito privado romano que são inteiramente consequentes de instituições tais como o poder paternal e o direito conjugal.

4 Ibid., p. 7.

desenvolvimento lógico-dialético."[5] Neste ponto, encontra-se uma grande diferença em relação ao Neokantismo o qual partia de um dualismo metodológico que afasta a realidade das análises valorativas. Assim, Hegel contrapõe ao conceito abstrato (sem ignorar o seu papel no pensamento) o conceito geral concreto. Este é a forma de seu pensamento central. À Hegel importa pensar aquilo que é dotado de sentido, no conjunto de suas relações, com uma forma de pensamento que lhe seja adequada.[6]

Neste sentido, compreende-se que a formação de conceitos abstratos interrompe a apreensão da conexão de sentidos. Conceitos de generalidade abstrata são construídos da seguinte forma: em um conjunto de objetos abandona-se o que há de particular e considera-se, somente, o que lhes for comum, geral. Forma-se, assim, um conceito vazio de conteúdo. Em contraposição, o conceito geral concreto não vê apenas o que se apresenta como comum nos objetos, verifica-se o que se especifica por si mesmo e o que permanece por si no outro.[7] Segundo Larenz torna-se evidente, então, a diferença entre o meramente comum e o verdadeiramente geral. O conceito geral concreto se funda no que é verdadeiramente geral ou universal, ou seja, naquilo que se apresenta como um todo de momentos relacionados entre si de modo pleno de sentido.[8] Prioriza-se as relações recíprocas as quais constituem o conceito verdadeiro e universal.

Como um exemplo, para melhor entendimento, Larenz ressalta o conceito concreto de ser humano: Para se compreender o ser humano concretamente, tem-se que entender a plenitude de todas as suas possibilidades. Desse modo, para o pensamento hegeliano, o que as coisas são, "[...] são-no pela atividade do conceito a elas inerente e que nelas se há de revelar."[9]

Algumas ponderações em comparação com o Neokantismo devem ser realizadas. No sentido de Hegel, o objeto expressa a realidade a partir do conceito que se tem dele. Então, na verdade, o próprio objeto já projeta o seu conceito. A realidade é aquilo que se apresenta como tal, não é aquilo que o sujeito diz ser. O objeto expressa esta realidade a partir do conceito. Portanto, compreende-se, em um sentido hegeliano, que a realidade se expressa por meio de um conceito. Já em uma perspectiva neokantiana, o que é posto como ponto central é o processo de conhecimento do objeto e não este em si; dar-se, no neokantismo, a importância do sujeito no processo de conhecimento.

---

5 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
6 Ibid.
7 Ibid.
8 Ibid.
9 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 16.

No mesmo exemplo utilizado sobre o conceito concreto de ser humano, pode-se realizar esta comparação. Na visão neokantiana, entende-se que o ser humano é aquilo que recebe o valor de dignidade humana, isto é, realiza-se um juízo de valor (algo abstrato) sob o conceito de ser humano. No hegelianismo, o ser humano é uma realidade em si e não algo que fora valorado. A perspectiva hegeliana retira o sujeito da valoração e o considera como uma realidade em si. O ser humano compreendido, com a identificação de todos os conceitos, torna-se concreto. No hegelianismo, o ser humano é aquilo que é. Em momento oportuno, verificar-se-á os reflexos do emprego do conceito concreto de Hegel na dogmática penal; mas, somente como um exemplo, Günther Jakobs ao trabalhar com esta perspectiva sob o conceito de sociedade torna evidente esta ligação com o pensamento hegeliano: não se valora a sociedade, não se persegue um ideal de sociedade, apenas a descreve como ela é, como ela se apresenta.

O conceito concreto não se resume a um produto do pensamento, como ocorre com conceitos abstratos, mas é um princípio que atua, constrói e configura. Dessa forma, os momentos do conceito "[...] não podem ser autonomizados. Cada momento só pode ser apreendido juntamente com os outros momentos."[10] Explica-se que o pensamento concreto deve desenvolver os conceitos com todos os seus momentos, ainda que contraditórios, e proporcionar uma reflexão por meio destes momentos em conexão um com os outros. O conceito é constituído, portanto, com a unidade de seus momentos: é assim que se pode derivar o próprio conteúdo do conceito.

Esclarece-se que o que é concreto e verdadeiro é o universal que tem no particular o seu oposto, mas em um particular que, por meio da reflexão em si mesmo, está em concordância com o universal. A unidade que resulta na individualidade é o próprio conceito.[11]

Cumpre salientar que ao se analisar o conceito concreto de propriedade todos os seus momentos devem ser desenvolvidos, mesmo que contraditórios. Portanto, no primeiro capítulo deste trabalho, verificou-se que o trabalho e o capital são elementos que formam a essência do conceito de propriedade privada por meio de uma unidade dialética. Além do mais, a reflexão destes momentos contraditórios da propriedade privada fora importante para se compreender a conexão um com os outros: estudou-se o trabalho, o capital e, desse modo, a formação da essência da propriedade (objeto desta pesquisa). Percebe-se, então, a construção

---

[10] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
Por isso a importância do estudo da propriedade privada com os outros elementos do capitalismo.

[11] Neste ponto, a discussão que será levantada em tópico futuro é que se for adotada a interpretação do conceito de propriedade privada sob a ótica do conceito concreto de Hegel, para que se configure um crime contra o patrimônio, não basta a afetação do elemento particular do conceito de propriedade, mas o preenchimento da categoria do "universal" faz-se essencial para que se chegue à danosidade social e não apenas ao âmbito de interferência em interesses proprietários privados, os quais poderiam ser resolvidos no âmbito civil.

do estudo da propriedade privada por meio do estudo da unidade de seus momentos, mesmo que a conexão entre eles formam uma contradição a qual, no caso em tela, é retratada pelos conjuntos de estranhamentos da realidade.

Acrescenta-se, ainda, que se pode compreender, de forma clara, a construção de um conceito concreto, por meio das disposições jurídicas acerca do direito de propriedade. É a partir do conceito de propriedade que se desenvolvem as disposições jurídicas (desenvolvimento a partir do conceito). O conceito de propriedade não pode apenas se apreender em sua forma, mas sim ao seu conteúdo. Na construção de um conceito abstrato de propriedade esta se impõe como o mais amplo direito de senhorio que, segundo uma ordem jurídica vigente, é possível sobre uma coisa.[12] O proprietário encontra os limites de sua relação com a propriedade na própria lei e, por meio desta, recebe o direito de excluir os não proprietários de qualquer interferência em sua propriedade. Ora bem, na visão hegeliana, encontra-se, aqui, um conceito de propriedade sem nenhum conteúdo e que não estabelece a função da propriedade em um contexto global do Direito. Contrapõe-se a esta construção de conceito abstrato de propriedade, o conceito concreto de propriedade o qual está atinente ao sentido jurídico que possibilidade à pessoa uma livre configuração do seu meio objetivo por meio do Direito criando-se uma esfera externa de sua liberdade. E é a partir deste conceito concreto de propriedade que se desenvolve os momentos particulares do conceito os quais se tornam disposições jurídicas, incluindo-se as disposições jurídico-penais.

Ao se adotar uma perspectiva hegeliana na construção do conceito de propriedade privada, deve-se retroagir todas as disposições jurídicas particulares a uma unidade de sentido deste conceito.[13] Por isso, as normas penais dos crimes patrimoniais que tentam estabilizar as expectativas em torno das relações de propriedade, não podem ser analisadas sem esta perspectiva do conceito concreto de propriedade, em uma perspectiva hegeliana, contrapondo-se as noções do neokantismo neste setor. Como bem se afirma, deve-se libertar os momentos particulares do isolamento das normas penais e compreender as diferentes normas relativas à propriedade, formando-se uma unidade destes distintos momentos para se chegar ao próprio conteúdo do conceito.

Ademais, como fora exposto no primeiro capítulo deste trabalho, é por meio da análise do conteúdo do conceito concreto de propriedade privada que se alcança a compreensão de seus momentos contraditórios, os quais refletem-se na configuração da norma penal dos crimes patrimoniais (principalmente em relação ao crime de furto). Ora, se se faz necessário

---

12 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
13 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

retroagir todas as disposições jurídicas ao conceito concreto de propriedade, as contradições inerentes ao conteúdo de tal conceito não podem ser ignoradas ou ofuscadas pela estruturação normativa penal de tutela da propriedade privada. Resta entender se tal tutela intensifica, ainda mais, as contradições inerentes ao objeto.

Se se parte do pressuposto de que o que é concreto e verdadeiro é o universal, a norma penal dos crimes patrimoniais ao intervir nos casos em que se confirma somente um interesse privado, em sua própria reflexão, demonstra-se em discordância com o universal. Não se forma, portanto, o próprio conceito de patrimônio apto a legitimar a intervenção punitiva.

O princípio motor do conceito, para Hegel, é a dialética. Assim, deve-se produzir a determinação "[...] tirando dela e concebendo-o (conceito), o conteúdo positivo e o resultado; só assim a dialética é desenvolvimento e progresso imanente."[14] A dialética apresenta-se como a alma própria do conteúdo de pensamento.

Pois bem, explicado este primeiro ponto salientado sobre a teoria hegeliana sobre a construção do conceito concreto (de propriedade privada), passar-se-á a discutir o segundo elemento relevante para a fundamentação desta pesquisa, qual seja: a ligação entre Direito e liberdade.

Hegel assevera que o domínio do Direito é o espírito em geral. O seu ponto de partida é a vontade livre. Assim, a liberdade constitui a substância e o destino do Direito e este é o império da liberdade realizada: "[...] o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo."[15] O estudo do Direito passa a ser fundamentado pela noção de liberdade.

A história da constituição do Espírito, em uma visão hegeliana, é o espírito em suas determinações. Quando se afirma que o Espírito é inteligência, esta é uma determinação daquele. As determinações se efetuam por meio das representações e, no caso da constituição do espírito, percorrem o caminho do sentimento até o pensamento para alcançar a vontade a qual enquanto espírito prático em geral é a verdade próxima da inteligência.[16]

As determinações como produto da vontade enquanto particularização refletida em si pertencem ao conteúdo. Uma determinação não pode ser concebida apenas como é em si, caso assim o seja, não se chegará a sua verdade. Hegel trabalha com o ser em si (experiência) e o ser para si (aparência), e apenas com a reflexão de ambos os campos pode-se chegar a uma

---

[14] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 33.
[15] Ibid.
[16] Ibid.

verdade da determinação. Se o intelecto limita-se a pura existência em si, limita-se no que há de abstrato na liberdade sem alcançar a sua ideia e a sua verdade, pois o que é verdade é ideia.[17]

O conteúdo e o objeto representam o universal. Assevera-se que na vontade, o universal apresenta a significação do *meu* enquanto individualidade e na vontade imediata (formal) esta individualidade é abstrata, não está penetrada na universalidade livre: "[...] é na vontade que começa a limitação da inteligência que lhe é própria."[18] A decisão, em Hegel, representa a vontade de um indivíduo determinado. Procura-se, na filosofia hegeliana, ultrapassar a diferença da forma e conteúdo para transformar a vontade em vontade objetiva infinita. Afirma-se que enquanto pensamento e querer (vontade) estiverem separados não se alcançará a vontade objetiva. E, como vontade, o pensamento racional é antes o poder de decisão no finito.[19]

Quando se fala em universal na construção dos conceitos em Hegel qual significado teria? Ou melhor, quando se apresenta a ideia de que a norma penal não deve representar uma discordância com o universal que forma o conteúdo do conceito concreto de patrimônio, a que se refere? A universalidade é a imediateidade da natureza e a particularidade que se lhe acrescenta, quando produzidas pela reflexão, serem nela ultrapassadas. Tal supressão e tal passagem ao plano universal é o que se chama a atividade do pensamento.[20] Ou seja, alcança-se a universalidade ao ultrapassar, por meio da reflexão, a sua própria produção da Imediateidade da natureza e da particularidade. Esta supressão para se chegar ao plano do universal é uma atividade do pensamento. Portanto, a intervenção penal frente à condutas que atingem apenas um campo de interesses privados pode apresentar uma discordância com o conceito concreto de patrimônio pois não se ultrapassa a particulariedade do conceito.

Hegel defende que a vontade só é verdadeira vontade como inteligência que pensa. E para exemplificar esta afirmação, utiliza-se da situação de escravidão: O escravo não conhece a sua essência, a sua infinitude, a sua liberdade. Portanto, não se conhece como essência, e se não se conhece, não pensa.[21] Acrescenta-se que a consciência de si, compreendida como essência, constitui o princípio do Direito, da moralidade subjetiva e objetiva.[22]

---

17 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 19.
18 Ibid., p. 21.
19 A representação mais vulgar que se faz da liberdade é a do livre-arbítrio, meio termo que a reflexão introduz entre a vontade simplesmente determinada pelos instintos naturais e a vontade livre em si para si. Ibid., p. 22.
20 Ibid., p. 26.
21 Ibid.
22 Ibid.

Os estudos de Hegel sobre a vontade livre em si e para si necessitam da compreensão da própria liberdade e dos momentos de seu conceito, de sua progressão até o nível da autodeterminação da subjetividade. Da mesma forma que o Espírito em Hegel, na história de sua constituição, apresenta-se por meio de determinações, o mesmo ocorre com a liberdade. Esta apresenta-se por meio de determinações e o Direito, nesta perspectiva, é uma das determinações da liberdade em geral enquanto ideia.[23]

Em contraposição à perspectiva hegeliana, tem-se a definição kantiana de liberdade. Nesta última, a limitação da minha liberdade é necessária para que ela possa ser compatível com o livre-arbítrio de outro, segundo uma lei geral. Esta definição, segundo Hegel, apenas constitui uma determinação negativa, de limitação da liberdade. Kant não conseguiria ver o lado positivo da liberdade, ou seja, o que há de positivo é a lei da razão universal, o acordo particular de cada um com a de cada outro, o que leva à identidade formal e ao princípio da contradição.[24]

Portanto, para o hegelianismo, as diversas formas do Direito acompanham as diferentes fases do desenvolvimento do conceito de liberdade, confirmando-se o Direito enquanto uma determinação da liberdade. Hegel bem estabelece que na medida em que os elementos contidos na ideia de liberdade alcançam a realidade, o Direito torna-se mais elevado, pois mais concreto e verdadeiramente universal. Cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu Direito particular porque este é a existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias. O Direito enquanto determinação da liberdade é a própria realização da liberdade, em suas diversas fases. O Direito contém o conceito da liberdade: "[...] a mais alta determinação do espírito em face da qual tudo o que lhe é alheio não possui existência substancial."[25]

O espírito, ao atingir a sua liberdade, alcança a mais alta afirmação da razão consciente de si, que a si mesma se dá a realidade e se produz como mundo existente.[26] É com estas

---

Jakobs assume que toda a sociedade, por exemplo a escravagista, protege normas de escravização: pois se assim não o fosse, seria outro tipo de organização social. Mas Jakobs contrapõe à crítica no ponto em que a mera proteção de uma norma não significa que se trate de uma norma jurídica em sentido enfático, nem implica que se pretenda manter uma determinada forma de sociedade. Jakobs utiliza-se deste mesmo exemplo de Hegel em relação ao escravo: Um escravo é um objeto de propriedade de um senhor, é um objeto da relação jurídica, não é considerado pessoa em Direito: alguém que potencialmente tem direitos e obrigações. O escravo é mero instrumento, não é equiparado a um membro da sociedade na qual o seu dono faz parte. Assim, Jakobs explica que nem todo ser humano é tratado como pessoa em Direito. Remonta-se à formulação clássica de Hegel: "o mandato do Direito é portanto: sê uma pessoa e respeita aos demais como pessoa" é perfeitamente compatível com uma perspectiva funcional. Todo ser humano está incluído neste mandato? Um escravo, não está incluído. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

23 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 31.

24 Ibid.

Teoria da linguagem: trabalha com a ideia de que o direito é a realização da liberdade

25 Ibid., p. 32.

26 Ibid., p. 34.

concepções hegelianas que se dá a determinação de conceitos no desenvolvimento cientifico da ideia. Por exemplo, tem-se a forma da ideia constituída pela família, esta é condicionada por várias determinações de que ela é o resultado: A Ideia da família aparece enquanto resultado de determinações como o direito de propriedade e o contrato. Assim também se constituem os conceitos e disposições no âmbito jurídico-penal.

Para os fins deste trabalho, aplicar-se-á, neste momento, as ideias hegelianas em relação à construção do conceito concreto de propriedade, crime e pena.

3.1.1 Conceito concreto de propriedade privada

O conceito de propriedade relaciona-se com a vontade livre em si e para si. O Direito é a existência imediata que a si se dá a liberdade e na propriedade a liberdade é essencialmente liberdade da vontade abstrata. Hegel explica que a pessoa que se diferencia de si se relaciona com outra pessoa, ambas na condição de proprietárias havendo uma identidade entre elas e, assim, aliena-se a propriedade de uma para a outra, com base no consentimento recíproco e no Direito, obtendo-se, dessa forma, o contrato o qual supõe que os contratantes se reconheçam enquanto pessoas e proprietárias. Aliena-se o que é seu, deixando sua propriedade e a reconhecendo como propriedade de outrem.[27]

Percebe-se que é, exatamente, esta relação entre a identidade de proprietários que os delitos contra a propriedade privada atingem. Todavia, o que se pondera é a perspectiva privatista desta afetação, pois lida-se com interesses individuais entre dois iguais: proprietários. Aquele que afeta tal relação não dispõe de condições reais de liberdade para respeitar esta identidade. Afinal, se a propriedade é o meio pelo qual se exterioriza a vontade dos proprietários, como resta exteriorizada a vontade daqueles que não a possuem? Um dos meios para esta exteriorização é o próprio delito.

A coisa, enquanto objetividade, possui duas significações opostas: representa algo substancial e, ao mesmo tempo, algo contrário ao substancial. Nesta última situação, a coisa se apresenta apenas como algo extrínseco. Já na situação em que é algo substancial, gera à pessoa o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa, o que torna esta um fim substancial: ter-se-á, neste ponto o direito de apropriação pela pessoa sobre as coisas.

---

[27] Neste âmbito, Hegel critica a separação entre direito pessoal e direito real, pois só por meio da personalidade é que se pode conferir o direito sobre as coisas. Assim o direito pessoal é um direito real e este é o direito de personalidade como tal. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Hegel[28] explica como que a propriedade abrange não apenas coisas materiais e objetivas, mas também os produtos do intelecto, ou seja, as qualidades do espírito, a ciência, a arte, as invenções. A posse de tais qualidades, enquanto posse interior e espiritual, pode configurar o objeto de contratos. Neste sentido, afirma-se que o espírito livre tem conhecimentos, saber, talentos que lhe são interiores. Todavia, pode-se dar a eles uma existência exterior por meio da expressão e alienação. Assim, as qualidades do espírito, os conhecimentos, a arte passam à categoria de coisa.

O direito que a pessoa tem em situar a sua vontade na categoria de coisas constitui a posse e o que forma o interesse particular da posse reside no fato de que o EU se apodera de algo para satisfazer suas necessidades, seus desejos e seu livre-arbítrio. Para Hegel, é no aspecto pelo qual o EU, como vontade livre, se torna objetivo para si na posse e, portanto, pela primeira vez real.[29] É neste ponto que constitui o conceito de propriedade o qual no ponto de vista da carência, ter uma propriedade aparece enquanto um meio de satisfazer as necessidades e no, ponto de vista da liberdade, pode-se afirmar que é na propriedade que a liberdade tem a sua primeira existência, seu fim essencial para si.[30] Neste sentido, Hegel esclarece que a vontade individual se torna objetiva para si na propriedade e esta adquire, por isso, o caráter de propriedade privada.

Pois bem, ao partir desta concepção hegeliana de propriedade pode-se compreender, então, o por que o injusto cujo significado atinge a propriedade privada resulta em um dano individual e não social, não merecendo a intervenção penal a qual deveria ser resguardada apenas para os casos em que o injusto tenha a significação de geral um dano social, ou melhor, uma danosidade social. Além do mais, aquele que não apresenta condições de se apropriar, de forma lícita, de uma propriedade tem a satisfação de suas necessidades prejudicada, além de não apresentar condições de tornar sua vontade individual em vontade objetiva para si.

O conceito de propriedade não pode ser analisado sem esta relação entre propriedade e vontade livre em si e para si, pois, na concepção hegeliana, apenas se é livre para as outras pessoas enquanto se é livre na sua própria existência empírica. Todavia, a alma e a ideia não são atingidas quando a existência da pessoa está subordinada ao poder de outros. Tem-se um intelecto sem ideia, sem existência empírica e, então, não livre.

---

[28] Se, para a consciência, para a intuição sensível e imaginativa, aquelas coisas exteriores têm a aparência de independentes, é, porém, a vontade livre, que é o idealismo, que constitui a verdade de uma tal realidade. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 46.

[29] Ibid., p. 47.

[30] Ibid.
Hegel salienta que as regras referentes à propriedade privada podem subordinar as esferas mais elevados do Direito a um ser coletivo, ao Estado, como acontece com o caráter privado da propriedade de uma pessoa mora. Ibid. p. 48.

Portanto, considera-se a propriedade como existência da personalidade, sendo necessário, não apenas a representação da vontade de que algo seja seu, mas também um ato de possessão sobre a coisa (a qual recebe o predicado de ser seu): para que este ato se configure deve-se ter uma antecipada relação com outrem, pois não se pode apropriar-se de algo que já tenha um proprietário.

Dessa forma, Hegel aponta como decisivo não a impossibilidade física material, mas o fato de que a pessoa, como vontade, se defina como individualidade e, de que, como pessoa, seja individualidade imediata, entrando em relação com o mundo exterior na forma de individualidades. O ato de possessão é uma relação positiva com a vontade em si para si. Resta evidente como que a propriedade se refere a uma relação individual e sua afetação significa apenas um dano individual, tendo que ser solucionado em outro ramo jurídico que não o penal. Neste conjunto de individualidades não se consegue equiparar identidades distintas: não proprietários e proprietários sempre estarão em conflitos.

Alguns cuidados apresentam-se no campo de propriedades abandonas: pode ocorrer a posse com o argumento de que os proprietários não as utilizam, tendo-se a representação de que o uso é o lado efetivo, a realidade da propriedade. Pode-se verificar, então, uma relação contraditória: o pleno uso por uma pessoa e a propriedade abstrata pertencente a outrem. Entretanto, Hegel assevera que a base substancial da propriedade está na vontade do proprietário de que uma coisa seja sua. Assim, o uso seria apenas o fenômeno e modalidade particular, vindo após o fundamento baseado na vontade. Para Hegel, uma propriedade que fora abandonada apenas contém uma vontade vazia, a violação desta propriedade não causaria um dano.

Hegel aponta o valor da coisa enquanto sua substancialidade. O proprietário pleno da coisa é também de seu valor e de seu uso. Ora bem, percebe-se que mesmo diante da concepção que compreende a propriedade enquanto a liberdade e a individualidade exteriorizadas; o valor também forma a substancialidade da coisa. Portanto, o valor econômico não poderia ser ignorado nas análises dos crimes patrimoniais em hipótese alguma.

A propriedade é essencialmente a propriedade plena e livre, a liberdade da pessoa e a liberdade da propriedade são reconhecidas enquanto princípios gerais do Direito. A incapacidade de uma pessoa ser proprietário ou de dispor livremente de sua propriedade afeta, diretamente, a sua personalidade: tem-se a alienação desta. Assim, quando se aliena todo o tempo de trabalho e a totalidade da produção a outra pessoa, dar-se a esta a propriedade daquilo que se tem enquanto essencial: aliena-se a atividade, a realidade e a personalidade.

Observa-se como que nos delitos que atingem a dimensão da propriedade privada, as circunstâncias sociais e materiais do agente não poderiam ser ofuscadas, pois o fato de não se ter condições reais de adquirir propriedade sob um objeto afeta, de forma direta, a própria personalidade deste agente. Tem-se a alienação do sujeito que lesionou a propriedade privada de outrem devido a certo contexto social. Ademais, em um sentido mais amplo, o sistema capitalista de produção, notadamente o periférico e dependente como o caso do Brasil, aliena, de maneira naturalizada, o trabalho alheio e a totalidade da produção de um sujeito para conferir a propriedade desta produção a outrem. Ora, a intervenção penal no campo das condutas que atingem a propriedade privada lida, de forma imediata, com este contexto de naturalização da alienação da atividade, da realidade e da personalidade do autor.

Pelas ilustrações das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo percebe-se as interpretações classistas destes tribunais de forma a ocultar toda esta estrutura do próprio sistema capitalista de produção por detrás de discursos simbólicos e sem fundamentos científicos do direito penal. Afinal, a posição dos ministros e desembargadores, incluídos na classe dos que possuem muitas propriedades, está muito distante da realidade de alienação da atividade e da personalidade das classes subalternas. Ademais, como o caso ilustrado, no segundo capítulo, da decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, muitos dos autores dos crimes contra a propriedade privada estão inseridos em contextos de extrema marginalização e exclusão social, representando membros improdutivos ao sistema, como o do caso: um usuário de crack.

Ainda neste âmbito sobre propriedade e alienação, Hegel discute a propriedade plena e livre daquele que possui o processo universal de multiplicar as invenções, pois apesar de alienar o objeto particular, não aliena o processo de produção, é sua própria expressão. Questiona-se: Tal separação da propriedade da coisa e da possibilidade com ela dada de a reproduzir é logicamente admissível e não suprime a livre e plena propriedade? Desse modo, a proteção da propriedade das ciências, das artes está relacionada a assegurar a sua não violação, como uma importante medida, em favor do comércio e da indústria, a segurança das grandes vias de comunicação.[31]

Compreende-se, portanto, que ao se defender a tutela penal da propriedade privada protege-se uma classe social contra outra que nada possui. Este jogo de poder se intensifica quando se resguarda a propriedade daqueles responsáveis à manutenção da multiplicação das invenções, os quais cumprem um papel importante no fluxo de valorização global do capital.

---

[31] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 67.

3.1.2 Conceito concreto de crime e pena

> *"Ao verificar uma vontade particular que se opõe ao seu ser em si e para si, ter-se-á a injustiça e o crime."*[32]
>
> *(Hegel)*

Neste momento, tem-se que verificar os pontos nos quais a concepção hegeliana reflete-se na dogmática jurídico-penal. Parte-se da ideia de que por meio da propriedade, a vontade se exterioriza em uma coisa, tem nesta seu reflexo. Portanto, pode ser apreendida e ser suscetível de sofrer uma afetação (uma violência).[33] A vontade, segundo Hegel, só é liberdade real na medida em que tem uma existência e em que esta existência seja o ser da liberdade.

A violência ou coação apresentariam o significado de injustas porque corrompem a si mesmas no seu próprio conceito como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade. Ora, se a vontade só é liberdade na medida em que tem uma existência, o crime atinge esta própria existência corrompendo a própria vontade que o constituiu. Para Hegel, um ato que possui o significado de injusto representa uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada em uma coisa. Neste sentido, pode-se considerar os crimes que atinge a propriedade enquanto injustos que representam uma corrupção à existência real da liberdade de um indivíduo.

De acordo com a filosofia hegeliana, em uma conduta considerada enquanto crime são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertencer (como a capacidade jurídica) e isso sem que haja mediação da minha opinião.[34] Tem-se aqui a legitimação para a atuação do Direito Penal. Compreende-se, então, que a norma penal se refere imediatamente ao universal e mediatamente ao particular, abrangendo ambos em uma unidade. Assim, o aspecto universal não pode ser ignorado, pois se assim o for deslegitima-se a intervenção penal.

Os crimes contra a propriedade privada (como o furto, nas diferenciações do injusto e da motivação que vêm sendo apontadas no decorres deste trabalho) representa uma afetação somente no círculo da particulariedade e não compreende a totalidade do universal. Por isso, resta prejudicada a intervenção penal neste âmbito.

O delito deve significar a violação do Direito e de suas determinações. A violação do Direito enquanto Direito possui uma existência positiva exterior e contém a negação. O crime ao negar o Direito, nega a liberdade que o expressa. Nega a liberdade por meio do Direito.

---

32 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 83.
33 Ibid.
34 Ibid., p.85.

Assim, o crime por negar as determinações do Direito, acaba por pertencer ao próprio Direito. Em uma relação que a primeira vista pode parecer contraditória, o crime é reconhecido enquanto Direito.

Pois bem, para a concepção hegeliana, a manifestação dessa negatividade do crime em relação ao direito é a negação da violação deste que entra na existência real. A realidade do Direito consiste na necessidade de reconciliar-se consigo mesmo por meio da supressão de sua violação pelo crime e isso ocorre por meio da pena (negação da negação).

A preocupação em responder à negação do Direito pelo crime está na realidade de que o crime, acima de negar o Direito, atinge a liberdade que é expressada pelo Direito. Dessa forma, nega o Direito enquanto determinação da liberdade. A contradição dialética está em contrapor a negação do direito, e assim da liberdade, dentro do próprio Direito.

Ora bem, no âmbito da pequena criminalidade patrimonial não há potencialidade de se negar o Direito enquanto determinação da liberdade. Além do mais, a conduta não pode afetar a liberdade expressada pelo Direito se esta liberdade não existe nas condições reais e materiais da sociedade.

Ressalta-se que a negação do Direito tem existência negativa para a vitima e para a sociedade, mas no que se refere à vontade particular daquele que pratica o crime, a negação apresenta uma existência positiva. Então, o Direito procura se restabelecer por uma forma que lesione esta existência positiva da vontade para, desse modo, suprimir o crime.

Diante de uma concepção hegeliana, não se pode apenas legitimar a pena no fato de que o crime e a sua supressão, perante o ponto de vista penal, são considerados ambos nocivos. Seria irrazoável que se promova um mal (pena) só porque um mal já existe (crime). Dessa forma, Hegel apresenta críticas às teorias da pena fundamentadas na intimidação, na ameaça ou na correção. O que importaria analisar, para se legitimar a pena, é a questão do que é justo e do que é injusto. Por meio de uma consideração objetiva da justiça é que se poderia apreender o princípio e a substância do crime.[35] Portanto, o que interessa à Hegel é saber se a pena é justa em si e para si.

Pois bem, no âmbito da pequena criminalidade patrimonial e nas ilustrações apontadas no segundo capítulo deste trabalho, é justa uma condenação criminal (uma pena) para o furto de um par de chinelos, para o furto de quinze bombons, para o furto de dois pacotes de bolacha, para o furto de dois sabonetes líquidos? Ora, não houve, por parte dos julgadores, uma consideração objetiva da justiça para se apreender a substância do crime.

---

[35] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.88.

O crime não é considerado enquanto produção de um mal, mas sim como violação de um Direito e da liberdade ali determinada. Hegel questiona qual é a existência que contém o crime e que tem de suprimir-se? É nesta existência que reside o ponto essencial e o verdadeiro mal a ser afastado. Daí a importância dos conceitos, pois enquanto estes não forem claramente esclarecidos resulta-se uma grande confusão na teoria da pena.[36]

O relevante em relação ao conceito de crime é em relação à existência do crime. Em si o crime não representa um mal, mas sim uma afetação da liberdade de determinação que é o Direito, essa é a relação é entre crime e Direito. Como resposta ao questionamento de Hegel, a existência que contém o crime e que tem de suprimir-se é aquela que afeta a própria função do Direito.

Ao se legitimar a intervenção penal frente à pequena criminalidade patrimonial (notadamente nos casos ilustrados) protege-se, a qualquer custo social, a manutenção dos momentos que formam a essência da propriedade privada, ou seja, a unidade assimétrica entre capital/trabalho e o conjunto contraditório dos estranhamentos: estranhamento da coisa, estranhamento da essência humana, estranhamento da atividade produtiva, estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano, assim como a alienação da realidade, da atividade e da personalidade do agente. Esta seria a funcionalidade da tutela penal da propriedade privada, por detrás dos discursos oficiais apresentados. Além do mais, se se pode falar em uma preocupação com a negação do Direito (mesmo que a pequena criminalidade patrimonial não apresente tamanha potencialidade de questionar a estrutura normativa da sociedade – é mais uma consequência esta estrutura[37]), acaba-se por legitimar, de forma nítida, o direito enquanto uma instância determinada, mesmo que em última instância, pelo modo de produção capitalista.

Em continuação com a análise hegeliana, a pena, no que se refere aquele que praticou a conduta tida como crime, constitui seu Direito, pois está inserida em sua vontade existente qual seja: no seu ato. Na medida em que o agente exercia sua liberdade ao realizar um crime está implícito neste a liberdade de sofrer a sanção. Esta é a liberdade do Direito de se defender. Ao realizar a violação do Direito, o agente tem o direito à determinação de sua liberdade por meio da pena. A negação do Direito enquanto determinação da liberdade atribui uma liberdade de determinação através da pena para aquele que o negou. Desse modo, ao cometer o crime o agente viola a determinação da liberdade geral e, ao fazer isso, está

---

36 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.89.

37 Ora, o furto de dois pacotes de bolacha apresentaria a existência que deve ser suprimida por afetar a própria função do direito? Não parece que esta conduta possui tamanha potencialidade!

implícita a liberdade de violar a determinação de liberdade, recebendo a sanção também como determinação da liberdade (assim, a pena equipara-se ao Direito).

O Direito contempla tanto o aspecto positivo da relação que é a não violação como também o aspecto negativo, qual seja: a pena. Tem-se, então, que o Direito contempla a determinação da liberdade em um sentido positivo e em um sentido negativo. O Direito lida com estas contradições entre positivo e negativo. O que contradiz o Direito não é externo, mas está inserido nele mesmo. Por conseguinte, a pessoa a qual é reconhecida no direito tem a possibilidade de acesso à sanção na medida em que isso está no próprio Direito. Em suma, compreende-se a relação contraditória entre crime e pena ambos integrados no Direito, de forma positiva e negativa. Tanto o crime quanto a sanção estão integrados no Direito, em uma condição de igualdade. A identidade entre ambos está, portanto, no fato de que o crime constitui-se na vontade negativa a qual implica a sua mesma negação que se exprime por meio da pena.

A concepção hegeliana salienta a consideração da ideia de valor e comparabilidade segundo o valor em torno da teoria da pena. Hegel cita, como exemplo, em seu contexto, que a punição do roubo e do assassínio deveriam se dar de formas distintas: o primeiro receberia uma pena pecuniária e o segundo uma pena de prisão, pois são desiguais. Entretanto, quanto ao valor, Hegel pondera que a propriedade comum de ambas as condutas delitivas são comparáveis, pois são passíveis de constituírem danos. Assim, assevera-se que cumpre à inteligência procurar a aproximação da igualdade de valor.[38] Acrescenta-se, ainda, que se deve conceber a conexão entre o crime e a pena para se aperceber a ideia do valor e da comparabilidade segundo o valor. Caso contrário, recai-se na pena propriamente dita, em uma ligação de um mal com uma ação proibida.[39]

Pois bem, neste ponto, não se pode concordar com esta concepção hegeliana acerca da ideia de valor no que se refere à ligação entre crime e pena, pois apesar de se reconhecer esta importante análise no âmbito da teoria da pena, tem-se que, em primeiro lugar, transportar esta ideia de valor e comparabilidade segundo o valor para o âmbito do injusto. E isso Hegel não o fez. Dessa forma, tem-se que verificar a comparação do valor que há em um injusto compreendido por um furto de alimentos em supermercados ou furto de objetos em lojas de departamento (os quais representam nitidamente um dano individual à propriedade da empresa que fora furtada) de um furto em bancos (o qual poderia representar um dano social

---

38 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 92.
39 Ibid.

por afetar o patrimônio de várias pessoas associadas àquele banco[40]). A análise do valor e comparabilidade segundo o valor não pode ser realizada apenas no âmbito da pena, mas sim no âmbito do injusto. É neste âmbito que se deve verificar se há igualdade de valores. No caso do patrimônio, este é reconhecido pelo Direito e sua violação também é inserida pelo Direito.

Ademais, no exemplo dado por Hegel, não se pode concordar em uma igualdade de valor em relação ao roubo e ao homicídio simplesmente pelo fato de ambos produzirem danos. Tem-se que avaliar, quando se fala em crimes patrimoniais, se o dano produzido é de cunho individual ou social, o que acaba por refletir diretamente na legitimação da intervenção penal ou, ao menos, na configuração da pena; pois a propriedade comum de constituir danos não são comparáveis no exemplo dado por Hegel, não há aproximação da igualdade de valor. Compreende-se, então, que o fator diferencial é o injusto (remete-se o leitor para a nota de rodapé número 41), que Hegel ignora. Quando se fala em crimes patrimoniais, tem-se que especificar qual o injusto que se está a falar e qual o valor que se trabalha em seu significado.

Além desta questão referente ao valor do injusto, outro ponto fundamental é compreender a motivação do crime a qual deve estar em conexão com o próprio injusto penal e não apenas ser ponderada na última categoria constitutiva do conceito de crime que é a culpabilidade. A análise da distinção entre a motivação daquele que comete roubo de objetos com o fim de vendê-los com o intuito de utilizar o dinheiro ali arrecadado em uso de entorpecente para aquele que o pratica por meio da subtração de grandes cargas com o intuito de arrecadar fundos a uma organização criminosa, deve estar no âmbito do injusto penal da produção da danosidade social. Em suma: a análise de comparabilidade de valor tem que estar já no plano do injusto e não, somente, no plano da consequência jurídica.

A compreensão do plano do injusto e da motivação pode contribuir para o estudo da determinação da liberdade em relação ao ilícito que está se realizando. No caso específico do roubo, há uma violação da liberdade de outrem projetando-se na relação dialética de

---

[40] No que se refere ao tema de furto ou roubo às instituições financeiras tem-se que ter cautela na análise, pois tem-se que comprovar a danosidade social da conduta e não apenas um dano privado ao patrimônio da instituição financeira. Pois, se assim o fosse ter-se-ia uma contradição: muitas vítimas isoladas pertencem às classes baixas ou médias. Uma interpretação equivocada a respeito dos assaltos às instituições financeiras poderia representar uma proteção classista.
Pode-se citar um exemplo prático de um roubo complexo (injusto conjugado com a formação de quadrilha) que poderia representar um dano social a notícia do mês de agosto sobre o assalto a um carro forte no interior do Estado de São Paulo, utilizando-se armas poderosas e como resultado a morte do motorista do veículo. A notícia jornalística aponta que: "A ação dos 12 suspeitos da quadrilha impressionou a polícia e especialistas em armas porque, além de capacetes à prova de balas, os assaltantes estavam com metralhadoras ponto 50, de alto poder destrutivo e usadas normalmente em guerras". Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2015/08/quadrilha-que-roubou-carro-forte-tinha-arma-capaz-de-parar-tanque-de-guerra.html>.Acesso em: agosto de 2015.
Pois bem, críticas a parte em relação ao apelo sensacionalista da mídia que rodeou este caso, pode-se perceber que tal crime apresenta-se de forma muito mais complexa do que um furto simples de dois pacotes de bolacha. Até então, nenhum membro do assalto ao carro-forte fora encontrado, em contraposição ao agente que furtou dois pacotes de bolacha que está cumprindo pena privativa de liberdade, em regime fechado.

contradição. A distinção dos injustos que são expressões do roubo, do furto, da apropriação indébita, do estelionato afirma que por serem injustos distintos não podem ser simplificados em uma única categoria de crimes patrimoniais como se não estivessem em uma constante unidade contraditória entre si. O injusto reflete-se de forma distinta em cada uma das situações salientadas acima.[41]

Por fim, pode-se concluir que as contribuições da concepção hegeliana para o objetivo geral deste trabalho são se suma importância para a compreensão das determinações do conceito de propriedade, no qual a vontade individual é expressada em uma coisa exterior, confirmando a produção de um dano de cunho nitidamente individual caso a propriedade seja violada; e da concepção de injustiça em sua conexão com a vontade da esfera do Direito (nas palavras de Hegel: "[...] o seu ser em si abstrato ou imediateidade, é afirmado como contingente da vontade individual, ela mesma contingente"[42]).

Neste sentido, o conceito de propriedade não pode ser compreendido de outra forma que não nesta concepção hegeliana, além de que os conceitos de crime e pena construídos por Hegel também serem essenciais para se limitar a intervenção penal na atualidade, notadamente no sentido de que não basta uma afetação e um dano de cunho individual mas o dano social é essencial para se legitimar a intervenção penal, considerando este dano em uma perspectiva do Direito. Ou seja, não basta um dano no patrimônio ou propriedade individualmente considerado, mas uma negação à própria ordem jurídica para se configurar um dano social.

3.1.3 Dialética hegeliana: negação e negação da negação e suas relações com o estranhamento

Algumas leituras sobre a dialética de Hegel, como a de Feuerbach, consideram que Hegel parte de uma abstração, para negá-la e depois a restabelecer, configurando, assim, a negação da negação como uma contradição da filosofia consigo mesma. Todavia, Karl Marx demonstra que estas leituras estão equivocadas na medida em que não reconhecem o lado positivo desta relação dialética, limitando-se apenas ao lado negativo que ela apresenta. Hegel

---

41 Relembra-se, neste momento, as concepções apontadas no primeiro capítulo de Karl Marx sobre a impossibilidade de se equiparar condutas que em suas essências são distintas. Se ocorre tal equiparação, acaba-se por deslegitimar a própria norma.
Binding bem estabelece a diferença entre um ilícito penal e um ilícito civil, na concepção de Hegel: "[...] Egli conpisce il torto civile come torto símplice; esso non contiene un confitto della volontà particolare col diritto in generale. Le due parti nel processo civile vollero soltanto il diritto e litigarono unicamente per la comprensione dei fatti nel diritto. Al contrario il delitto conterrebbe una cosciente violazione del diritto come tale." BINDING, Carlo. **Compendio di diritto penale**: parte generale 8. ed. Roma : Athenaeum, 1927. p. 122.

42 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 94.

apreendeu a negação da negação diante de uma relação positiva (a única e verdadeiramente positiva) e de uma relação negativa (ato unicamente verdadeiro e ato de auto-conhecimnto de todo o ser) que nela residem. É perante ambas as relações que Hegel encontrou, segundo Marx, a expressão abstrata, lógica, do movimento da história: neste sentido, a história ainda não é a história efetiva do ser humano enquanto sujeito pressuposto.[43]

Pode-se afirmar, então, que o espírito filosófico nada mais é do que "[...] espírito pensante a partir do interior de seu estranhamento-de-si, isto é, espírito estranhado do mundo, espírito que se concebe abstratamente."[44]

Cumpre mostrar, neste ponto, a explicação de Marx sobre a filosofia hegeliana no que tange ao pensar abstrato e sua relação com toda a história do estranhamento, da exteriorização.

> Distingue-se mais claramente na Fenomenologia, enquanto lugar de nascimento da filosofia hegeliana. Quando ele apreendeu, por exemplo, a riqueza, o poder do Estado, etc. como essência estranhada da essência humana, isto acontece somente na sua forma de pensamento. Eles são seres de pensamento – por isso simplesmente um estranhamento do pensar puro, isto é, do pensar abstrato filosófico. O movimento todo termina, assim, como o saber absoluto. De quê esses objetos estão estranhados e a quem eles se opõem com a petulância de efetividade, isto é precisamente o pensar abstrato. O filósofo – portanto, ele mesmo uma figura abstrata do homem estranhado – se coloca como a medida do mundo estranhado. Toda a história da exteriorização e toda a retirada da exteriorização não é, assim, nada além da história da produção do pensar abstrato, do pensar absoluto, do pensar lógico, especulativo. O estranhamento, que forma, portanto, o interesse intrínseco dessa exteriorização e a supra-sunção dessa exteriorização, é a oposição do em si e do para si, de consciência e consciência-de-si, de objeto e sujeito, isto é, a oposição do pensar abstrato e da efetividade sensível ou da sensibilidade efetiva no interior do pensamento mesmo.[45]

Para Hegel, o espírito é a verdadeira essência do homem e a verdadeira forma do espírito é o espírito pensante, lógico e especulativo.[46] Marx aponta que a fenomenologia hegeliana retém o estranhamento do ser humano. O sujeito seria sempre a consciência ou consciência-de-si e as diversas figuras do estranhamento seriam, portanto, as diferentes figuras da consciência ou consciência-de-si. A distinção da fenomenologia hegeliana estaria na dialética: a negatividade enquanto princípio motor.

> Hegel toma, por um lado, a autoprodução do homem como um processo, a objetivação como desobjetivação, como exteriorização, e supra-sunção dessa exteriorização, é que compreende a essência do trabalho e concebe o homem objetivo, verdadeiro, porque homem efetivo, como o resultado de seu próprio trabalho.[47]

---

43 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004, p. 120.
44 Ibid.
45 Ibid., p. 121.
46 Ibid., p. 122.
47 Ibid., p. 123.

Uma crítica de Marx à Hegel pode ser estabelecida no sentido de que Hegel apreende o trabalho como a essência do ser humano, mas ao conceber o trabalho enquanto essência, ele não mostra o lado negativo do trabalho, apenas seu lado positivo. Hegel apenas reconhece o trabalho enquanto trabalho abstratamente espiritual.

A questão principal, segundo Marx, está na afirmação de que o objeto da consciência é a consciência-de-si ou que o objeto é somente a consciência-se-si objetivada. Consciência-de-si como sendo o próprio objeto da consciência. Aponta-se que "[...] a consciência-de-si é, antes uma qualidade da natureza humana, não é a natureza humana que é uma qualidade da consciência-de-si."[48] Neste sentido, demonstra-se que o "si" e o "para si" concebem o ser humano enquanto egoísta abstrato. Até mesmo na pura abstração estaria representado o egoísmo. Eleva-se este até a categoria do pensar.

O estranhamento efetivo, portanto, é a manifestação do estranhamento da essência humana efetiva que seria a consciência-de-si. A reapropriação da essência objetiva estranhada aparece como uma incorporação na consciência-de-si.[49] Quando se estabelece que o ser humano está apoderado de sua essência, apenas se está declara que a consciência-de-si apoderou-se da essência objetiva.

A consciência-de-si exteriorizada estabelece a *coisidade*. A consciência relaciona-se com o objeto de acordo com a totalidade de suas determinações e deve apreender-se segundo cada uma destas determinações. A totalidade das determinações do objeto faz deste em si a essência espiritual.[50] Perante a consciência, esta totalidade das determinações que faz do objeto em si a essência espiritual representa o apreender de cada determinação singular e de suas relações como sendo uma determinação do 'si'.[51]

A coisidade é, então, o que para o ser humano é objeto e objeto é aquilo que lhe é essencial, configurando, então, sua essência objetiva. Assim sendo, a coisidade é a essência objetiva exteriorizada.[52] O ser humano não é construído enquanto sujeito real, mas apenas a abstração de si; a consciência-de-si, exterirorizada enquanto coisidade, é que é posta na realidade por meio desta própria exteriorização. Em resumo, o ser humano é consciência-de-si e sua essência objetiva exteriorizada é a *coisidade.* Tem-se, por meio desta exteriorização, a configuração da consciência-de-si exteriorizada. E esta exteriorização tem algumas consequências:

---

48 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004. p. 125.
49 Ibid.
50 Ibid., p. 126.
51 Ibid.
52 *Coisidade* é o que para ele é objeto, e objeto é verdadeiramente para ele apenas o que lhe é objeto essencial, o que é, consequentemente, sua essência objetiva. Como o homem efetivo enquanto tal não é construído como sujeito, e por isto a natureza também não é, mas apenas a abstração do homem, a consciência-de-si, então a coisidade só pode ser a consciência-de-si exterirorizada - a consciência de si exterirorizada, e a coisidade é posta por meio desta exteriorização. Ibid.

> Um ser que não tenha nenhum objeto fora de si não é nenhum ser objetivo. Um ser que não seja ele mesmo objeto para um terceiro ser não tem nenhum ser para seu objeto, isto é, não se comporta objetivamente, seu ser não é nenhum ser objetivo. Um ser não-objetivo, é um não ser [...]. O homem enquanto ser objetivo sensível é um padecedor, e porque é um ser que sente o seu tormento.[53]

Ora bem, o não proprietário autor da pequena criminalidade patrimonial, na maioria das vezes, nada possui e sendo assim não se apresenta enquanto um ser objetivo em um mundo regido pela *coisidade*. Como ilustração, o autor do delito objeto da decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontada no segundo capítulo, apresenta-se enquanto um ser que ele mesmo não é objeto para um terceiro ser, não se comportando objetivamente. Um usuário de crack é improdutivo ao sistema, está forma do mercado de trabalho, não se representa nas relações de apropriação do trabalho pelo capital. As normas penais dos crimes patrimoniais e as condutas que ferem as relações de propriedade privada, em um âmbito de interesses individuais, não podem ser analisadas de forma separada da realidade material que forma o ser humano enquanto consciência-de-si tendo sua essência objetiva exteriorizada na *coisidade.*

A exteriorização da consciência apresenta não somente seu significado negativo, mas também apresenta o seu significado positivo, qual seja: na exteriorização a consciência "[...] se sabe como objeto ou sabe o objeto como a si mesma por causa da inseparável unidade do ser-para-si. Ela também supra-sumiu e recuperou dentro de si esta exteriorização e objetividade, e está, portanto, junto de si em seu ser-outro enquanto tal."[54]

Estas passagens foram importantes para se entender o que é que constitui o estranhamento na perspectiva hegeliana. Assim, não é o caráter determinado do objeto que constitui o estranhamento, mas sim seu caráter objetivo, para a consciência-de-si, que o constitui. Aqui reside a relevância da supra-sunção da objetividade. O objeto é constituído por seu significado negativo que supra-sume a si mesmo. Esta nulidade não tem, perante a consciência, apenas um sentido negativo, mas também positivo, qual seja: a nulidade do próprio objeto é a autoconfirmação da não-objetividade, afirmando a sua própria abstração.[55]

Marx esclarece que, por isso, em Hegel:

> A negação da negação não é a confirmação da verdadeira essência, precisamente mediante a negação da essência aparente, mas a confirmação da essência aparente ou

---

53 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004. p. 128.

54 Ibid.

55 Ibid., p. 129.
Karl Marx apresenta alguns exemplos para uma melhor compreensão: 1. O homem que reconheceu levar no Direito, na política, uma vida exteriorizada, leva nesta vida exterirorizada, enquanto tal, sua verdadeira vida humana. Autoconfirmação em contradição consigo mesma, tanto com o saber como com a essência do objeto é o verdadeiro saber e a verdadeira vida [...]. 2. Se eu sei a religião como consciência de si humana exterirorizada, sei, portanto, nela, enquanto religião, não minha consciência de si, mas minha consciência de si exteriorizada confirmada nela. Ibid.

> da essência estranhada de si em sua negação ou a negação dessa essência aparente enquanto uma essência objetiva, habitando fora do homem e independentemente dele, e sua transformação no sujeito.[56]

Estas explicações de Marx são essenciais para a análise, realizada neste capítulo, sobre a tradição hegeliana transposta na ciência do direito penal. Quando forem ser estudadas as modernas tendências da dogmática penal baseadas na tradição hegeliana, será demonstrada a volta da concepção da pena como negação da negação do Direito. Cumpre, neste momento, apenas apresentar a interpretação de Marx acerca do que seria a negação da negação em Hegel para que, em momento posterior, possa-se, nesta pesquisa, transportar esta interpretação para a ciência jurídico-penal.

Para que ocorra essa futura transposição da crítica de Marx nas análises modernas da dogmática penal que retomam à filosofia hegeliana e concebem a pena enquanto negação da negação, torna-se relevante compreender, muito bem, que, segundo Marx, para Hegel a negação da negação não confirma a verdadeira essência, mas confirma a essência aparente ou essência estranhada de si em sua negação, ou ainda, confirma a negação desta essência aparente enquanto essência objetiva, externa e independente do ser humano, e que se transforma no sujeito. Assim ficará demonstrado em momento posterior que a pena enquanto negação da negação não confirma a verdadeira essência do Direito, mas somente sua essência aparente ou estranhada de si em sua negação.

Por isso mesmo, a intervenção penal na criminalidade patrimonial deve ser limitada ao máximo, pois lida-se com um problema nitidamente estrutural do sistema capitalista de produção: a pena, no crime de furto, por exemplo, confirma a essência estranhada da negação do Direito: confirma os estranhamentos que formam os momentos contraditórios da propriedade privada, confirma um mundo estranhado no qual o Direito se insere. Demonstra-se, portanto, que a tutela penal da propriedade privada intensifica as contradições existentes, a essência estranhada da própria realidade.

Marx interpreta que na Filosofia do Direito de Hegel, tem-se o direito privado supra-sumido na moral, a moral supra-sumida na família, a família supra-sumida na sociedade civil, a sociedade civil supra-sumida no Estado, o Estado supra-sumido na história mundial. Em outras palavras, a propriedade privada supra-sume-se no pensamento da moral, e assim por diante. Dessa forma, o Direito privado, a moral, a família, a sociedade civil, o Estado continuam existindo, mas apenas como momentos e modos de existência do ser humano.

---

[56] MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004. p. 130.

Todos estes elementos não apresentam validade se forem analisados de forma isolada, eles se dissolvem e se engendram reciprocamente, como momentos do movimento.[57]

Assim, os momentos positivos da dialética hegeliana tratam de que a supra-sunção recupere dentro de si mesma a exteriorização e objetividade. Tem-se a supra-sunção como movimento objetivo que retoma de volta em si a exterirorização. A supra-sunção da exteriorização acaba por tornar-se uma confirmação da própria exteriorização. Aponta Marx que Hegel na medida em que abrange "[...] o sentido positivo da negação referida a si mesma apreende o auto-estranhamento, a exteriorização da essência, a desobjetivação e a desefetivação do homem enquanto externação da essência."[58]

Remete-se à interpretação já apontada de Ruy Fausto sobre a história da constituição do espírito em Hegel e a história da constituição do ser humano em Marx. Este último salienta que:

> O homem efetivo e a natureza efetiva tornam-se meros predicados, símbolos deste homem não efetivo oculto, e desta natureza inefetiva. Sujeito e predicado têm assim um para com o outro a relação de uma absoluta inversão [...]. O positivo, que Hegel aqui conseguiu, é que os conceitos determinados, as formas de pensamento universais, fixas, em sua autonomia diante da natureza e do espírito, são um resultado necessário do estranhamento universal da essência humana, portanto, também do pensar humano, e que Hegel os apresentou e reuniu, por isso, como momentos do processo de abstração. Por exemplo, o ser supra-sumido é essência, a essência supra-sumida, conceito, o conceito supra-sumido ideia absoluta [...]. Toda a lógica é portanto prova de que o pensar abstrato por si nada é, de que a ideia absoluta por si nada é, de que somente a natureza é algo. [59]

Vale ressaltar, neste momento, os discursos jurídicos universalizantes, notadamente na área de direitos humanos. Considera-se o subsistema jurídico de direitos humanos como mais um subsistema jurídico que recebe uma enorme pressão do sistema social, no sentido de atingir certas expectativas essenciais para que se mantenha a convivência humana em uma dada ordem social. Em uma perspectiva mais materialista, pode-se até dizer que o sistema econômico, devido a seus próprios interesses em manter uma convivência social baseada em certo equilíbrio e certa ordem, pressiona o subsistema jurídico dos direitos humanos para que este cumpra com as expectativas do próprio sistema econômico, num sentido restrito, e do sistema social, em um sentido amplo. Neste contexto, pode-se afirmar que são utilizados conceitos jurídicos determinados enquanto formas de pensamento universal, fixas. Todavia, essas formas são o próprio resultado necessário do estranhamente universal da essência

---

57 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004. p.133.

58 Ibid.
Em resumo, ele apreende – no interior da abstração – o trabalho como o ato de produção de si do homem, o comportar-se para consigo como essência estranha e a sua atividade enquanto uma essência estranhada.

59 Ibid.

humana, do pensar humano. Necessita-se de um subsistema jurídico de direitos humanos, com sua autonomia e conceitos próprios, então, para lidar com as consequências negativas (reais, materiais, efetivas) do estranhamento universal da essência humana. Estar-se aí a nítida ligação entre o modelo econômico e as irritações ocorridas em relação aos subsistemas jurídicos, não só no âmbito dos direitos humanos, mas notadamente no campo penal.

Em suma, compreende-se que Hegel abarcou em sua lógica todas as determinações do espírito, apreendidas primeiramente como "[...] negação, ou seja, como exteriorização do pensar humano, e depois como negação da negação, isto é, como supra-sunção desta exteriorização, como efetiva externação do pensar humano."[60] Todavia, esta negação da negação apresenta, também, um lado positivo, qual seja "[...] restabelecer dos espíritos fixos no seu estranhamento; em parte, o paralisar no último ato, o referir-se a si mesma na exteriorização, como a verdadeira existência desses espíritos fixos."[61]

Pois bem, expostos alguns pontos gerais da *Filosofia do Direito* de Hegel e algumas críticas de Karl Marx, passar-se-á a demonstrar que os estudos da liberdade e das dimensões do Direito enquanto determinações da liberdade[62] podem contribuir para uma fundamentação à limitação da intervenção punitiva do Estado no âmbito da criminalidade patrimonial. Tem-se aqui o ponto de importância da ligação entre Filosofia Política e Dogmática jurídico-penal.

O próximo tópico terá como objetivo apontar concepções atuais da dogmática penal que reelaboram funcionalmente o Direito Penal com base na fundamentação hegeliana do Direito, construindo-se limites à legitimação deste sistema. A compreensão do injusto dar-se-á, portanto, perante as análises sobre a sua significância diante à negação do Direito; e os critérios de merecimento e necessidade de pena também serão avaliáveis de acordo com a ideia de negação da negação. Além do mais, o estudo sobre a violação da obrigação de pessoas na cooperação para a manutenção da ordem existente da liberdade, como parte do significado do injusto penal, será desenvolvido ao lado da análise crítica[63] de Karl Marx, como uma contribuição para que se afaste a intervenção penal no campo dos crimes patrimoniais que atingem apenas uma dimensão privatista/individualista do patrimônio.

---

60 MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo: Boitempo, 2004. p. 135.

61 Ibid., p. 135-136
Karl Marx explica que Hegel separa o pensar do sujeito: "se o homem não é humano, também sua externação da essência não o pode ser, portanto, também o pensar não podia conceber-se como externação da essência do homem como um sujeito humano e natural, vivendo na sociedade [...]. Neste caminho, Hegel aponta, então, que o verdadeiro é a ideia: como o pensar abstrato é a essência, aquilo que lhe é externo é, segundo sua essência, apenas um algo externo. O pensador abstrato reconhece, ao mesmo tempo, que a sensibilidade é a essência da natureza, a externalidade em oposição ao pensar tecendo-se em si [...]. Para o pensador abstrato, a natureza tem, portanto, de se supra-sumira si mesma, porque já foi posta por ele como um ser em potência supra-sumido."

62 Ordenamento como liberdade institucionalizada.

63 Michael Pawlik demonstra a relevância de se fornecer à ciência do Direito Penal as condições de viabilidade de um sentido operacional que orienta a práxis jurídica.

3.2 Direito Penal enquanto parte da estrutura social

O normativismo radical de Günther Jakobs reconhece o Direito Penal como parte da configuração da sociedade. Neste sentido, o Direito Penal apresenta como missão a garantida da identidade desta configuração social. Para o funcionalismo jurídico-penal o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.[64]

O Direito Penal apresenta com função a contradição em relação ao ato que negou a norma determinante da identidade da sociedade. Confirma, assim, a identidade social.[65] Ao remeter à concepção de Hegel, considera-se que a pena não pode ser analisada de forma isolada, pois se assim o for ela passa a ser concebida como um mal e expressa uma sequência irracional de dois males.[66] É somente sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato[67] entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena como resposta que confirma a norma que se pode encontrar uma relação racional entre ambos.[68] Nas palavras de Günther Jakobs, "[...] a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo: a pena é tão somente um meio para manter a identidade social."[69] É a manutenção do sistema, significa sua autocomprovação.

A funcionalidade da normatividade jurídico-penal relaciona-se com a segurança de expectativas mesmo diante da existência de âmbitos de liberdade. No trabalho dogmático, a "[...] prestação externa do sistema jurídico deve ser tomada como pressuposto desde a perspectiva interna do sistema jurídico."[70] Ressalta-se:

> [...] a solução de um problema social por meio do direito penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. **Portanto, é impossível separar o direito penal da sociedade** [...] existe uma **dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal**: cabe pedir ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo, o direito penal pode recordar a sociedade que deve ter conta certas máximas que são indisponíveis.[71]

Indaga-se o motivo pelo qual a manutenção da identidade normativa, que realiza o Direito Penal, resolve um problema social? Explica-se que o motivo estaria na constituição da

---

64 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 1.

65 Ibid., p. 4-5.
O Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma.

66 Ibid., p. 3.

67 Delito seria uma falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. Ibid.

68 Ibid.

69 Ibid.

70 Ibid.

71 Ibid. p. 9. (grifo nosso)

sociedade por meio de normas: "[...] a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto."[72] Trata-se de uma configuração: "[...] a identidade da sociedade se determina por meio de regras de configuração: por meio de normas, e não por determinados estados ou bens."[73] Por isso, a proteção penal estaria relacionada à própria norma.

O estudo da configuração concreta da sociedade que fora estabelecido no primeiro capítulo ajuda a compreender a configuração do conteúdo das comunicações normativas. Ora, se não se realiza este estudo não se pode compreender o conteúdo assimétrico no interior das comunicações sociais. A sociedade possui um instrumental e o utiliza frente aos seus conflitos, como é o caso das condutas delitivas, "[...] de tal forma que os contrapesos deslocados voltam a equilibrar-se."[74] A partir desta perspectiva funcional, essa força de autoconservação é a que prevalece.[75] E os motivos desta autoconservação foram estabelecidos na análise sociológica realizada no capítulo inicial.

Exposta esta relação entre a funcionalidade do Direito Penal e a manutenção da identidade social cabe, agora, compreender as relações subjetivas que ocorrem neste âmbito. Na concepção de Jakobs a subjetividade é medida pelo social.[76] O sujeito livre estará presente na medida em que seja determinante à autodescrição da sociedade.[77] As normas devem tornar possível a liberdade. O sujeito livre é o objeto e o princípio que formam o conteúdo principal do Direito Penal.[78] Todavia, quando esta concepção é levada ao campo da criminalidade patrimonial algumas peculiaridades devem ser analisadas. Ora, as normas no setor dos crimes

---

72 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 10.

73 Ibid., p. 11, 13.
Jakobs assevera dois tipos de norma em uma sociedade: 1. Normas que se relacionam com o ponto de vista das ciências naturais: formam uma base de comportamento obrigado para todos aqueles que lhe são acessíveis. Caso não se segue estas regras, fica-se à margem da sociedade moderna. Exemplo: na construção de uma casa se houver erros de cálculos a cada desmorona-se. Necessita-se, na construção, seguir tais regras de cálculos (Vontade falha, conhecimento falho). 2. Normas feitas: não se apresentam enquanto leis naturais, carecem de força para se autoestabilizar-se. Não são dadas previamente. Pode-se dispor subjetivamente no caso concreto. Exemplo: pode-se construir uma casa seguindo as regras de cálculos, mas em um lugar proibido pelo direito urbanístico(Falha volitiva isolada não faz temer consequências per si negativas derivadas do comportamento). A vigência dessas normas dá-se por meio de uma sanção. Por meio de uma pena imposta num procedimento formal. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.

74 Ibid.

75 Ibid., p. 20.

76 "[...] sem uma sociedade em funcionamento não há mais que uma acumulação causal de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem o mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais [...]. Sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres. Ibid.

77 Ibid.. p.14.
Constatação empírica: é errado contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições de constituição da socialidade no sentido de liberdade e coletivismo. Ibid., p. 15.

78 Ibid.
"A subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa."

patrimoniais não tornam possível a liberdade do *não proprietário* que descumpriu seu dever de cidadão de *não violar a propriedade alheia*. São normas, que claramente, protegem a liberdade dos proprietários. Há, portanto, uma escolha entre classes sociais. Se se defender a tutela penal da propriedade privada, nos casos de intervenção somente em círculos privados de interesses, o sujeito livre enquanto objeto e princípio do conteúdo do direito penal passa a ser apenas uma classe social (proprietários), quebrando-se com a ideia de totalidade da sociedade.

Observa-se que, frente esta perspectiva, em algum âmbito o sujeito deve entrar em sociedade para poder delimitar-se e compreender-se como sujeito, pois uma subjetividade isolada é "[...] tão imaginável quanto outras coisas isoladas."[79] No campo das relações de propriedade privada, verifica-se, muito mais, relações de exclusão do que de inclusão de sujeitos que leve a sua delimitação e compreensão.

Jakobs pondera que "[...] se o sujeito não alcançar o sentido de juridicidade em relação à sociedade civil, a juridicidade representará uma mera coerção."[80] Nas relações de propriedade privada, aquele que está na posição de *não proprietário* não consegue alcançar este sentido de juridicidade da sociedade civil pois encontra-se, de certa forma, marginalizado desta. A norma frente ao direito de propriedade se apresenta a este sujeito como mera coerção. Se para tal concepção estudada neste capítulo o sujeito não pode ser posto de forma abstrata, ocultando sua realidade; então, não se pode ofuscar o contexto social do autor ao se analisar as normas penais no campo dos crimes patrimoniais.

O próprio Jakobs questiona: "Quais as condições mínimas que se deve cumprir para que alguém possa ser pessoa?" E responde: "Quem não tem possibilidade alguma de adquirir suficientes meios de subsistência, dificilmente poderá respeitar como pessoa aquele que defende sua opulência, ao contrário, começará uma luta pelo seu reconhecimento."[81] O que Jakobs pondera é que essa questão não pode ser resolvida no plano do direito penal e tampouco "[...] alinha-se ao direito penal conforme a um modelo que o intérprete estime ideal social: não se trata do direito penal de uma sociedade desejável, mas de um direito penal daquela sociedade que gerou um sistema jurídico."[82]

---

79 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 17.

80 Ibid., p. 19.
Jakobs afirma que a perspectiva funcional não está atada a um modelo social determinado.

81 Ibid., p. 23.

82 Ibid.
"Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma *ultima ratio*."

Não se pode afirmar que o autor de um crime de furto de alimentos, por exemplo, tem o dever de respeitar o proprietário como pessoa, pois nas relações assimétricas em torno da essência da propriedade privada aqueles que nada possuem estão inseridos em um contexto de luta pelo reconhecimento. Concorda-se com Jakobs, até certo ponto, de que estas questões ultrapassam o âmbito de resolução de conflitos pelo Direito Penal. Por isso mesmo, as condutas referentes à pequena criminalidade patrimonial não deveriam ser tratadas por esta via, já que o sistema penal não está apto a resolver problemas, essencialmente, estruturais.

O Direito Penal mantém o modelo de sociedade vigente, isto é, baseada nas relações de propriedade privada. Então, como irá resolver problemas imanentes à essência deste próprio modelo social? O conflito comunicado pelas condutas que afetam as relações de propriedade privada para ser resolvido ter-se-ia que afetar a própria estrutura social e não é isso a que o Direito Penal se propõe. Por conseguinte, as normas penais de proteção à propriedade privada (de interesses privados) não conseguem atingir seus fins declarados e ocultos. Em uma visão restrita, por mais que o sujeito afete a propriedade privada e receba uma condenação penal, o objeto da norma continua lesionado e a vítima não recebe uma reparação dos danos causados em sua propriedade. Em uma perspectiva ampla, a afetação de *interesses privados* (sem a configuração de uma *danosidade social* de tal significância) não apresenta a potencialidade de abalar o modelo estrutural da sociedade de relações proprietárias privadas, como ficará demonstrado no decorrer deste capítulo.

De acordo com Jakobs "[...] a decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário é puramente política, mas não jurídico-penal."[83] Explica-se que:

> Certamente, a ciência do Direito Penal pode evidenciar o que é que trazem exatamente as novas regulamentações legais e o que do trazido deve ser considerado, conforme a valoração estabelecida, como algo positivo ou como algo prejudicial. Mas é impotente perante as alterações políticas de valores, e não se pode optar em favor das alterações política de valor.

Pois bem, no primeiro capítulo deste trabalho, fora afirmado que no âmbito dos crimes patrimoniais há um processo de criminalização excessivo e desnecessário,[84] sendo um capítulo, nitidamente, de ordem sociológica. Pode-se dizer, então, que fora realizada uma análise acerca da valoração política e não jurídico-penal em torno da propriedade privada. Ao se realizar a depuração do injusto no campo dos crimes patrimoniais alcança-se o núcleo mais puro e central, qual seja: aquele que a norma penal possui como objeto a propriedade privada.

---

83 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 23.

84 Cita-se como referência: Alamiro Velludo Saltador Netto e sua obra "Direito Penal e propriedade privada".

Por meio do método dialético, adotado nesta pesquisa, fez-se necessário estudar este próprio objeto para se compreender sua verdade. As contradições inerentes à propriedade privada encontram-se em seus elementos os quais em uma unidade dialética compõem sua essência: tem-se, portanto, o capital e o trabalho unidos em uma realidade estranhada formando à essência do objeto de estudo, a propriedade privada. Essas análises acerca da valoração imanente ao próprio objeto foram realizadas de forma detalhada no capítulo inicial, de ordem valorativa política.

Já nos próximos tópicos, o objetivo está na análise sobre as novas ideias penais acerca dos delitos patrimoniais puros e seus sentidos comunicativos, cujo objeto central da norma seja a propriedade privada. A partir desta análise procurar-se-á compreender o que deve ser considerado ou o que deve ser eliminado do âmbito penal, conforme a valoração que o patrimônio recebe na configuração atual da sociedade. Infelizmente, não é possível, por meio da dogmática penal, conseguir eliminar ou transformar as próprias valorações políticas. Tentar-se-á, somente, demonstrar o que é desnecessário à valoração do patrimônio no âmbito do direito penal e, assim, criar uma forma de limitar a função da dogmática penal ao seu papel originário.

3.2.1 Dogmática penal e neohegelianismo: Uma ferramenta para a limitação da intervenção penal no campo patrimonial?

Antes de iniciar a exposição propriamente dita do normativismo de Jakobs, algumas comparações com o capítulo anterior fazem-se necessárias. Fora explicado que o pensamento kantiano prioriza o conceito de sistema, ou seja, a construção de uma racionalidade sistemática. A visão neokantiana retoma a importância de se chegar ao objeto por meio do processo de conhecimento, priorizando-se o sujeito. O sistema teria a missão de resolver a racionalidade em um juízo de coerência interna organizada.[85] O funcionalismo racional-teleológico utiliza-se desta concepção kantiana de sistema enquanto um elemento essencial ao Estado de Direito.

Todavia, no que concerne à concepção hegeliana percebe-se um caminho em sentido oposto, isto é, os objetos se harmonizam ao conhecimento. O processo de conhecimento não é prevalente ao objeto: o sujeito não é priorizado frente ao objeto. Para Hegel, o pensamento

---

[85] PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 11.

filosófico limita-se a contemplar o desenvolvimento próprio do objeto.[86] Com esta concepção, Michael Pawlik explica que se alcança a possibilidade de diferenciar internamente os objetos dos sistemas da ciência.[87]

Percebe-se, portanto, uma importante distinção metodológica entre as concepções tratadas no segundo capítulo com a que aqui se pretende trabalhar e defender. Além desta distinção metodológica acerca do objeto e do conhecimento, tem-se que delimitar qual é a função que o direito penal apresenta e qual é o conceito de danosidade social adotado desde a perspectiva do *normativismo radical,* com fundamentação de base hegeliana a qual já teve seus principais pontos explicados no primeiro tópico deste capítulo.

No campo das discussões acerca do que é que o Direito Penal protege (bens jurídicos ou a vigência da norma), este presente trabalho considerará que a função do Direito Penal está na proteção da vigência do ordenamento jurídico e não de bens jurídicos individualmente considerados. Passar-se-á a explicar o porquê desta escolha partindo-se de alguns comentários sobre a própria norma penal.

3.2.2 Norma penal e comunicação social

Karl Binding considera enquanto normas as regras jurídicas que prescrevem os limites de comportamento, dado que o criminoso pode apenas infringir a regra.[88] Em contraposição a este pensamento, algumas ponderações de Mayer sobre a norma penal são relevantes. Para este último, o Direito Penal consistiria nas regras de cultura normativamente estruturadas "[...] as quais erguem o edifício da vida cotidiana."[89] As normas de cultura estabelecem os deveres e proibições dos indivíduos. No pensamento de Mayer, se a norma jurídica deixa de interessar aos cidadãos, eles também não podem conhecê-la; a eles deve ser acessível sua fundamentação material, vale dizer, a estrutura normativa da cultura.[90] Portanto, em sentido material, o injusto seria a contrariedade à cultura.

Binding se opõe a esta concepção ao afirmar que as normas de cultura devem se tratar "[...] da mais odiosa criação de dogmática jurídica contaminada pela sociologia."[91] Somente a

---

86 PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 35.
É com este ponto de partida que se analisou o objeto deste trabalho, qual seja: a propriedade privada. No primeiro capítulo, o estudo fora voltado ao desenvolvimento da própria propriedade privada e de seus momentos contraditórios que formam sua essência.

87 Ibid., p. 11.

88 JAKOBS, Günther. As normas de Binding e a sociedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. (Org.). **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 13.

89 Ibid., p. 15.

90 Ibid., p. 16.

91 Ibid.

ordem jurídica poderia determinar o que seria ilícito. O Direito seria uma realização de autoridade da regulação oportuna de um comportamento social, e se constitui por meio de dois atos: primeiro, a expressão de um pensamento jurídico; e segundo, a expressão de uma vontade jurídica.[92] Günther Jakobs explica que:

> Binding pretende elaborar o conceito de direito em relação à história, à totalidade do direito, e não da linguagem cotidiana e da dinâmica do direito em um determinado tempo, mas concebido a partir de uma totalidade da dinâmica do direito que não seja aquela introduzida pelas concepções culturais ou pelas finalidades sociais perseguidas, seria então uma tarefa em vão se devemos recorrer ao contexto histórico.[93]

Günther Jakobs coloca como ponto central do estudo da norma penal a questão sobre sua comunicação: para que haja a comunicação de um comando deve-se integrar a este a estrutura normativa da sociedade.[94] Isso significa que o comando não se equipara, restritamente, à proibição. O que se comunica é que "[...] ninguém deveria ser responsável pelo curso danoso."[95] Detalha-se:

> [...] os conceitos de um **comportamento social relevante** absorvem ou a **estrutura normativa da sociedade em si** ou apenas permanecem como mero conceito parcial que deve ser normativamente complementado. Matar, como comportamento social significa então causar objetivamente a morte de forma imputável, também significando: tornar-se responsável pelo curso da morte. Poder-se-ia, com a formulação de Binding, conceber o proibido não apenas como parte da natureza, mas sim como **acontecimento social e organizado em estrutura normativa**.[96]

Neste sentido, questiona-se se é possível uma interpretação do comando normativo com base no sentido social, ou seja, se há compatibilidade das concepções da dogmática da norma com as da expectativa social. E em resposta, salienta-se que essas concepções não são compatíveis, mas elas se tornam quando se secciona "[...] artificialmente a teoria das normas de Binding relativamente ao que ela pode render nas expectativas institucionalizadas, a saber, na compreensível semântica de comportamento."[97] Complementa-se que "[...] desde a lógica da abstração social, ou seja, vazia e nesse sentido um espaço puro, converte-se em lógica de uma sociedade concreta e por isso mesmo um espaço impuro – prático."[98] Por fim, Jakobs ressalta que uma norma capaz de comunicação não proíbe ou impõe "[...] pura e simplesmente que se cause ou que se impeça um resultado, mas ordena a criação de condições para que se

---

92 JAKOBS, Günther. As normas de Binding e a sociedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. (Org.). **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 16.

93 Ibid.

94 Vigência social, vigência da comunicação entre pessoas que são concretizadas no rol de cidadãos e desta forma são determinadas objetivamente.

95 Ibid., p. 21.

96 Ibid. (grifo nosso)

97 Ibid., p.22.

98 Ibid..

evite o curso da produção de um resultado: a norma conforma-se à estrutura normativa da sociedade."[99]

Pois bem, se a norma está relaciona com a estrutura da sociedade tem-se que realizar algumas ponderações sobre o conceito de danosidade social a ser utilizado. Como referência ao Direito Penal não se pode permitir uma intervenção punitiva na liberdade individual para a defesa de interesses individuais os quais podem ser tratados pelo Direito Privado. Dessa forma, o Direito Penal deve lidar com o sistema social e não com as pessoas consideradas de forma individual. A danosidade social deve estar relacionada com o abalo da norma enquanto conformação à estrutura da sociedade. Detalha-se:

> Quando alguém deixa de cumprir seus deveres nas relações jurídicas e lesiona outra pessoa estamos diante de um **delito**, e precisamente diante de um delito contra outra pessoa. E ao ser esta uma **pessoa** devido a sua posição na **sociedade**, o conflito segue sendo um **conflito social**. A visão é uma visão diferente a que se tem na teoria dos bens, a qual concebe primariamente o delito como fato contra outro sujeito, que, por princípio, é visto de maneira isolada, e logo em um segundo razoamento adscreve o significado social do delito [...] não há outro sujeito com seus interesses, senão apenas **proprietários, pessoas no direito** e, por isso, **o delito não é privação de qualquer meio de desenvolvimento do outro, mas sim perturbação da estrutura normativa da sociedade**, isto é: isso que Amelung denominava como **danosidade social**.[100]

Portanto, "[...] dano social consistiria na contradição entre uma pessoa competente e a obrigatoriedade de uma instituição social (norma)."[101] Como bem afirma Jakobs, "[...] a sociedade tem lugar sempre em uma situação histórica determinada, de cujo conteúdo o sistema jurídico não pode se desenganchar discricionariamente."[102] Ora, se o sistema jurídico não pode se desvincular, de forma discricionária, da situação histórica da sociedade não se pode permitir que a dogmática jurídico-penal continue propícia à seletividade social que ocorre, no momento histórico atual, perante a criminalidade patrimonial. Tem-se que desenvolver critérios aptos a resultar em uma nova racionalidade do sistema jurídico-penal. Critérios como o merecimento e a necessidade de pena, ao lado exigência de preenchimento do conteúdo material do injusto penal, qual seja: a danosidade social, podem conferir esta nova racionalidade para que a dogmática penal não se desvincule, de forma discricionária, da própria valoração que o sistema político-econômico confere à propriedade privada na configuração da sociedade atual (isto é, a propriedade privada é reduzida à condição de mercadoria no sistema social da atualidade o que resulta em modificações valorativas à norma penal).

---

[99] JAKOBS, Günther. As normas de Binding e a sociedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. (Org.). **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 22.

[100] Ibid., p.103. (grifo nosso)

[101] Ibid.

[102] Ibid., p. 104.

Jakobs, por meio de uma fundamentação hegeliana, explica que legítimo é algo que se configura como espírito de um tempo: "[...] espírito vinculado com a cultura jurídica transmitida e dedicado à conservação e incremento dessa cultura [...]. Espírito de uma sociedade complexa, seu conteúdo não pode ser sempre algo demasiado fácil."[103]

Não se pode considerar como legítima a intervenção penal na pequena criminalidade patrimonial por configurar como 'espírito' de um tempo em que reina os discursos de punitivismo exacerbado. O conteúdo do espírito de uma sociedade complexa, realmente, não pode ser algo fácil. Por isso, escolher o caminho da maior punição no âmbito da pequena propriedade privada representaria o caminho mais fácil que ocultaria o problema social que está por detrás deste setor de criminalização. Escolher o caminho pelo qual se presa pela maior limitação do direito penal frente às condutas que atingem a propriedade privada (como ocorre no campo do furto) é selecionar o caminho complexo que lidará com o problema concreto e estrutural das relações de propriedade privada, além de ser um caminho que limitará a seletividade social.

Para os fins deste trabalho torna-se difícil adotar concepções que defendem a danosidade social enquanto um abalo à convivência social, pois este discurso jurídico-penal, no contexto atual de expansão político-criminal, poderia legitimar uma maior intervenção punitiva frente à criminalidade patrimonial por meio de argumentos em torno da intensificação da insegurança pública devido à criminalidade de rua, gerando uma perturbação na convivência social. Como ficará explicado mais adiante, estes argumentos de cunho político (e não dogmático) em torno do problema da segurança não podem ser considerados aptos à justificar a intervenção punitiva exacerbada no campo patrimonial, sob o risco de se aumentar, ainda mais, a seletividade de classes ao sistema prisional.

Também como fora ressaltado no primeiro capítulo, o Direito Penal não tem a funcionalidade de resolver problemas sociais oriundos da essência da estrutura social. Mesmo que a isso se propõe, não se torna possível. A criminalidade patrimonial é fruto da própria configuração econômica com base nas relações de propriedade privada. O objeto central da pequena criminalidade é a propriedade em seu sentido mais privatista verificável.[104] Ao se

---

[103] JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 105.

[104] Direito Penal reage a uma perturbação social, esta não pode dissolver-se de modo adequado nos conceitos de um sujeito isolado, de suas faculdades. Deve partir dos correspondentes conceitos sociais: dos conceitos de sujeito mediado pelo social que é o mesmo da pessoa do âmbito de obrigações morais, da competência e da norma enquanto expectativa social institucionalizada. Id. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 30.

colocar tal objeto como centro de estudo, verifica-se a propriedade privada é resultado das próprias relações de estranhamento da realidade.

Pois bem, no estudo sociológico realizado frente a este objeto central da pequena criminalidade patrimonial demonstrou-se que não se pode afirmar um preenchimento do conteúdo material do injusto penal, pois não se configura a *danosidade social* no sentido aqui defendido: enquanto abalo da totalidade do Direito (em um sentido bem mais amplo do que o próprio Jakobs elabora em torno da norma penal). Utilizando-se de uma concepção hegeliana, pode-se afirmar que a danosidade social deve ser considerada enquanto a potencialidade e gravidade de uma conduta em negar o Direito em sua totalidade, ou melhor, o injusto penal deve significar uma negação do ordenamento jurídico existente enquanto liberdade institucionalizada.

Ao se analisar o objeto central da pequena criminalidade enquanto a propriedade privada não se verifica tal potencialidade e gravidade em negar a ordem jurídica e, em última instância, a própria estrutura da sociedade; pois são condutas que resultam desta estrutura (representam problemas sociais estruturais da economia capitalista), e não seu questionamento.

Por meio do embasamento teórico de Karl Marx sobre a propriedade privada enquanto produto da realidade estranhada pode-se questionar a consideração da pequena criminalidade patrimonial como negação do ordenamento jurídico enquanto determinação da liberdade; pois, neste campo de relações sociais entre proprietários e não proprietários não se pode falar em liberdade real e concreta, muito menos de igualdade. Assim, como será fundamentado no decorrer deste capítulo, sem condições reais e materiais de liberdade, não se pode configurar uma defraudação da liberdade institucionalizada.

Ora bem, como o próprio Jakobs ressalta "[...] o indivíduo que já não encontre mais seu sustento no direito se deixará orientar de outra forma, eliminando do direito a realidade dele."[105] É equivocado compreender que o não-proprietário apresente seu sustento no respeito ao direito de propriedade de outrem ao não encontrar condições reais de liberdade e de igualdade no sistema social. No momento em que o Direito torna-se uma ferramenta de exclusão de tal indivíduo (seletividade social nos aprisionamentos por crimes patrimoniais leves) elimina-se do Direito sua própria realidade.

A afetação da propriedade privada não deveria estar no âmbito do Direito Penal, mas deveria ser resolvida no campo do direito privado. Ao menos, caso esta pequena

[105] JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 106.

criminalidade continue sob a intervenção penal, a utilização dos critérios de merecimento e necessidade de pena; e principalmente, o preenchimento do significado material do injusto penal (danosidade social) devem ser, rigorosamente, aplicados na racionalidade da prática penal. Na verdade, a própria norma penal já poderia prever, de forma clara, tais critérios para que na realidade judiciária brasileira (marcada por um verdadeiro formalismo jurídico) não se encontre margem à arbitrariedade dos juízes e tribunais na escolha ou não por tais critérios. Estes devem conter a obrigatoriedade de serem aplicados e não somente configurarem uma opção no momento da interpretação e da aplicação da norma penal.[106]

Ora bem, quando a realidade judiciária brasileira não observa a realidade material e as condições reais e concretas de liberdade na sociedade e confere um punitivismo exacerbado frente à criminalidade patrimonial, sem a mínima análise da materialização do injusto penal e de sua diferenciação, acaba por equiparar-se ao próprio delito: a prática penal dos tribunais e juízes brasileiros tem negado e apresentado uma contradição ao próprio ordenamento jurídico em sua totalidade, assim como ao Direito enquanto determinação da liberdade, já que a intervenção penal na liberdade individual do não proprietário passa a ser legitimada em casos nos quais ela não seria merecida.

Como bem afirma Jakobs, "[...] uma das metas dos tempos modernos é a liberdade, a liberdade tanto no que faz à organização da vida privada como da participação na vida política."[107] Ou seja: "[...] no mundo moderno, uma sociedade livre e democraticamente organizada soluciona seus problemas de existência melhor do que uma que se fundamente na coação."[108] Se a liberdade é colocada enquanto uma das metas do tempo moderno, não se pode permitir uma expansão penal frente à sua limitação por injustos que não apresentam danosidade social.

A realidade brasileira não está estruturada de forma a organizar uma sociedade livre e democrática, pois verificam-se resquícios tanto do passado colonial (estrutura de latinfundiários e economia dependente voltada à exportação) quanto de um passado mais recente como é o caso do regime ditatorial (comprova-se pela utilização, ainda hoje, da

---

[106] A análise do merecimento e necessidade de pena em conjunto com o preenchimento do conteúdo material do injusto (explicado de forma detalhada no segundo capítulo) deve ser obrigação dos tribunais e juízes, como uma forma de respeitar os próprios princípios clássicos da legalidade, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da humanidade das penas.

[107] JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

[108] Ibid.

estrutura policial militar e pela manutenção do poder político e econômico das mesmas empresas que financiaram o Golpe de 64 e o aparato repressivo de tortura da ditadura).[109]

Por meio de um estudo sobre a formação histórica e econômica brasileira não se pode conceber que há bases concretas e materiais para o desenvolvimento de uma sociedade livre e democrática, mas sim de uma sociedade essencialmente assimétrica. Por isso mesmo, percebe-se um apelo para que a resolução dos problemas sociais se dê frente à coação e à repressão penal. É esta realidade que se verifica em torno da criminalidade patrimonial.[110] Jakobs comenta que "[...] a estrutura normativa e livremente conformada da sociedade unicamente será real quando as pessoas se comportarem de maneira livre."[111] Na realidade brasileira, mais uma vez, afirma-se que não há condições concretas para que as pessoas se comportem de maneira livre, pois a liberdade está relacionada, minimamente, com a satisfação das necessidades materiais básicas. Uma estrutura normativa que criminaliza e pune, de forma intensificada, a criminalidade patrimonial[112] não concebe a estrutura da sociedade realmente existente.

A afirmação de que as pessoas podem desfrutar da liberdade garantida pelo direito é compreensível, por exemplo, para a análise dos crimes contra as pessoas: contra a vida, contra a dignidade sexual. Como bem se coloca, "[...] apenas com uma contundente proteção da vida pode-se esperar uma ação livre das pessoas: sem essa proteção as pessoas não poderiam desempenhar os papeis correspondentes a cada uma delas."[113]

---

[109] Cita-se como exemplo os relatórios da Comissão da Verdade sobre os empresários da construção civil (empreiteiros), responsáveis pelas obras de infraestrutura, obras públicas. A origem histórica do poder econômico e político deste setor da econômica, como os grupos Odebrecht, Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Mendes Júnio está ligada à períodos ditatoriais. Ao lado das empreiteiras, Denise Assis, em sua obra "Propaganda e cinema a serviço do Golpe – 1962/1964", publicado pela Editora Mauad, em 2001, demonstra como que empresas financiaram tanto o golpe de 64 quanto a manutenção da estrutura repressiva: "em 1963, a indústria de São Paulo financiava mensalmente 1 milhão e 280 mil; a indústria da Guanabara com 560 mil; o comércio de São Paulo com 560 mil, bancos contribuíam com 160 mil mensais; seguradoras; enfim, era um conjunto bastante expressivo, um valor muito alto de dinheiro e eles eram utilizados na compra de espaço na mídia, na confecção de programas de televisão, ao valor de 500 mil só para serem veiculados, eram pagos nas principais TVs: TV Excelsior, TV Cultura, TV Record, TV Tupi e TV Rio." Cita-se, também de acordo com os relatórios da Comissão da Verdade, as cinco principais empresas que contribuíram com o financiamento da Ditadura Militar: Petróleo União, Icomi, Listas Telefônicas, Light e LTB, e Cruzeiro do Sul. Acrescenta-se que as doações das empresas que eram canalizadas para o IPES foram transferidas para a Operação Bandeirante (OBAN), e para outros aparatos repressivos do governo. O grupo "Ultra" e o executivo Boilesen foram símbolos do financiamento do aparato repressivo.

[110] Cita-se como um exemplo emblemático na realidade brasileira o caso em que "Uma faxineira que prestava serviço à sede da Polícia Federal em Boa Vista (RR) foi autuada em flagrante por furto qualificado após ser flagrada comendo um bombom de chocolate pertencente ao delegado federal Agostinho Cascardo." GAMA, Aliny. Faxineira come um bombom e é autuada por furto pela Polícia Federal em RR. **UOL Notícias,** 5 out. 2015. Cotidiano. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/10/05/faxineira-come-um-bombom-e-e-autuada-por-furto-pela-policia-federal-em-rr.htm>. Acesso em: out. 2015.

[111] JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 107.

[112] Como ocorre com a estruturação normativa dos crimes de furto, notadamente em suas versões qualificadas, e até mesmo estendendo o conceito de pequena criminalidade patrimonial aos casos de roubos simples bagatelares.

[113] JAKOBS, loc. cit.

Todavia, esta afirmação não é compreensível no setor dos crimes patrimoniais. O *não proprietário*, também reconhecido como pessoa no direito, não possui condições reais de desfrutar da liberdade garantida pelo direito, pois esta está vinculada ao próprio direito à propriedade. Portanto, pode-se entender que a normatividade em torno do direito à propriedade privada e sua proteção pelo Direito Penal apenas enxerga o proprietário e não aquele que nada possui. Realiza-se a seguinte comparação e indagação com o pensamento de Jakobs: somente com uma contundente proteção penal da propriedade privada pode-se esperar uma ação livre dos proprietários? Sem esta proteção os proprietários não poderiam desempenhar seus papéis correspondentes e os não proprietários teriam margem para não cumprir seu dever de não intervir na propriedade alheia?

Não se consegue compreender a resposta negativa a esta indagação se não se entende o papel de comunicação da norma penal em um sentido social e não em um sentido de livre desenvolvimento de indivíduos (proprietários) isolados. O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto autor quanto vítima e juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas sim social. Ao se compreender este lado social, não se pode ignorar o contexto concreto daquele que afetou as relações de propriedade privada. O não proprietário também é sujeito de direito (desde que produtivo ao sistema), pois a própria infraestrutura social necessita que assim o seja. Se o não proprietário também é personificado pelo Direito, então ele deve ser englobado na análise da comunicação social: se se protege penalmente a propriedade privada, na dimensão privatista, esta comunicação torna-se inidônea pois não se soma o contexto do não proprietário. Assim, deve-se analisar o plano da conduta do agente e compreender se esta apresenta o significado de comunicar um verdadeiro enfrentamento à identidade social ou se significa uma consequência da estruturação desta identidade.

A principal condição para que uma sociedade seja respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização dos sujeitos.[114] Jakobs bem salienta que não se trata de afirmar que deve ser assim, mas que assim o é. Considera-se a realidade concreta e não idealizada em torno de discursos acerca dos princípios constitucionais. O conceito funcional de Direito Penal é descritivo na medida em que a sociedade se encontre determinada: "[...] essa exclusão de utopia é o mais chocante na prática de toda a teoria funcional."[115]

---

[114] JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 107.

[115] Id. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 45.

Se as condições para a constituição de uma sociedade respeitosa com a liberdade são estipuladas pela sociedade e não por sentimentos individuais, como é que se pode afirmar o merecimento de pena em um setor de criminalização que atinge interesses privados e não sociais? A afetação do patrimônio, em uma dimensão social e complexa, é que poderia justificar a criminalização de tais condutas. Agora, a pequena criminalidade patrimonial não parece apresentar um interesse social, até mesmo porque boa parte da sociedade não está inserida no campo de proprietários. Neste âmbito, acaba por se proteger interesses privados de uma determinada classe social que possui propriedades e não da sociedade em sua totalidade composta por diversas classes sociais em que uma destas classes será selecionada a receber penas privativas de liberdade ou de direitos, por meio de uma condenação penal, caso infrinja interesses privados de outra classe social. Não se pode falar, então, de um olhar social sob a pequena criminalidade pois se abrange, na proteção penal, somente uma parcela da sociedade.

O Direito Penal não tem a função de proteger interesses privados, mas sim de responder às condutas que, realmente, apresentam uma gravidade e uma potencialidade de abalar a identidade social estabelecida; no mesmo sentido apontado por Jakobs, não se afirma que assim o devia ser, mas que assim o é: o Direito Penal não protege a propriedade individualmente considerada, mas a estrutura social. A conduta deve afetar esta e não o âmbito privado. Não se pode compreender que o furto de dois pacotes de bolacha tem a potencialidade de apresentar um enfrentamento à identidade social do sistema capitalista de produção. É uma consequência deste. Pensar de outra forma seria utopia como bem coloca Jakobs.

A norma penal acaba por descrever, segundo Jakobs, as condições de comunicação pessoal iguais. O delinquente é posto enquanto uma pessoa que, como igual, expressa um sentido que tem validade geral e que se vê contradito com a pena.[116] Neste sentido, cabe distinguir alguns tipos de comunicação.[117] Em primeiro lugar, expõe-se a comunicação instrumental a qual representa uma comunicação que pode "[...] servir a alguma finalidade ou não, mas, em todo caso, o participante não se encontra obrigado a nada." Em segundo plano, tem-se a comunicação pessoal para a qual o outro é um igual, uma pessoa em Direito. Explica-se:

---

[116] JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 45.

[117] A diferenciação dos tipos de comunicação é relevante pois apenas no âmbito pessoal há expectativas normativas em sentido estrito e só aí se encontra excluída a vinculação à/por informações mecânicas. Ibid.., p.59.

> Esse **reconhecimento como igual** consiste numa adstrição: todo aquele que negue sua racionalidade de modo demasiado evidente ou **estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito**, pelo mesmo não neste momento.[118]

Em uma comunicação pessoal, estabelece-se que a relação entre indivíduos não se baseia apenas em suas próprias referências, mas perante regras que independente de tais preferências. Estas regras são as normas sociais em sentido estrito: "[...] se se infringe, isso significa eleger uma configuração do mundo cuja tomada em consideração tenha exonerado o outro."[119] Dessa forma, na comunicação pessoal o indivíduo aceita o outro como "[...] seres iguais a si mesmo e se vê como a vontade que é livre: se concebe como um centro que já não se limita à administração das próprias referências."[120] Complementa-se que só perante o outro pode-se compreender a si mesmo: "[...] São as normas que constituem a relação entre sujeitos. Essas normas são o mundo objetivo porque determinam a comunicação e o fazem com independência das preferências de cada indivíduo."[121] Neste sentido, pode-se afirmar que o sujeito se concebe de modo mediado pelo normativo.

Ao transportar tais ideias ao campo da criminalidade patrimonial (utilizando-se das críticas à forma jurídica de sujeito de direito trabalhadas no primeiro capítulo), percebe-se que se se toma por referência a propriedade privada colocam-se preferências individuais sob as condições reais e concretas de outra pessoa. Neste âmbito, não tem como um indivíduo aceitar o outro como igual e se vê como a vontade livre, pois se depara com uma realidade de estranhamentos: estranhamento da coisa, estranhamento da atividade produtiva, estranhamento da essência humana, estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano. Este conjunto de estranhamentos compõe a propriedade privada. Assim, sua afetação não pode ser considerada enquanto um não reconhecimento da vontade livre, pois esta não existe concretamente. Aliás, a negação da negação no campo da afetação à propriedade privada reafirma todo este conjunto complexo de estranhamentos.

---

[118] JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 46. (Grifo nosso)
Pessoa para Kant: constituição por meio de uma norma: pessoa é aquele sujeito cujas ações são capazes de imputação. Hegel: formulou a reciprocidade: sê uma pessoa e respeita aos demais como pessoas. Normas: definir o que se considera uma pessoa.
Na comunicação instrumental, as pessoas não podem excluir outras da sociedade, mas não há uma garantia de que todos os indivíduos se reconhecerão como pessoas, por toda eternidade. A sociedade está em constante modificação, e pode, de acordo com Jakobs, variar seu caminho do pessoal para o instrumental, além de que "a pequena revisão funcional esboçada sobre princípios e conceitos fundamentais do direito penal numa sociedade orientada pessoalmente pressuponha elementos pertencentes à tradição europeia." Ibid.

[119] Ibid., p. 54.

[120] Ibid.

[121] Do ponto de vista da sociedade não são as pessoas que fundamentam a comunicação pessoal a partir de si mesmas, mas é a comunicação pessoal que passa a definir os indivíduos como pessoas.

Em uma análise invertida, pode-se entender que se se coloca a propriedade privada como objeto de proteção penal limita-se à administração das próprias referências de uma determinada classe social, legitimando a intervenção na liberdade individual de outra pessoa de classe distinta. Deslegitima-se o próprio sentido social da norma. Se o sujeito se constitui perante o outro por meio da vinculação à norma e necessita da própria auto-referência do outro para que se converta em sujeito, como se concretiza esta transformação em sujeito na realidade assimétrica das relações de propriedade privada? Diante da realidade estranhada, o outro não tem como se constituir enquanto sujeito perante a vinculação de uma norma que o exclui da sociedade. Não há auto-referência entre a classe de proprietários e não proprietários: não há o que se falar de sujeitos iguais. A teoria funcional propõe a autopercepção do sujeito mediante a aceitação da norma; então, indaga-se: como o sujeito que não possui propriedades se autopercebe por meio da aceitação de uma norma de direito de propriedade? Não parece ser um campo para a atuação legítima do Direito Penal ao se adotar a linguagem da concepção dogmática aqui trabalhada, sob o risco desta própria concepção se contradizer.

3.2.3 Delito enquanto abalo à vigência da norma e pena como afirmação desta vigência

O delito significa uma rebelião contra a norma e a pena é uma reação contra esta rebelião: *"[...] al mismo tempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de, una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama prevención general positiva*."[122] Assim, o que é decisivo ao Direito Penal é a proteção da vigência das normas as quais constituem a estrutura irrenunciável de uma sociedade. Como ficará demonstrado a seguir, a pena é compreendida como uma contradição à desautorização da norma. E, por isso,

---

[122] JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005.
Frisch aponta que conforme as concepções de delito como expressão de sentido (conceito de delito ideal, comunicativo ou expressivo), o foco da definição e compreensão do fato punível não está no ataque a um bem jurídico, cuja proteção seria o fim do direito penal. O foco da compreensão adequado de delito passa a ser a norma ou o ordenamento jurídico de normas que o comportamento do autor contradiz. "Entender a essência do delito é verificar que este se concebe como um não reconhecimento ou um questionamento da vigência da norma (a qual fora infringida). O bem se compreende como um menosprezo à norma ou ao ordenamento jurídico. Esta perspectiva, atribui ao delito um determinado conteúdo de sentido. Esta concepção do delito vincula-se com a fundamentação da pena, a partir das noções de "*indicación y adecuación.*" Afirma Frisch que, "*El hecho cometido por el autor debe ser contradicho (mediante la pena), pues implicaria un cuestionamiento de la vigencia de la norma que no podría quedar sin réplica o contra el que el Derecho debería defenderse o mostrarse como inquebrantable [...].También cuando el agente no satisface a través de su comportamento determinadas expectativas jurídicas cabe apreciar um cuestionamiento de la vigencia de aquellas normas que el sujeito, pese a que podía y debía, finalmente no cumple*." As bases desta compreensão de delito estão em Hegel (e foram expostas no primeiro tópico deste capítulo). Hegel já caracterizava o delito enquanto a negação do Direito, e a partir disto decorria a fundamentação da pena enquanto a anulação da negação do Direito e o reestabelecimento da vigência do ordenamento jurídico. FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 6, jul. 2014.

não assegura bens jurídicos, nem os repara, mas assegura a vigência da norma. Para Jakobs, a proteção de bens jurídicos se obtém apenas como um reflexo.

Perante a concepção de bens jurídicos, pode-se questionar em que momento um bem passa a ser considerado enquanto bem jurídico: esta configuração se forma quando se tem um direito do titular que pode exigir que seu bem não seja lesionado. Todavia, o Direito se refere à relação entre pessoas. A tese de proteção de bens jurídicos é insuficiente no plano teórico para Jakobs, pois o conceito de bem jurídico apenas demonstra uma relação negativa que existe entre as pessoas, qual seja: ninguém deve lesionar os direitos dos demais. Dessa forma, o que é decisivo é o direito, e não o bem. Nas palavras de Jakobs, *"[...] el concepto de bien jurídico no pueda plasmar en determinados âmbitos la estrutura de la sociedad*."[123]

As pessoas[124], na realidade social, são vinculadas por meio de normas e a capacidade de cumprimento destas é conferida a elas. Dirige-se às pessoas a expectativa de que suas condutas serão praticadas de acordo com as normas. Esta expectativa é denominada de expectativa normativa.[125] Mesmo nos casos de defraudação desta expectativa, esta é mantida e a conduta que a infringiu passa a ser considerada como sua defraudação.

Explica-se que quem sofre lesões corporais, por exemplo, não se contenta em ser mais precavido no futuro, mas insistirá no seu direito de não ser lesionado: identificará no autor a causa da violação de seu direito, exigindo que haja uma pena para que se confirme a sua expectativa.[126] O mesmo pode ser transplantado para o âmbito dos crimes patrimoniais: frente aos crimes que lesionam o direito de propriedade, o proprietário não está preocupado nos meios futuros que deverá ter para proteger sua propriedade, mas sim no próprio direito de propriedade que a ele pertence. É este direito que é decisivo na proteção pelo direito penal e não o bem em si. O crime que afeta o direito de propriedade abalaria a expectativa normativa de que todas as pessoas respeitarão o direito de propriedade de outrem. Todavia, ao se tutelar penalmente o direito *de* propriedade faz-se uma escolha entre classes sociais. Esta é a

---

123 JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005. p. 49.

124 Jakobs pondera que no direito os indivíduos não existem: o direito constitui um direito "ao corpo ou a uma coisa, e um dever de não lesionar esse direito, que tem como conteúdo manter em um estado de segurança nas relações tanto o corpo do sujeito como suas coisas mesmas" Assim, fala-se de corpo e coisas de pessoas, não de indivíduos.
(Id. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012).
Jakobs aponta a seguinte concepção de pessoa em Direito: a pessoa seria o titular de direitos e deveres, e só pode ser tratada enquanto pessoa na medida em que se conduza conforme à norma; "*se si comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo. Y lo mesmo sucede con cualquier expectativa normativa: debe gozar en lo esencial de una base cognitiva, si se pretende que una persona acepte partir de ella*." JAKOBS, 2012, op. cit., p. 143.

125 Como bem afirma Jakobs, a pena mantém a estrutura da sociedade e esta estrutura não existe entre bens, mas entre pessoas. São estas que desempenham o papel de titulares de bens, ou melhor, titulares de direitos e deveres. Desse modo, ao analisar os injustos no âmbito patrimonial não se pode considerar apenas a ideia de bens, mas sim as relações sociais. JAKOBS, 2005, op. cit. loc. cit.

126 Ibid.

peculiaridade deste setor de criminalização, o que abala com a ideia de totalidade da sociedade enquanto orientação do Direito.

Mais adiante, após a exposição do pensamento de Jakobs, será questionado até que ponto pode se falar de uma real capacidade do não proprietário de não intervenção na propriedade alheia. Se não há, na sociedade, condições sociais reais e concretas que permitem o cumprimento da expectativa normativa, pode-se legitimar a intervenção penal? Além do mais, se a afetação do direito de propriedade configurar em um dano de cunho privado, individual, pode-se justificar a intervenção punitiva? A configuração do dano social não seria requisito primordial para o preenchimento material do injusto, no interior da categoria da ilicitude? Estas indagações serão comentadas mais adiante.

Na perspectiva de Jakobs, por meio de um delito, o autor deste comunica que o mundo deve ser configurado do modo como ele se comporta, ou seja, contra a norma. Pois bem, a pessoa que comete o crime de furto, por exemplo, se contrapõe a norma que protege o direito de propriedade. Ao infringir esta norma o autor comunicar-se-ia expondo que não se enquadra nas regras deste sistema imposto e que, como não há uma igualdade material de acesso aos bens materiais, a infração à norma que protege a propriedade individual é uma comunicação que deveria prevalecer perante a vontade positiva do autor.

Entretanto, a estrutura normativa da configuração atual da sociedade não permite que esta comunicação se perdure, combatendo-a com a previsão normativa penal e com a aplicação de uma pena, para que seja mantida a vigência da norma que fora fraudada. O que se pretende demonstrar é que, apesar da propriedade privada ser uma das bases nucleares do sistema capitalista de produção, a afetação do direito de propriedade que resulte em um dano de cunho individual não apresentaria o condão de abalar a expectativa normativa que está em torno da configuração patrimonial da sociedade, a qual para ser atingida necessitaria de uma repercussão social.

Assim sendo, o fato delitivo apresenta-se como um conflito em torno da configuração social e relaciona-se com a comunicação nesta configuração (delito enquanto marginalização comunicativa). A pena, então, seria uma resposta com conteúdo de que o ataque do autor contra a estrutura normativa da sociedade não é determinante e que esta estrutura é que deveria prevalecer: a configuração social não terá modificações por causa da conduta delitiva (ou melhor, por causa da vontade do autor). Nas palavras de Jakobs, o autor afirma que *"[...] el contenido comunicativo de su comportamento es válido para ulteriores comunicaciones,*

pero la punición pone en claro que eso no es así."[127] A pena, portanto, é um meio de se manter a configuração que a sociedade tem em um determinado momento.

Concebe-se a pena como uma compensação ao autor pelo dano produzido à vigência da norma primária. O comportamento delitivo é uma alternativa não aceita na sociedade e produz uma atitude de fidelidade ao ordenamento jurídico vigente. A prevenção geral positiva, na visão de Jakobs, deve ter a generalidade como a sua destinatária, deve confirmar a atitude de fidelidade ao ordenamento. Nos dizeres de Jakobs, *"[...] la pena significa una contradicción del significado del hecho y el dolor de la pena debe produzir prevención general positiva*."[128] Em suma, a pena é a prevenção geral positiva, isto é, a restituição do dano à vigência da norma.

Em uma perspectiva muito próxima à concepção hegeliana, Jakobs assevera que o ato que lesiona a vigência de uma norma receberá uma resposta que confirme a vigência desta norma. O autor deve ressarcir à sociedade pelo dano causado à vigência normativa. Desse modo, tem-se que a vigência da norma é confirmada pela pena cuja materialização examina-se por meio da imputação a um infrator da norma.[129]

Pois bem, adotar-se-á a perspectiva da proteção das normas para que se supere a ideia de que os crimes patrimoniais afetam, simplesmente, o bem jurídico patrimônio e/ou propriedade privada. Toma-se, como ponto de partida, não os objetos individualmente considerados que foram atingidos, mas sim a relação entre as pessoas que são mediadas por coisas. Neste aspecto, o que importa não é o bem individual que fora afetado, mas avaliar se houve algum abalo à estrutura normativa da sociedade que rege as relações sociais de propriedade privada. O dano individual à propriedade privada trata de um problema econômico e não penal, pois não apresenta tamanha potencialidade de abalar a estrutura da sociedade (é uma consequência desta configuração e não seu enfrentamento: muitas vezes, a pequena criminalidade patrimonial é uma forma de acompanhamento das exigências consumistas da sociedade capitalista atual). Já a avaliação de um injusto cujo significado seja social pode-se verificar a potencialidade de abalo à estrutura normativa que rege o patrimônio. Se for adotada uma concepção de bem jurídico, considerando o patrimônio enquanto objeto de proteção, sem nenhuma diferenciação de seu significado e ofuscando o significado

---

[127] JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005. p.142.

[128] Ibid. p.147.
"*El bienestar de las personas se ve lesionado por el hecho en la medida en que el autor pone en riesgo el aseguramiento cognitivo. Para resarcir ese daño, al autor se le impone un dolor, de modo que el hecho se entende de modo generalizado como alternativa de conducta que no merece ser tomada en consideración – prevención general positiva*."

[129] Ibid., p. 143.

normativo que está por detrás do objeto, não se consegue uma limitação à intervenção penal no caso em que haja somente uma afetação sem proporção social.

É importante sublinhar que, para Jakobs, o autor de um delito continua sendo pessoa no Direito, seu vínculo jurídico não fora cortado. E, por isso, mesmo deve submeter-se à pena. No sentido hegeliano, ao se impor a pena ao delinquente torna-o um ser racional. Jakobs, então, concebe o delito enquanto afirmação (pode-se comparar com a ideia de Hegel sobre a afirmação da vontade do agente) e a pena como resposta (negação à afirmação da vontade do agente). O delito e a pena são tidos como uma interação simbólica: *"[...] el significado de los símbolos es un producto de la comunicación social*."[130] Estas passagens de Jakobs lembra a questão da identidade entre delito e pena em Hegel: *"[...] el significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma.*"[131]

A limitação da intervenção penal frente à pequena criminalidade patrimonial deve ser perseguida; pois, como já fora ressaltado na análise de Karl Marx, a negação da negação hegeliana não confirma a verdadeira essência, mas somente a essência aparente ou essência estranhada de si em sua negação. A negação da essência do ordenamento jurídico pelo delito é negada pela pena apenas enquanto essência objetiva, externa e estranhada que independente do ser humano. Por isso, a negação da negação realizada pela pena não pode ser ilimitada já que é por meio desta negatividade que se acaba por confirmar a realidade estranhada do ser humano nas relações de propriedade privada. É exatamente o que ocorre com a punição, de uma determinada classe social, perante os injustos patrimoniais cujo significado seja de afetação de interesses privados.

É preciso, portanto, entender o significado social do injusto que afeta o patrimônio; pois, se este significado não é encontrado não se pode legitimar a intervenção penal. Esta não terá uma comunicação idônea. Jakobs pondera a elaboração do significado social da interação entre delito e pena, construindo o sistema de imputação baseado nas condições em que a intervenção do direito penal não deveria ser legitimada, ou seja, nas hipóteses de risco não permitido, princípio da confiança, risco próprio, proibição de regresso. Todas estas limitações da intervenção penal devem ser reconhecidas no âmbito do tipo dos crimes patrimoniais, mas acima e antes dessa análise, a realização da própria diferenciação do injusto e da significação deste deve ser analisada pela operacionalidade da norma penal. Em outras palavras, o valor e significado (social ou individual) que o próprio injusto apresenta devem ser verificados, assim

---

[130] JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005. p.148.

[131] Ibid., p. 155.

como o dano oriundo da prática da conduta para que se legitime a intervenção do Direito Penal.

3.2.4 Contexto de expansão político-criminal e as influências no campo patrimonial clássico

De acordo com Jakobs, *"[...] las personas quieren establecerse en el ordenamento jurídico y encontrar allí su liberdad y su bienestar."*[132] Ao considerar o ordenamento jurídico enquanto uma determinação da liberdade, o cumprimento da norma primária torna-se essencial. A sociedade não pode duvidar da realidade do ordenamento jurídico, pois uma norma age até mesmo quando é violada.

Todavia, a coação estatal é um recurso que não pode incrementar-se indefinidamente,[133]por isso não é possível compartilhar com a defesa por punições massivas. No momento atual da configuração da sociedade verifica-se um apelo pela expansão político-criminal. Neste contexto, tem-se que ter cautela na incorporação das valorações político-criminais no âmbito da dogmática no sentido de realizar uma abertura indefinida ao sistema penal, com margem a um punitivismo exacerbado.

Maior cuidado, ainda, tem-se que ter frente aos crimes patrimoniais clássicos devido as suas relações com a seletividade social. Algumas flexibilizações que são incorporadas às normas no direito penal moderno não deveriam alcançar o campo clássico aqui trabalho. Dentre estas flexibilizações, encontram-se duas categorias dogmáticas que têm irritado o sistema penal dos crimes patrimoniais, quais sejam: a formulação de delitos de perigo abstrato e as teses de cumulatividade de condutas. Algumas ponderações, com fundamentação funcionalista, serão realizadas a estas categorias.

Os delitos de perigo abstrato, como bem coloca Jakobs, representam um direito penal intervencionista. A teoria do bem jurídico contribui para a legitimação desta intervenção. Assevera-se que:

> *Si se pretende que lo decisivo se ala protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir en cuanto antes. Precisamente los delitos de peligro abstracto pueden ser vinculados a la ideia de la protección de bienes jurídicos; piénsese en ça prohibición de conducir un vehículo de motor en estado de ebriedade – esta prohibición protege la vida, la integridad y la propiedad.*[134]

---

[132] JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

[133] Ibid.

[134] Id. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005, p.152.
Delitos de perigo abstrato – contra os excessos, no âmbito das proibições de riscos de caráter abstrato, os defensores da teoria do bem jurídico só têm argumentos jurídico-políticos, não apresentam argumentos jurídico-dogmáticos ou teórico-jurídicos. Ibid.

A teoria do bem jurídico pode apresentar uma arbitrariedade no sentido de que em *"[...] cualquier estado deseado puede ser proclamado bien jurídico*."[135] Dessa forma, a definição de bens jurídicos, na concepção de Jakobs, é uma tarefa política e não um conhecimento dogmático. Em contrapartida, *"[...] la tesis de la protección de las normas retrata al derecho con mayor exactitud, al superar la ideia de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas*."[136]

Jakobs pondera que em uma sociedade complexa a concepção de normas contra a lesão de bens jurídicos não consegue acompanhar tal complexidade. Verifica-se, neste contexto, a "[...] necessidade de que determinadas modalidades de comportamento, consideradas por alguns cidadãos como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração dessas normas."[137] A discussão gira em torno de saber se a elevação da criação de crimes de perigo abstrato "[...] a mera infração contra a ordem pública (como mera perturbação, ou ao menos principalmente perturbação da ordem) a delito criminal (como ataque contra a identidade social)"[138] se configura com bons fundamentos ou somente por questões de um maior intervencionismo.

No âmbito dos crimes patrimoniais se estas ideias influenciarem a construção do novo código penal verificar-se-á, claramente, que não há fundamentos jurídico-penais para tal criação de crimes de perigo no âmbito da criminalidade patrimonial clássica; mas um apelo ao maior intervencionismo penal sem respaldo de estudos científicos objetivos que garantem esta necessidade de intervenção.

Muitos dos argumentos a favor de um maior recrudescimento da punição e criminalização de condutas que afetam a propriedade privada e o patrimônio, em seu sentido privatista, utilizam o fator da segurança pública enquanto um direito para fundamentar tal intervenção. A criminalização de tais condutas teria o respaldo no aspecto de perturbação da ordem pública e de lesão ao direito à segurança em seu sentido normativo. O que cabe

---

[135] JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005. p. 153.
No mesmo sentido: Eduardo Saad-Diniz. Insuficiência do sentido operacional do bem jurídico como referencial à teoria do delito. SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: _____.; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 149.

[136] JAKOBS, 2005, op. cit., p. 154.
"*Un discurso de bienes jurídicos renunciando a mencionar las reglas de determinación del comportamento permitido y no permitido, así como de la diferenciación entre deberes positivos e negativos, sencillamente carece de valor."*
"[...] se se quer permanecer no nível de uma teoria dos bens, ao menos, teriam que se reconhecer genuinamente bens sociais, estatais que são, em absoluto, irrenunciáveis para a subsistência da sociedade." JAKOBS, Günther. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

[137] Id**. Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

[138] Ibid.

compreender é se a pequena criminalidade patrimonial tem a potencialidade de atingir este direito à segurança em seu sentido normativo: considerar, *em última instância*, se a identidade da sociedade é abalada com a afetação do direito à segurança por meio dos crimes patrimoniais puros. Estes parecem ser mais um problema de perturbação da ordem pública do que apresentarem a gravidade de, realmente, abalar a identidade da sociedade com a afetação do direito à segurança, pois este direito está em constante perigo, se avaliado na configuração estrutural da sociedade capitalista, independente dos injustos cujo significado seja uma afetação em interesses privados.

A análise dogmática no setor dos crimes patrimoniais deveria priorizar, sempre, o plano da conduta a fim de avaliar o seu significado, ou melhor, o significado da comunicação que a conduta gerou. Caso esta comunicação se apresente enquanto uma consequência da identidade social capitalista, e não como seu enfrentamento, dever-se-ia afastar a intervenção penal. Não há merecimento de pena nem necessidade de pena. Assim como Karl Marx ponderou frente ao contexto da lei sobre o furto de lenha[139], condutas cujas essências são distintas não podem ser equiparadas sob uma mesma norma penal e receberem uma mesma valoração. A essência de tais condutas refere-se à comunicação de questionar ou não a estrutura social. Devem ser diferenciadas.

Como fora exposto na introdução deste trabalho, associar o problema da insegurança pública e do medo social, na configuração da sociedade capitalista, com a criminalidade patrimonial de rua, notadamente por conta das empresas dos meios de comunicação em massa, pode resultar em uma intensificação dos problemas de seletividade social e punitivismo exacerbado frente à criminalidade patrimonial de flagrante. Embora esta receba a responsabilidade por tal insegurança, ao se analisar a estrutura capitalista de produção, percebe-se, de forma nítida, que esta é a responsável pela configuração social baseada no medo, no risco e na insegurança.

Em simples palavras: não é punição exacerbada da pequena criminalidade patrimonial que ajudará a estabilizar o direito à segurança porque o problema referente a este é inerente à estrutura social e econômica capitalista atual. A identidade da sociedade atual está em dependência direta com a econômica,[140] e isso o próprio Jakobs reconhece:

> [...] não vejo possibilidade alguma de legitimar todos os delitos enriquecidos subjetivamente que punam casos de preparação como se fossem de consumação (como a falsificação de documentos) e o mesmo ocorre em todos os delitos que

---

[139] JAKOBS, Günther**. Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

[140] Ibid.

> pretendem proteger um ambiente favorável ao Direito, isto é, em certo modo determinadas condições espirituais. Esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres, devem ser eliminados.[141]

Neste contexto, pode-se apontar o Art. 25 da Lei de Contravenções Penais, o qual estabelece que

> Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:
> Pena - prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa.

Não há exemplo melhor da seletividade social, descrita no próprio tipo penal, do que este artigo das contravenções penais o qual além de ferir o direito penal do fato, coloca como centro da investigação a vida individual do autor. A punição, neste caso, se fundamenta somente nos indícios de atos preparatórios somados à individualidade do autor.

Não se pode afirmar que a pequena criminalidade patrimonial contradiz a orientação social da comunicação entre cidadãos livres, pois na realidade estranhada, essência das relações de propriedade privada, esta comunicação não existe! Não se tem como falar em cidadãos livres e iguais sendo que o próprio tipo penal já impõe o vadio e o mendigo enquanto um 'perigo' à classe proprietária.

Além deste perigo de contaminação no setor da criminalidade patrimonial clássica da formulação de crimes de perigos e punição de atos, supostamente, preparatórios; em vez de se ater somente aos casos de real *dano (social);* tem-se ainda o perigo de contaminação do setor da criminalidade clássica por meio dos argumentos em torno da cumulatividade de condutas.

No segundo capítulo, deste trabalho, foram expostos alguns argumentos que defendem a manutenção da pequena criminalidade patrimonial no âmbito penal devido à ideia de condutas generalizáveis. No contexto de expansão político-criminal as teses de cumulatividade de condutas, desenvolvidas frente ao direito penal moderno, estão sendo transplantadas à criminalidade patrimonial leve.

Eduardo Saad-Diniz comenta que as "[...] formas tradicionais de representação do delito não oferecem condições de reação penal em níveis compatíveis de complexidade com o sentido social."[142] Pois bem, concorda-se com o posicionamento do autor, mas tem-se que ponderar os reflexos que atingem à criminalidade clássica, como a patrimonial. Neste sentido, nem todos os desenvolvimentos dogmáticos orientados à complexidade do direito penal

---

[141] JAKOBS, Günther**. Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 29.

[142] SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: _____.; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

moderno podem ser benéficos ao setor dos crimes patrimoniais. Ao contrário do que se tem verificado no contexto da sociedade atual, ou seja, uma expansão político-criminal; na criminalidade clássica patrimonial tem-se que construir critérios dogmáticos que limitem ao máximo a intervenção penal pois, neste campo, o problema da seletividade social é agravada pela própria criminalização de condutas típicas de uma determinada classe social,[143] além dos estudos empíricos e criminológicos que confirmam à população carcerária na realidade brasileira.[144]

De acordo com Eduardo Saad-Diniz, na lógica da cumulação de condutas salienta-se a aparente insignificância de uma conduta qualificada jurídico-penalmente como significante.[145] Considera-se a acumulação de pequenos riscos para que tal conduta ganhe significância. A tese de cumulatividade é aplicável no âmbito do direito penal moderno de forma compreensível. O que se questiona é que quando ela passa a ser transportada para o âmbito de crimes clássicos, como os crimes patrimoniais, quais seriam os riscos sociais perceptíveis que se resulta desta transposição?[146]

Nos estudos do direito penal moderno apresentam-se algumas referências teóricas sobre a cumulação de condutas. Eduardo Saad-Diniz expõe a tese de Kuhlen o qual se refere à proteção penal do meio ambiente. Discute-se a punibilidade de condutas cujo sentido cumulado coloca em perigo a integridade do meio-ambiente.[147] Indaga-se como se pode apurar cientificamente a *danosidade* da conduta e em que medida a decisão jurídica pode ou não atribuir responsabilidade.[148] No campo de Kuhlen, estabelece-se a relação entre a individualização da conduta e a individualização de determinado tipo de conduta com a ofensividade deste último. Realiza-se o juízo de valoração da ofensividade.

Outra referência apontada por Eduardo Saad-Diniz é a tese de Wohlers, para o qual o gerenciamento dos pequenos riscos deve ser racionalmente organizado para a elaboração do juízo de perigo à identidade da sociedade.[149] "[...] Punível é apenas a conduta típica que em estritas condições de cumulação representa danosidade, cujo risco representado pelo resultado

---

143 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada:** a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. 2013. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

144 Remete-se o leitor ao último tópico deste capítulo.

145 SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: _____.; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

146 Ibid., p. 149.

147 Ibid., p. 150. Complementa-se: "A realização de uma conduta típica, que supostamente seria irrelevante para o sistema jurídico-penal pela aparente menor ofensividade, desperta a necessidade de reação penal pela projeção da objetividade dessa conduta na forma cumulada."

148 Ibid.

149 Ibid., p. 152.

seja efetivamente vinculado a potencial de perigo."[150] Trata-se, aqui, da dimensão realista referente à conduta para se legitimar a intervenção punitiva.

Por último, apresenta-se a tese de Hefendehl o qual estabelece os limites dogmáticos da representação da cumulatividade nos tipos penais.[151] Hefendehl parte dos seguintes *topois*: "[...] extensão da ameaça de dano, intensidade da limitação aos direitos fundamentais provocada pelo comportamento jurídico-penalmente não permitido e o grau de razoabilidade do dano."[152] Em suma, ter-se-ia que construir "[...] critérios racionais para a legitimação da lógica da cumulação em torno da proporcionalidade e da necessidade da intervenção penal."[153]

Eduardo Saad-Diniz afirma que a lógica da cumulação acompanha o sentido social da criminalidade e o rendimento funcional do sistema jurídico-penal ao lado do refinamento de técnicas de tipificação, para afastar as indeterminações de sentido e devolver a operacionalidade ao sistema jurídico-penal.[154] Complementa-se: "[...] superar comportamentos aparentemente insignificantes, mas cujas estruturas latentes informam o grau de instabilidade normativa produzida pela conduta aparentemente inofensiva"[155] seria uma forma de resolver a ausência de complexidade da reação penal. Nesta perspectiva, o "[...] discurso tradicional qualificaria irrelevantes condutas que carecem de resposta jurídico-penal." Assim sendo, ter-se-ia que compatibilizar a lógica de cumulatividade com uma lógica de razoabilidade e critérios dogmáticos bem definidos.

Todavia, a tese de cumulatividade[156] perante os crimes patrimoniais pode tornar-se problemática na operacionalidade do sistema penal, pois ao se verificar a realidade dos tribunais brasileiros percebe-se um distanciamento da compreensão da realidade social concreta. A transposição da tese de cumulatividade para o âmbito dos crimes patrimoniais clássicos pode, diante do contexto social e econômico do Brasil (contexto este bem oposto ao dos países nos quais tal tese é desenvolvida), legitimar as práticas de seletividade social. Esta transposição de ideias desenvolvidas com vista ao direito penal moderno para o campo dos crimes patrimoniais clássicos resulta em consequências sociais mais danosas que o próprio

---

[150] SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: _____.; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 152.
Remete-se o leitor à exposição das análises realizadas no segundo capítulo pelo autor Fernando Fernandes.

[151] Ibid., p. 153.

[152] Ibid.

[153] Ibid.

[154] Ibid.

[155] Ibid., p. 154.

[156] Claus Roxin desenvolve algumas crítica político-criminais à tese de cumulatividade, entre as quais destacam-se: 1. Atribuição de responsabilidade a um indivíduo por conduta típica realizada por outro indivíduo; 2. Indeterminação da descrição da conduta típica e dos critérios de determinação do risco jurídico-penalmente não permitido; 3. Perversão das funções do direito penal. Ibid.

delito. Não se pode acreditar que, perante a realidade da operacionalidade das normas penais no Brasil, os tribunais e juízes irão aplicar critérios rigorosos para racionalizar a aplicação da tese de cumulatividade nos crimes patrimoniais, podendo a intervenção punitiva extrapolar, sim, a verificação empírico-racional dos limites da ideia de risco. Devido a este contexto, legitimar o merecimento de pena da pequena criminalidade patrimonial com o discurso da cumulatividade não parece ser o meio correto para a realidade brasileira.

3.2.5 Funcionalidade do Direito Penal frente à proteção da vigência da norma enquanto uma limitação da intervenção penal

Michel Pawlik ressalta que o principal desafio da dogmática jurídico-penal reside na tarefa dada ao Estado de persecução ao Direito. O ponto de partida da dogmática jurídico-penal, nesta perspectiva, consiste na questão de saber "[...] se o Estado pode realmente intervir punitivamente e, caso puder, sob quais pressupostos, a fim de que lhe sejam tomadas em sério as implicações de suas inter-relações teóricas."[157] Portanto, o ponto central é saber se o Estado pode intervir punitivamente diante de injustos que atingem o patrimônio e a propriedade privada; e sob quais pressupostos esta permissão se realiza.

Uma delimitação de objeto faz-se necessária neste ponto: ao se propor a depuração do injusto no âmbito patrimonial, pode-se dizer que devemos chegar ao núcleo mais puro deste setor de criminalização. Ao alcançar esta pureza, percebe-se que se atinge à propriedade privada e o patrimônio em suas dimensões privatistas (âmbito de interesses proprietários privados, nitidamente de ordem econômica). Neste contexto, indaga-se o motivo pelo qual se pode justificar um ato de violência do Estado contra a liberdade do cidadão por atingir a propriedade privada alheia?[158]

Com a análise acerca dos jogos dogmáticos de cunho hegeliano, quando se compreende que a liberdade real dos indivíduos pressupõe uma condição de liberdade e que a elaboração e implementação desta condição deve se dar por meio de instituições, como o Estado, se entende também que os cidadãos devem ter a responsabilidade de manutenção dessas condições reais de liberdade; pois, "[...] quem se priva dessa responsabilidade ao realizar uma conduta típica, afeta o projeto comum da liberdade pelo Direito, rompendo com o dever de solidariedade e o próprio papel de cidadão."[159]

---

[157] PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012.
[158] Ibid.
[159] Ibid., p. 26.

Nesta perspectiva, cometer um delito significa romper com o papel de cidadão, qual seja: colaborar para a manutenção do ordenamento da liberdade vigente. A conduta considerada enquanto delito acaba por afetar este dever de cooperação com os outros integrantes de uma dada sociedade. Ora bem, com todo o suporte teórico do primeiro capítulo algumas ponderações são essenciais.

Em primeiro lugar, em um país de economia dependente, como é o Brasil, não se pode ignorar que não há implementação e elaboração das condições essenciais para a liberdade real, seja por instituições seja pelo Estado. Assim, não se pode falar de liberdade sem se falar da satisfação das necessidades materiais. Embora nos deparamos com uma realidade tecnológica e pós-industrial, as cicatrizes do industrialismo e, no caso específico de nosso país, do colonialismo estão presentes. Como procurar solucionar os problemas "pós-modernos", sem compreender as cicatrizes deixadas pelo passado? Como conhecer o presente esquecendo-se das raízes desiguais estabelecidas no passado? Enfim, de que forma se pode falar em "condições reais de liberdade" após se considerar a história da formação econômica[160] e social brasileira e as consequências desta estrutura na sociedade atual?

Pois bem, além destes questionamentos acerca de uma realidade marcada por cicatrizes, a configuração atual da sociedade é representada pelo comando do sistema econômico global, notadamente diante do poder político e econômico das grandes corporações, apresentando-se uma *sociedade essencialmente econômica* na qual as consequências deste império da ordem econômica reinam. Em resumo: mesmo com os discursos da pós-modernidade e com a configuração de uma sociedade regida pela tecnologia encontram-se, ainda como base desta configuração, relações sociais assimétricas e contraditórias. Estas relações se modificaram, mas não se transformaram: continuam relações assimétricas e contraditórias.

Como já fora ressaltado, a própria valoração do patrimônio acompanha estas relações na medida em que o patrimônio ao mesmo tempo que, simbolicamente, representa uma valoração positiva para a sociedade consumista apresenta, por um outro lado, um aspecto negativo de desvalorização; pois, hoje, os objetos individualmente produzidos e considerados não são duráveis no tempo e são substituíveis constantemente. A propriedade privada em si é convertida em mercadoria avaliável em dinheiro (tanto é que a desapropriação resulta em indenização ao proprietário, como fora exposto no segundo capítulo). A riqueza existente é, de forma constante, desvalorizada para que se mantenha as inovações tecnológicas a fim de se

[160] Cita-se como referência a este tema duas pesquisas: SPONCHIADO; Jéssica R.; FERNANDES, Fernando A. Acerca da fundamentação criminológica e da aplicação de políticas criminais na realidade latino-americana e brasileira. Financiamento FAPESP, 2011; SPONCHIADO; Jéssica R.; FERNANDES, Fernando A. Análise acerca das políticas públicas adotadas no âmbito penal de acordo com a realidade social, econômica e política brasileira. Financiamento FAPESP, 2012/2013.

estabilizar o fluxo de capital global. Como fora apontado no primeiro capítulo, interrupções neste fluxo são trágicas às valorizações do capital. Perceba-se como que o valor do patrimônio e da propriedade privada, em si considerado, é relativizado na configuração social atual.

No seio desta sociedade assimétrica e contraditória, a realidade estranhada ainda domina. O estranhamento da coisa, o estranhamento da essência humana, o estranhamento da atividade produtiva e o estranhamento do ser humano perante o outro são existentes e, até mesmo, verifica-se uma intensificação desta realidade estranhada.[161] No interior destes estranhamentos que formam a propriedade privada, como se pode falar em deveres e descumprimento de deveres de *solidariedade*?

Todas essas considerações sociológicas realizadas no primeiro capítulo deste trabalho não podem ser ignoradas ou ofuscadas, pois ao se adotar a concepção funcional da dogmática penal (a qual aponta como função do Direito Penal a prevenção geral positiva), compreende-se que o injusto merecedor de pena é relacionado à responsabilidade pela manutenção das condições de liberdade real de uma sociedade, mas tem-se que considerar que estas condições, na realidade brasileira, são limitadas e, por isso, não é qualquer descumprimento de dever do papel de cidadão que tem a potencialidade de legitimar a intervenção penal.

O pequeno delinquente patrimonial motivado pela configuração da sociedade consumista na qual ele está inserido não tem condições reais de liberdade em sua realidade de pobreza: se não há nem as mínimas condições materiais para a satisfação de suas necessidades vitais não se pode afirmar que se tem uma liberdade real, muito menos, uma liberdade de escolha de não delinquir. A pequena criminalidade patrimonial, na concepção aqui defendida, não quebra o projeto comum da liberdade pelo Direito e nem rompe a solidariedade e o papel de cidadão porque, neste campo de afetação do patrimônio individualmente considerado ou da propriedade privada, não se resulta em um dano social. Além do mais, não se pode romper com a solidariedade quando esta não existe.

Nas relações de propriedade privada não há o que se falar de solidariedade entre não proprietários e proprietários, entre os que possuem e os que não possuem; pois estar-se a falar de pessoas com melhores condições de liberdade e pessoas não livres. Na própria concepção hegeliana, tem-se que é na propriedade que se exterioriza a liberdade. Ora, aquele que nada possui, não tem sua liberdade exteriorizada. A expropriação que ocorre nas relações de propriedade privada já aceita a não existência de solidariedade. A própria concepção de

[161] Ora, os indivíduos não conseguem mais se inter-relacionarem sem a mediação dos recursos virtuais. Percebe-se, na educação das crianças, que estas crescem distantes das relações sociais diretas, mas concentradas nos aparelhos tecnológicos, como ipads, ihones, jogos virtuais. O contato humano de um ser humano perante o outro está cada vez mais estranhado.

cidadão enquanto indivíduo respeitador das relações burguesas assimétricas deve ser revisto neste âmbito.

Não se pode considerar que a pequena criminalidade patrimonial, a qual oculta toda a configuração da sociedade, seja o rompimento do dever de cooperação com o outro. Se assim for considerada, legitima-se que o direito penal deve intervir à serviço do interesse privado, individual e não social. Por conseguinte, assume-se que este acaba por proteger as relações assimétricas e contraditórias, isto é, a própria realidade estranhada, a cooperação com a desigualdade.

Esta proteção do direito penal ao âmbito privado não pode ser aceita pela dogmática penal em respeito a sua função clássica: a limitação da intervenção penal. Esta intervenção deve ser reduzida ao mínimo. Como a pequena criminalidade patrimonial é mais uma consequência da estrutura social de propriedade privada do que seu próprio questionamento, não se encontra o merecimento e a necessidade de pena, até mesmo porque pode ser tratada em outro âmbito jurídico, conforme o Direito Privado, que lida com estas violações de papeis (não proprietário e proprietário) resultantes da própria estrutura social e econômica. Não é tarefa do direito penal proteger interesses privados refletidos na propriedade privada violada.

O normativismo radical, ao resgatar a concepção hegeliana, considera a pena em seu lado negativo (como manifestação de um mal que é respondida com outra manifestação de um mal correspondente) e em seu lado positivo (utilização do autor para restabelecimento das relações jurídicas por ele perturbadas), assim, pode-se afirmar que a pequena criminalidade patrimonial (a qual atinge as relações de propriedade privada) e a afetação do patrimônio individualmente considerado não merecem intervenção do direito penal, pois o "mal" causado é individual, e não social. A intervenção do direito penal é apenas quando a conduta resulta em um dano social. A danosidade social (a negação do Direito) tem que ser de tal potencialidade que legitime a atuação do Direito Penal.

Além desta ponderação ao lado negativo da pena, esta também não o é merecida nem pelo preenchimento de seu lado positivo, pois aquele que lesiona a propriedade privada, apesar de perturbar as relações jurídicas que determinam o direito de propriedade, fora por esse mesmo direito excluído; assim não se pode ocultar a realidade social por detrás destas relações jurídicas, realidade que faz perceber que esta violação das relações jurídicas de propriedade privada deve ser resolvida no âmbito do direito privado também responsável pela manutenção da ordem social. Caso o afastamento do Direito Penal não seja compreendido, ao mínimo a não aplicação de pena privativa de liberdade deveria ser requisito obrigatório.

Percebe-se que a conciliação entre a filosofia política, a sociologia crítica e a dogmática penal pode levar à contribuições teóricas que limitem a intervenção penal em um contexto de expansão político-criminal. Este contexto é marcado, de forma nítida, pela problemática da insegurança e do medo ambos intensificados pelos meios de comunicação de massa em torno da criminalidade de rua, de cunho patrimonial, mesmo em um cenário de graves crimes de corrupção e criminalidade empresarial.

Tem-se, ainda, que realizar algumas considerações em relação à perspectiva da vítima. A preocupação encontra-se respaldo muito mais na questão da segurança do que na afetação do patrimônio propriamente dito. Questiona-se: o medo, a insegurança em torno dos crimes patrimoniais é suficiente para legitimar a atuação de políticas criminais repressivas e de uma maior intervenção do direito penal? Perante a fundamentação deste trabalho, acredita-se que não. Em primeiro lugar, o assunto sobre a "segurança" se relaciona muito mais com as políticas sociais, do que com as políticas criminais. Ora, se, em nossa realidade, observássemos uma menor desigualdade social e uma melhor efetivação dos direitos sociais garantidos pela ordem constitucional haveria um melhoramento do problema da insegurança pública.

O medo e a insegurança não podem legitimar a intervenção penal frente à pequena criminalidade penal sob pena de um desvirtuamento da própria teorização dogmática, além de se apresentarem critérios poderosos para discursos eleitoreiros populistas. O sentimento de insegurança social é encontrado no cenário global da sociedade 'de riscos', mas intensificado nos países em que as assimetrias sociais são elevadas. Este sentimento não pode ser analisado de forma separada da estrutura econômica periférica. O problema está muito além do que o direito penal pode alcançar em sua pretensão de solucioná-lo.

O setor dos crimes patrimoniais lida com o patrimônio e com a propriedade privada, e não com o problema social de insegurança. Pensar de outra forma seria utópico. Desse modo, a análise não pode ser ampliada aos problemas sociais em torno da criminalidade de rua, mas ser restrita ao problema das condutas que afetam à propriedade privada (núcleo mais puro dos crimes patrimoniais) e o patrimônio enquanto questionamento ou não da estrutura social. O argumento de que o problema da lesão à propriedade privada deveria ser tratado por outro ramo jurídico, por não apresentar uma dimensão social, não pode ser rebatido com base em questões que ultrapassam a 'tutela penal da propriedade privada' e atingem a própria estrutura social a qual é responsável pelo sentimento de insegurança. Na análise restrita da intervenção jurídico-penal, se não se verifica uma *danosidade social* de tal monte, ou melhor, um potencial de questionamento e abalo da estrutura da sociedade não se pode ter o merecimento

de pena: logo, a afetação de uma dimensão individualista e privatista do patrimônio deveria ser tratada no âmbito jurídico privado.

O problema do sentimento de insegurança, acentuado pela propaganda mididática em torno da criminalidade patrimonial, não pode ser utilizado para legitimar uma maior intervenção penal. Deve ser tratado por meio de políticas públicas e sociais e não por meio da punição e maior criminalização das condutas que atingem a propriedade privada e o patrimôni. Caso assim o for acentua-se, ainda mais, a seletividade social em vez de uma real eficácia da norma penal àquilo que o discurso jurídico se propõe.

A perspectiva da teoria da prevenção aponta o direito penal enquanto instrumento de proteção dos interesses da sociedade. Até aqui se pode concordar, pois o Direito Penal não é instrumento de interesses privados, mas sim sociais. Diante deste pressuposto, a teoria da prevenção geral positiva estabelece que a pena deve melhorar as condições da convivência social em face da instabilidade gerada pelo delito. No campo patrimonial, frente aos injustos cujo significado seja a afetação da propriedade privada, não é a intervenção penal que irá melhorar as condições de convivência social em um contexto que já é instável e desigual devido à própria estrutura fundante da sociedade. Não é possível suprimir a instabilidade gerada pelo delito, pois ela é criada pelo próprio sistema social.

Ao contrário do pensamento dogmático de que o Direito Penal condiciona o reconhecimento recíproco entre os participantes da comunidade jurídica, oferecendo-lhes a estabilidade necessária,[162] no âmbito das condutas que atingem as relações de propriedade privada é inviável ao Direito Penal condicionar o reconhecimento recíproco entre os participantes de uma comunidade jurídica, porque este reconhecimento não existe. Não há reconhecimento, mas sim estranhamento entre os participantes das relações jurídicas no âmbito privatista e individualista do patrimônio. Mais uma vez, a própria configuração social não oferece estabilidade necessária. Tem-se que distinguir a própria linguagem em torno de 'interesses sociais' de 'interesses de classes': a estabilidade procurada é à nível social ou à nível de classes proprietárias?

Não há sentido à intervenção penal, neste campo, e se não há sentido não há legitimação: uma reação comunicativa inidônea é sem sentido, assim como inaceitável é a imposição de um mal sem sentido.[163] Ora bem, uma intervenção penal cujo objetivo seja reestabelecer a ordem jurídica abalada, defender os deveres de cooperação e solidariedade com o outro, é impossível de ser concretizado no âmbito das relações de propriedade privada,

---

[162] PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p.28.

[163] Ibid.

uma vez que o estranhamento é essencial, a não solidariedade e a não cooperação são consequências imediatas da própria estrutura social que divide proprietários e não proprietários. O Direito Penal não consegue proporcionar uma reação comunicativa no campo de interesses privados, da propriedade privada, do patrimônio *individualmente* considerado, e como não apresenta um sentido social, não é aceitável. Em suma, nos injustos cujo significado é de se atingir a propriedade privada não há desconsideração de um concreto dever de cooperação de um indivíduo em relação ao outro, pois a própria estrutura social não apresenta condições reais para que essa cooperação seja efetivada diante da base assimétrica e contraditória das relações de propriedade privada.

Para dar uma visão concreta do que está sendo tratado, pode-se afirmar que: Nos três julgados sobre furtos simples, citados neste trabalho do Supremo Tribunal Federal, pode-se confirmar que *um furto de um par de chinelos, um furto de dois sabonetes líquidos e um furto de quinze bombons* representam condutas de tal potencialidade e gravidade de se questionar a estrutura da sociedade e negar a totalidade do ordenamento jurídico existente? Não se verifica este preenchimento material do injusto, qual seja: a *danosidade social*. São condutas que retratam consequências da estrutural social e não seu questionamento. Não se pode afirmar que um furto de quinze bombons é uma violação de dever de cooperação e solidariedade. Além do mais, verifica-se um prejuízo econômico mínimo no patrimônio dos estabelecimentos comerciais furtados, dificilmente configurando um dano patrimônio nem ao menos no âmbito individual.

Agora, se utilizarmos a ilustração de um caso em que há uma organização criminosa especialista em realizar furtos (simples) de obras de arte com elevado valor econômico pode-se encontrar um questionamento real da estrutura social, da totalidade do Direito: no caso exemplificado, a organização criminosa afirma o seu comportamento como prevalente ao Direito e a pena aparece como contradição ao *comportamento* (profissional) de tal organização. Neste caso, pode-se perceber também, em termos mais restritos, um elevador valor econômico em jogo que pode envolver o patrimônio de várias vítimas (de forma a incluir instituições públicas, como museus), atingindo-se uma dimensão estritamente social. Assim, poder-se-ia falar em merecimento de pena.

Aponta-se outro exemplo: organizações criminosas especializadas em furtar automóveis com o intuito de revender peças. Verifica-se um comércio ilegal, associando-se furtos e receptações, de forma que se a conduta for analisada enquanto injusto conjugado pode-se considerar uma comunicação de real negação da ordem legal estabelecida: o comportamento da organização criminosa vem afirmar que este é que deveria prevalecer sob a

norma penal. Estrutura-se um mercado paralelo ilegal à estrutura normativa do mercado. Afeta-se, de forma direta, os próprios jogos da organização econômica estabelecida. Não se pode comparar tal comportamento com aquele de furtar dois pacotes de bolachas (ainda que este fosse qualificado, com o rompimento de obstáculo, por exemplo). Observa-se a importância da diferenciação do significado das condutas. Ambos os exemplos citados enquadram-se na categoria normativa de furto simples. Ora, deslegitima-se a própria norma penal, pois são condutas cujas essências (cujo conteúdo comunicativo) são, nitidamente, distintas.

Como explica Jakobs, o delito é obra de uma pessoa a qual compete intervir em assuntos públicos, considera-se um delito *culpável* enquanto uma configuração de mundo que se pretender ser determinante. Dessa forma, nos casos de furto em que se perceba esta afirmação, por meio do delito, de um mundo que se pretende ser determinante perante a norma; pode-se, então, preencher também a categoria da culpabilidade. A intervenção penal deveria ser realizada apenas nestes casos extremos. Ao retirar do âmbito penal as condutas de pequena criminalidade patrimonial, no sentido trabalhado, ter-se-á, até mesmo, uma diminuição do excesso de processos judiciais.

Na perspectiva dogmática aqui apresentada o delito é concebido enquanto um fenômeno social: uma perturbação do ordenamento vigente da liberdade. Portanto, a dimensão social não pode ser ocultada. É diante desta concepção que as categorias da teoria do delito devem ser constituídas, a ponto de se refletir o sentido do comportamento do autor.[164]

Os conflitos jurídico-penalmente relevantes se referem às disputas entre pessoa no Direito e este conflito não se maneja como um universo jurídico abstrato e indeterminado, mas sim um espaço social concreto, em diversas formas normativas pré-estruturadas.[165] E, por isso mesmo, não se pode ignorar as relações sociais assimétricas que ocorrem no espaço social concreto ao se avaliar a intervenção do direito penal na pequena criminalidade patrimonial. Questiona-se:

> Cometer um delito significa afetar a obrigação contra a própria comunidade jurídica, a qual se manifesta pelo prejuízo à pretensão de cooperação com o outro. Assim, essa determinação conceitual imediatamente suscita o questionamento do conteúdo preciso dessa pretensão de cooperação, qual contribuição informa para a percepção da integridade alheia do cidadão na situação do autor: sob que fundamento pode em absoluto um cidadão ser constrangido pela regulação de seu comportamento em vista do respeito à integridade dos interesses de outra pessoa, e em que medida esta responsabilidade é suficiente?[166]

---

[164] PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 34.
[165] Ibid., p. 29.
[166] Ibid., p. 35.

A teoria da imputação objetiva é um dos meios de limitar a punibilidade e sua fundamentação. Entretanto, o que se pretende demonstrar, neste trabalho, é que não é apenas no âmbito da atribuição/imputação que se pode conseguir uma limitação a esta fundamentação, mas principalmente no campo da totalidade do injusto considerando-se, por conseguinte, a materialização da ilicitude no que se refere à *danosidade social* enquanto uma limitação.

Dessa forma, passar-se-á a expor alguns pontos importantes acerca do injusto e da culpabilidade no normativismo radical para, em seguida, demonstrar algumas contribuições no campo da imputação objetiva à limitação da intervenção penal na pequena criminalidade patrimonial.

3.2.6 Ponderações acerca do injusto e da culpabilidade no normativismo radical

Na concepção funcionalista de Jakobs, o conceito de injusto relaciona-se somente com a presunção de que existe uma expressão de sentido imperfeita.[167] Já o conceito de culpabilidade é responsável por separar o que é sentido e o que é natureza. Se não há culpabilidade trata-se de natureza: refere-se às consequências do ser humano como ser natural (necessidade absoluta), como ser emocional e não como participante na comunicação.[168]

No âmbito de uma perspectiva funcional-social, o Direito Penal só garante que se contradiga toda expressão de sentido (provada num procedimento próprio de um Estado de

---

[167] Para os causalistas, o injusto seria apenas uma conduta causal que lesiona um bem jurídico. No viés finalista, acresenta-se a este conceito o dolo. Com a imputação objetiva, a infração do padrão torna-se um pressuposto da presunção. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p.39.
No mesmo sentido, explica Frisch: Conceito tradicional: *"El delito como mala acción imputable, como menoscabo injusto y culpable de un bien jurídico o acto disvalioso.* 2. Compreensão do delito como um *"[...] suceso indeseado imputable fáctica y jurídicamente.* 3. Naturalismo/Positivismo Jurídico: *vinculação do conceito de delito com o "menoscado descrito típicamente de un bien jurídico protegido*. *4. El hecho punible se configura como el menoscabo de un bien jurídico descrito típicamente reconducible a un movimento corporal voluntario.* Acrescenta-se os requisitos jurídicos valorativos: *"[...] el suceso debe estar comprendido en un tipo penal; no deben concurrir causas de justificación, debe afirmarse la culpabilidad, entendida como la reprochabilidad del sucesso."* Com o finalismo, tem-se a *Teoría del injusto personal: "La esencia del injusto penal no debe ser vista tanto en el menoscabo efectivo del bien jurídico que tiene lugar, esto es, en el desvalor del resultado, como en el desvalor de la acción o de lacto."* FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 1-30, jul. 2014.

[168] JAKOBS, op. cit., p. 40.
Frisch explica que na concepção de delito ideal – comunicativo – o requisito da capacidade de culpabilidade tem na compreensão do delito como questionamento da vigência da norma uma função elementar: somente quando o autor é capaz de culpabilidade, ou seja, quando pode compreender o proibido de seu comportamento e motivar-se conforme esta compreensão, é que seu comportamento terá o significado de questionar a vigência da norma.[168]Por conseguinte, compreende-se que se o autor não apresenta tal capacidade de conhecer o correto e de comportar-se conforme a norma, sua conduta não pode ser considerada como um questionamento da vigência da norma, neste caso falta ao delito o sentido do ato expressivo que nega o Direito. FRISCH. op. cit. loc. cit.

Direito) a qual manifeste que a norma carece de validade.[169] Nos crimes contra a propriedade não há afirmação, pela conduta, de que a norma carece de validade, estes crimes não apresentam essa potencialidade. A sociedade vai continuar sendo identificada com uma de suas bases na propriedade privada, mesmo que esta seja atingida por condutas individualmente consideradas que afetam somente interesses privados, sem a configuração de uma danosidade social. A sociedade que se divide em proprietários e não proprietários se manterá mesmo com a infração dessas normas.

Uma expressão de sentido cujo conteúdo é imperfeito é uma expressão de sentido que implica responsabilidade.[170] Ora, o conteúdo da expressão de sentido em um comportamento que ataca a propriedade privada é imperfeito por causa da própria sociedade, deveria implicar responsabilidade no setor jurídico privado. Detalha-se que:

> O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto autor quanto vítima e juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização dos sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que assim o é. O conceito funcional de culpabilidade é descritivo na medida em que a sociedade se encontre determinada. Essa descrição neutra, essa exclusão de utopia, é o mais chocante na prática de toda a teoria funcional.[171]

Michael Pawlik em seu texto "*O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em Direito Penal",* aponta a visão originária de Liszt para o qual o injusto devia ser compreendido de forma objetiva: "[...] como um comportamento de livre arbítrio realizado pelo autor no mundo exterior, que viria a conduzir um comando ou uma proibição do ordenamento jurídico."[172] Na antijuridicidade analisava-se o desvalor da conduta e na categoria da culpabilidade o desvalor do autor. Dessa forma, a culpabilidade compreenderia a relação subjetiva entre a conduta e o autor.

---

169 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 40.
Uma vez afirmada a existência do injusto (pois quando não ocorre o injusto, pode ser que se trate de uma expressão de sentido irrepreensível), a falta de culpabilidade transforma o sentido comunicativo relevante em algo somente individual, e não ao mundo exterior à comunicação [...]. Do ponto de vista do Direito Penal, tão somente existe a expectativa de que não haja culpabilidade. Expectativa suficiente ao Direito ou que só existe um dever de prestar uma fidelidade suficiente ao Direito. Ibid., p. 42, 44.
Esperar fidelidade de um não proprietário ao direito é esperar que ele se comporte enquanto não proprietário. "Com a medida da culpabilidade não se mede um sujeito, mas apenas uma pessoa, aquela cujo papel consiste em respeitar o direito." A conduta carente de sentido quando não adquire o significado de personalidade, igualdade e competência.

170 Ibid., p.45.

171 Ibid.

172 PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 89.

Todavia, Pawlik ressalta que este pilar da teoria de Liszt desmoronou com o conceito normativo de culpabilidade para o qual não se tratava mais da relação subjetiva entre autor e fato, mas de como esta relação deveria ter sido configurada. O juízo sobre a culpabilidade passou por uma objetivação, isto é, considera-se reprovável o autor cuja "[...] conformação da vontade e atuação segundo essa vontade não corresponda com a conformação da vontade e atuação segundo dita vontade prevista na norma."[173]

No que se refere ao posicionamento de Welzel o injusto não está adstrito na causação de um resultado desencadeada materialmente pela pessoa do autor, mas sim na ação antijurídica, isto é, somente como obra de um autor determinado.[174] Dessa forma, seria a ilicitude que demonstra uma conexão com o autor, e não a culpabilidade. Nesta perspectiva, há um desdobramento dos critérios de valoração. Explica Pawlik que o *dever ser* conduziria a interpretação do comportamento do acusado e é determinado, em primeiro lugar, no âmbito do injusto. No campo da culpabilidade estaria o poder concreto sob a ação, ou seja, é na culpabilidade que deveria ser verificado o poder concreto do autor em atuar conforme o Direito. Na ilicitude, o foco deveria ser o juízo de desvalor da ação: não se leva em conta as possibilidades concretas de agir conforme o Direito.

Pawlik ressalta que, nesta perspectiva de Welzel, o injusto configura-se no momento em que o autor se comporta de forma distinta à exigida pelo ordenamento jurídico. Todavia, não haveria culpabilidade caso não lhe era possível, no momento da realização da conduta, cumprir com as exigências do Direito. Acrescenta-se que o injusto compreenderia a capacidade do homem de escolher suas ações. Na culpabilidade o que deveria ser ressaltado seria a conformação da vontade do autor. Destaca-se que o conceito de ação continua, ainda, reduzido a um âmbito naturalístico.

O sentido da ação estaria em uma tomada de posição perante o ordenamento jurídico, o que engloba uma decisão "livre e responsável" sobre a obediência às normas. Assegurar-se-ia, assim, a vigência dos valores de comportamento por meio da ameaça penal frente àquele que age de forma contrária aos valores fundamentais colocados pelo Direito. Ao se decidir pela não adequação a uma norma, já se pressuporia que o agente tem o entendimento do conteúdo do *sentido normativo* da norma. Aponta-se que um conceito de ação e de injusto que não reflete esta capacidade é inadequado à proposição de Welzel ao Direito Penal.[175]

---

[173] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 89.

[174] Ibid.

[175] Ibid., p.90.

Diante destas considerações, Pawlik salienta a urgência que a moderna ciência do Direito Penal tem em elaborar uma nova configuração da diferenciação entre injusto e culpabilidade assumida pelo sistema de Liszt. A preocupação gira em torno das ponderações teóricas que realizam o juízo sobre a antijuridicidade conectado ao rol valorativo da norma, e o juízo sobre a culpabilidade conectado à função de motivar conforme o prescrito no comportamento dos sujeitos de direito.[176] Exemplo desta diferenciação entre a valoração referida ao injusto e à norma de determinação referida à culpabilidade seria o pensamento de Mezger exposto no segundo capítulo deste trabalho.

Pois bem, de acordo com a perspectiva de Pawlik, é problemático considerar o conteúdo do juízo de injusto independente do juízo de culpabilidade por meio da explicação da diferenciação entre normas de valoração (rol valorativo da norma) e normas de determinação (função de motivar conforme o prescrito no comportamento dos sujeitos de direito), pois o conteúdo destas normas pode ser o mesmo, apenas com uma roupagem distinta.[177]

Há outras concepções sobre a compreensão do injusto que partem da perspectiva da vítima. Todavia, antes de expô-las, já se alerta que para os objetivos deste trabalho estas concepções não são interessantes, pois procuram-se ponderações dogmáticas que possam *limitar* ao máximo a intervenção penal no âmbito dos injustos que atingem o patrimônio e a propriedade privada.

A concepção de Ihering já demonstrava a tendência de separação entre injusto e culpabilidade. O injusto é compreendido como a situação que se opõe ao pleno exercício do direito do qual a *vítima* é titular. Desse modo, o injusto seria o desvalor do resultado. Um fato seria considerado injusto diante da apreensão de que o mesmo não deveria ser suportado por quem se veja afetado. Acrescenta-se, nesta perspectiva: "[...] a habitual contraposição injusto como desvalor do comportamento e injusto como desvalor do resultado não tem nada que ver com a essência do problema."[178] Questiona-se, então, em que ponto deveria ser realizado o juízo de desvalor para se configurar o injusto: sob a conduta, sob o autor, sob a vítima?

---

[176] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 90.
Modelo de Kindhäuser: "o distanciamento da categoria valorativa do injusto frente à culpabilidade é algo que se pressupõe e que vem sendo elaborado desde um ponto de vista terminológico, mas que, do contrário, não recebeu fundamentação *ex profeso*. O mesmo acontece no que diz respeito à diferenciação entre função valorativa e determinante das normas."

[177] Ibid., p.93.

[178] Ibid.
Um proprietário pode fazer valer seus direitos não apenas aqueles a que se reprova por haver realizado uma ofensa jurídica consciente e culpável (ladrões), mas também em relação aqueles cuja pessoa simplesmente concorre uma circunstancia materialmente contrária ao direito, assim, por exemplo, sucede em relação ao possuidor de boa-fé de uma coisa pertencente ao demandante.

Nesta mesma linha de pensamento, Edmund Mezger constrói a distinção entre injusto e culpabilidade com base na teoria de Ihering. Assim, escolhe o ponto de vista da vontade da vítima. O desvalor do resultado, portanto, relaciona-se com a alteração de um estado aprovado pelo Direito.[179]

Torna-se problemática a interpretação de Mezger quando é colocado como ponto central do Direito Penal o lesionado e seus interesses. Como fora dito acima, esta perspectiva não pode ser adotada para os fins deste trabalho; pois, como bem lembra Pawlik, redundar a finalidade das leis penais na proteção de interesses humanos mediante a prevenção de seu ataque por parte de ações humanas (proteção aos bens jurídicos), acaba por prejudicar a própria concepção de culpabilidade, a qual fica "[...] extramuros da determinação da finalidade do direito penal e da doutrina do injusto a ela correspondente."[180] Além do mais, a referência à vítima pode ser adequada ao âmbito civil, mas não ao penal.

Expõe-se, em contraposição a estas concepções, o pensamento de Merkel o qual tentou suprimir a diferenciação entre injusto civil e injusto penal com base na teoria hegeliana. Com referência à Hegel, a vontade geral é objetivada no Direito e o injusto é a negação deste Direito, atingindo a própria vontade geral. Neste sentido, Merkel atribui a imputabilidade no âmbito do injusto, pois somente aquele a quem o Direito reconheça a capacidade de imputabilidade pode agir de forma contrária aos comandos normativos.[181] Explica-se que

> O que estampa um comportamento humano como injusto não é a idoneidade fática para lesionar o objeto de bens jurídicos, senão seu conteúdo especificamente comunicativo – a negação. O objeto a que se refere a negação externalizada pelo autor é a vontade geral plasmada no direito, o qual exige, em primeiro plano, o respeito à vontade geral.[182]

---

[179] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 95.
"É incompatível esta perspectiva de Mezger/Ihering com o conceito de injusto pessoal de Welzel. O injusto pode ser determinado ou baseado na posiçãojurídica da vítima, ou, como fez o conceito pessoal de injusto, a partir da infração de um dever do autor, o que não se pode é compatibilizar as duas perspectivas [...]. Stratenwerth, discípulo de Mezger: Injusto e culpabilidade refletiriam duas perspectivas de valoração diferentes: a perspectiva do autor seria apenas relevante para a análise da culpabilidade, na qual se pergunta se esse autor poderia haver evitado a ação incriminada e se, portanto, essa seria reprovável. Pelo contrário, na análise do injusto se consideraria o interesse da vítima à incolumidade do estado de seus bens jurídicos. A perspectiva de quem foi atacado atribui um peso à antijuridicidade. Pawlik comenta que não há correspondência alguma da teoria de Ihering com o sistema dos direitos de defesa no direito penal. Por exemplo, a legítima defesa não pressupõe que o agressor tenha realizado um ato típico. A análise se Ihering ao ser transplantada ao direito penal, reduz a problemática à dimensão interpessoal entre autor e vítima. No direito civil parece ser adequado, mas no direito penal não."

[180] Ibid., p. 97.

[181] Ibid., p. 98.
Como lesiva ao direito apenas e exclusivamente pode ser caracterizada uma atividade se a mesma é uma atividade capaz de imputabilidade.

[182] Ibid., p. 98.

Algumas variações da teoria de Merkel devem ser comentadas. Pawlik apresenta a diferença entre a perspectiva de Thon e de Binding acerca do Injusto. O primeiro seguiu na linha de Merkel segundo a qual o Direito seria uma soma de mandatos e proibições os quais se voltam à vontade dos submetidos ao Direito. Desse modo, seria necessária a *uniformidade do injusto*. Uma peculiaridade apontada sobre a tese de Thon é a de que também os inimputáveis são incluídos no Direito sendo titulares de direitos e deveres jurídicos. Assim, infrações à norma não culpáveis são, "[...] não apenas possíveis, como também o injusto ascende à categoria geral da teoria das normas [...] a pena não deveria ser imposta por motivos de justiça no suposto de infração não culpáveis da norma."[183]

Em contraposição, tem-se a perspectiva de Binding para o qual a compreensão de Merkel sobre o injusto deveria ser mantida, ou seja, o injusto teria o sentido de uma desobediência contra o Direito, mas somente quando realizado por pessoas imputáveis. Dessa forma, Binding acaba por abandonar a tese de Merkel sobre a uniformidade do injusto.[184] Nos dizeres de Pawlik, para Binding, o injusto consiste na qualidade formal de contradizer o Direito subjetivo: "[...] o conteúdo e o alcance da ilicitude determinam-se de acordo com o conteúdo e alcance do direito subjetivo em questão."[185] Trabalha-se, neste pensamento, com a perspectiva de que o direito que fora negado é o direito à obediência ao Estado. Portanto, o injusto que teria o *merecimento de pena* é aquele que possui *qualidade comunicativa de negar o Direito* e afetar a *vontade geral* posta no ordenamento. A desobediência à lei pode ser configurada apenas de forma culpável. Assim sendo, Binding acredita que "[...] pensar que é possível um injusto sem culpabilidade no âmbito do direito penal significa, portanto, desconhecer a tarefa específica desse âmbito e os pressupostos legitimadores da pena."[186]

Pawlik aponta algumas situações nas quais esta distinção tornar-se-ia necessária como nos casos de medidas de segurança de melhoria e asseguramento. Entretanto, assevera-se que o próprio fato antijurídico realizado por um inimputável já apresentaria indícios de periculosidade, erro de proibição[187] e participação delitiva. Ressalta-se que:

---

183 Todavia, Pawlik demonstra que a teoria de Thon acaba por resultar em contrariedades ao afirmar que as normas valem para os incapazes assim como para os capazes. PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 100.

184 Ibid.

185 Ibid.

186 Ibid.

187 Para ocorrer um erro sobre a norma de comportamento é necessário saber o conteúdo da norma: o que deve ser levado em consideração para Pawlik, é o dever geral de cidadão de cooperar com a manutenção da ordem existente de liberdade. Acrescenta-se, ainda, que os limites da solidariedade jurídica não podem ser subordinados à competência interpretativa individual Ibid.

> O fato de superar uma categoria geral consistente em um injusto independente da culpabilidade de modo algum traz consigo uma diminuição ao adotar uma solução diferenciada dessa problemática [...]. A renuncia a essa categoria agudiza a visão em relação às diferenças sistemáticas entre as instituições jurídicas que estão em jogo e possibilita com isso um tratamento mais adequado das questões materiais concretas.[188]

Como bem pondera Pawlik, e que nos interessa aos fins deste trabalho, a existência de um injusto merecedor de pena depende de que o *autor seja indiferente a um momento concreto da existência da liberdade alheia*.[189] O autor deve tomar uma posição, rechaçando as exigências de colaboração com a comunidade jurídica. Nesta perspectiva, então, o ponto central do Direito Penal estaria no autor não disposto a cumprir os deveres de colaboração com seu papel de cidadão, de acordo uma ordem jurídica dada. Afirma-se que o comportamento merecedor de pena é aquele que configura um injusto do cidadão. Assevera-se que no momento em que se afirma o conceito de delito como contradição do autor com a vontade geral não há a possibilidade de se considerar um injusto totalmente independente da culpabilidade. Tem-se que:

> Um comportamento segundo o qual o conteúdo comunicativo não possua significado de negação do direito como ordem reguladora do comportamento, não pode segundo um juízo racional afetar a base de confiança. Tal comportamento não é mais antijurídico, mesmo que culpável: é jurídico-penalmente irrelevante.[190]

Pois bem, um comportamento cujo conteúdo comunicativo não significa a negação do Direito não é antijurídico, nem culpável, não apresenta merecimento de pena, pois é irrelevante ao juízo penal. E esta avaliação não deve ser realizada apenas no âmbito da culpabilidade, ou melhor, no campo da imputabilidade, mas sim na totalidade do injusto. O que se pretende estabelecer é que se deve compreender se o comportamento do autor foi idôneo para questionar as estruturas de expectativas vigentes, não somente na análise dos critérios de inevitabilidade ou exigibilidade de conduta diversa; mas no âmbito do próprio injusto penal.

Assim sendo, frente aos injustos cujo significado é de afetação ao direito de propriedade privada algumas ponderações merecem ser salientas. Em um primeiro momento, pode-se entender que a afetação ao direito de propriedade significa que o autor não cumpre com seus deveres de colaboração no que se refere ao seu papel de cidadão adstrito à realidade de não proprietário, pois como ficou explicitado no primeiro capítulo, o autor dos crimes que afetam

---

[188] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 106.

[189] Ibid.

[190] Ibid.

o direito de propriedade sempre estará fora do papel de proprietário. Todavia, a análise não pode pura e simplesmente se ater a este primeiro degrau, pois precisa-se verificar quais as condições reais e concretas do autor em poder cumprir com seus deveres de colaboração enquanto não proprietário.

Diante da realidade social não se pode olvidar que estas condições concretas não são plenas nem estáveis, pois estão inseridas em uma estrutura social fundada em assimetrias e contradições. Estas relações assimétricas e contraditórias no interior da estrutura social são refletidas na configuração do Direito Penal, e não podem ser ignoradas pela dogmática penal. Neste sentido, se no âmbito do direito de propriedade o direito penal não tem a capacidade de solucionar ou ao menos resolver o problema a que se propõe (proteger o direito de propriedade) é porque não há como pela via penal lidar com problemas estruturais do sistema econômico. Estes problemas deveriam ser tratados em outro ramo jurídico, de cunho nitidamente econômico e não penal. Não pode haver merecimento de pena se as condições reais e concretas de liberdade não podem ser verificadas. De tal modo, a tomada de posição contra o direito de propriedade ou contra os deveres de colaboração e solidariedade perante a estrutura normativa da sociedade não pode ser considerada enquanto uma escolha livre, pois há determinações econômico-sociais por detrás. O autor que fere o direito de propriedade não resulta, com sua conduta, em uma comunicação de negação ao Direito, mas apenas com uma situação a qual faz parte da própria estrutura social, é consequência desta própria estrutura.

Em um segundo momento, também pode se afirmar que o injusto que atinge o direito de propriedade privada não pode ser compreendido enquanto um injusto penal pois resulta em um dano referente à interesses privados (dano individualmente considerado); assim, não há uma perspectiva social na conduta. Além do mais, a pequena criminalidade patrimonial oriunda de uma motivação de cunho consumista como reflexo de uma sociedade pautada em bens e tecnologia, não tem o condão de abalar a ordem jurídica, nem de negá-la, é somente um reflexo da configuração social. Situações diversas seriam quando o injusto resulta em um dano social e que englobe outras motivações que não puramente patrimonial, tornando-o complexo por envolver diversos outros tipos de injustos: o injusto no campo patrimonial torna-se um injusto conjugado. Nestas situações, pode-se até falar em uma real negação de toda a ordem jurídica, um rechaço com a ordem imposta por meio da afirmação de um comportamento contrário ao sistema jurídico.

Ora, não nos parece que a pequena criminalidade patrimonial tem a potencialidade de questionar e negar as estruturas de expectativas vigentes. Por isso, a diferenciação de qual

injusto estar-se a falar é tão importante: um furto simples de objetos em lojas de departamento não apresenta esta potencialidade. Agora, condutas que consistem em um furto planejado a uma instituição financeira, por exemplo, podem resultar em dano social (atingir o patrimônio de várias pessoas) e configurar a potencialidade de questionar a estrutura normativa; pois, muitas vezes, condutas desse nível apresentam uma estrutura criminosa por detrás, além de evolverem outros crimes em torno da conduta de 'furto'. Têm-se, portanto, condutas distintas em torno da mesma norma penal, colocadas sob o mesmo tipo penal sendo que uma conduta não é antijurídica e a outra pode vir a ser.

Em suma, para a concepção de delito orientada à comunicação, deve-se verificar em um primeiro momento, a tomada de posição frente à exigência de cooperação com a comunidade jurídica. Ora bem, se o autor não tem condições reais e concretas de realizar esta escolha de forma livre frente à exigência de cooperação, a comunicação torna-se inidônea, não merecedora de pena. É o que ocorre, nitidamente, com os furtos em lojas de departamento, por exemplo.

Ainda de acordo com esta concepção, o injusto penal consiste na lesão de um dever de colaborar com a manutenção do ordenamento da liberdade estabelecida. Segundo Pawlik essa ordem existente manifesta-se nas possibilidades reais de outras pessoas concretas. "Por isso, a atitude do cidadão particular em relação às exigências da generalidade encontra sua manifestação no modo de atuação das expectativas de integração de outras pessoas que se veem afetadas em concreto pelo seu agir."[191]

Como já fora comentado, indaga-se até que ponto se pode falar, no campo das condutas contra a propriedade privada (como o furto), em um dever de colaborar com a manutenção do ordenamento da liberdade estabelecida se não há condições de liberdade real àqueles que não têm propriedade. Como fora explicitado, não só no primeiro capítulo com a demonstração do estranhamento e da propriedade privada, mas também na concepção de Hegel para o qual a propriedade é o meio pelo qual a liberdade se torna exteriorizada; o não proprietário, autor do injusto que afeta o direito de propriedade, tem de colaborar com uma situação na qual, pela própria estrutura da sociedade, ele é excluído, tornando-o um ser não livre? Não nos parece ser a melhor opção.

A ordem existente da liberdade manifesta-se nas possibilidades reais de outras pessoas concretas,[192] uma vez que não há estas possibilidades reais não há o que se falar de

---

[191] PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012. p. 106.

[192] Ibid.

merecimento de pena. E em um sentido mais amplo, estes injustos nem no âmbito penal deveriam estar inseridos. Seria mais condizente com a estrutura social e econômica, considerá-los enquanto injustos civis e preocupar-se na restituição do dano patrimonial à vítima. Até mesmo porque a atitude do indivíduo que fere o direito de propriedade e, assim, às exigências de generalidade e às expectativas de integração de outras pessoas, não prejudica esta integração porque, sociologicamente, no âmbito do direito de propriedade ela não existe. Não há condições para haver uma integração não assimétrica e não contraditória entre proprietário e não proprietário.

Pode-se afirmar que para uma concepção que está tão preocupada com as questões materiais concretas, não se pode analisar o injusto penal sem a devida ligação entre as reais condições de liberdade em uma dada sociedade, de economia dependente, e as condutas que atingem o direito de propriedade. Percebe-se, portanto, que os jogos dogmáticos da tendência normativista que se baseiam na concepção hegeliana propicia uma maior abertura à finalidade deste trabalho, qual seja: encontrar, pela própria utilização do pensamento dogmático, uma limitação à intervenção penal frente à criminalidade patrimonial leve.

Em específico sobre a categoria da culpabilidade, algumas ponderações fazem-se necessárias. Analisa-se a contraposição entre pessoa em Direito e não pessoa em Direito e seus reflexos na culpabilidade. Jakobs explica que uma pessoa somente é considerada enquanto pessoa em virtude de outra pessoa. A proibição de não respeitar se reduz à proibição de abandonar o rol de pessoa.[193] Neste ponto, remonta-se à Hegel no sentido da afirmação de que: *"Sé una persona y respeta a los demás como personas."*[194] *Assim, "[...]quien es persona, respeta a los demás, y quien respeta, es persona."*[195]

Nesta perspectiva, assevera-se que quem não é capaz de culpabilidade não toma parte na produção comum de sentido.[196] Se a categoria da culpabilidade não é preenchida, o comportamento carece de sentido de contradição à norma.[197] Verifica-se, portanto, uma unidade entre injusto e culpabilidade.

Este pensamento de Jakobs, com referência à Hegel, deve ser posto em análise perante as explicações de Karl Marx sobre o estranhamento da realidade, explicado no primeiro capítulo deste trabalho. Questiona-se: como se falar nesta referência à pessoa enquanto

---

[193] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 92.
[194] Ibid.
[195] Ibid.
[196] Ibid., p. 93.
Culpabilidade não se trata de subjetivação, mas sim de personalização especial.
[197] Ibid.

respeito a outras pessoas, em um cenário de estranhamento da realidade e do ser humano pelo próprio ser humano?

Aquelas pessoas que afetam um círculo de interesse privado[198] regido pela propriedade privada, sem configurar uma *danosidade social* expressiva e nem, ao menos, um dano econômico significativo; deixam de pertencem à categoria pessoa ao afetar o direito de propriedade no qual está exteriorizada a liberdade/individualidade do proprietário? O desrespeito às normas de proteção da propriedade privada leva a se indagar a respeito da consideração de uma pessoa enquanto pessoa? Ora, nos casos aqui salientados, digamos da pequena criminalidade patrimonial, não nos parece representar este nível de desrespeito, pois acaba por ser uma consequência da estrutura socioeconômica.

Jakobs assevera que a alegação de desconhecimento do Direito, no âmbito da análise da culpabilidade, tem que ser compatível com o desconhecimento do fundamento de sua vigência:[199] *"Quien muestra voluntad incondicional de seguimiento del Derecho, no produce con su comporamiento erroneo un contra-modelo de la sociedad. El fundamento de la vigencia del derecho no se ve afectado por tal comportamiento."*[200] No âmbito da pequena criminalidade patrimonial o que se tem que indagar é: E quem não tem condições concretas e reais para apresentar a vontade incondicional de seguir o Direito? Esta vontade incondicional tem que ser analisada perante a realidade de estranhamento que forma a essência da propriedade privada. Não se tem como falar em vontade incondicional de seguir o Direito em uma realidade assimétrica e contraditória.

No caso, por exemplo, em que o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do furto de um par de chinelos, como se pode cobrar uma vontade incondicional de seguimento do Direito sem se analisar as condições concretas, materiais e reais que o indivíduo tinha para realizar este seguimento? Por isso, a análise da motivação real que levou o agente à prática de determinada conduta proibida no campo patrimonial deve ser realizada de forma atenta à realidade social e econômica na qual o próprio Direito se insere.

Esta vontade incondicional de seguimento do Direito, portanto, não pode ser estabelecida de forma distante da configuração da sociedade. Ora bem, precisa-se verificar, na análise concreta sobre a conduta proibida no campo dos crimes patrimoniais, se esta conseguiu afetar o fundamento da vigência do Direito. Não parece que a pequena criminalidade patrimonial movida pela estrutura consumista da sociedade tem tal

---

198 JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
199 Ibid., p. 19.
200 Ibid.

potencialidade. Assim, a utilização do conteúdo de um conceito de culpabilidade funcional referido à vigência das normas e aos fundamentos de inexigibilidade deve estar em conexão com a análise sociológica sob a realidade social para que se possa transformar este jogo dogmático, no campo da culpabilidade, enquanto uma ferramenta de limitação do direito penal frente à pequena criminalidade.

Compreende-se que, na concepção aqui trabalhada a qual considera a pena como uma contradição ao sentido do delito, em um comportamento que não preenche a categoria da culpabilidade o injusto passa a não ter sentido, pois não apresenta a característica de contradição: se o injusto não possui o significado de contradizer o direito não pode ser contradito pela pena.[201] A identidade da sociedade é ratificada pela pena, assim, se o injusto não comunica um questionamento a esta identidade a pena perde o seu próprio sentido. O ato do autor deve alcançar um sentido relevante para a comunicação. Esta é a tese central para o conceito funcional de culpabilidade.[202]

Como as expectativas se dirigem às pessoas, aos portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel. Pode-se afirmar, então, que no campo dos crimes patrimoniais há a violação do papel dos não proprietários? Há violação de dever de respeitar a propriedade privada alheia mesmo nos contextos em que as pessoas não possuem condições concretas para seguir com este dever? Com a análise da diferenciação da motivação, no próprio injusto, já se consegue responder de forma negativa a tais questionamentos.

A culpabilidade está relacionada, então, com o papel geral de cidadão fiel ao Direito. Mas no campo da criminalidade patrimonial clássica esta afirmação não pode ser considerada enquanto uma verdade inquestionável, pois lida-se com um contexto de extremas desigualdades sociais, em que a fidelidade ao Direito se contrapõe à própria luta por reconhecimento daqueles que nada possuem. Para a concepção de Jakobs, portanto, injusto sem culpabilidade é impunível. Se não há injusto sem culpabilidade, a afirmação de que a diferenciação da motivação que levou o agente a contradizer o Direito pode ser realizada no plano do próprio injusto, em específico na categoria da ilicitude.

Tem-se, portanto, para os fins deste trabalho, que encaminhar os estudos na linha da teoria funcional que concebe a culpabilidade com base na medida das necessidades de prevenção da sociedade: culpabilidade enquanto um derivado da prevenção geral positiva de

---

[201] A garantia da vigência da norma se realiza por meio do sentido, e não da natureza. A perturbação da vigência da norma tampouco se realiza através da natureza, mas sim por meio do sentido. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004.p. 97.

[202] Id. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

estabilização normativa. Por conseguinte, o juízo de reprovação sob a motivação que o agente teve ao cometer o injusto que atinge a propriedade privada é um tanto quanto prejudicado no âmbito da prevenção geral positiva, pois decorre deste injusto um dano de cunho individual e não social.

A motivação poderia ser analisada, não somente na culpabilidade, mas no próprio âmbito do injusto diante da categoria da ilicitude e sua materialização. Se a motivação não retrata uma *danosidade social* no sentido de ter a potencialidade e a gravidade de negar toda a ordem jurídica, não se poderia confirmar o preenchimento do conteúdo material deste injusto. Agora, a motivação para o delito que resultar em um dano social, como a afetação do patrimônio de várias pessoas individuais ou coletivas, ou melhor, a motivação que realmente negue o direito e, em última instância, a estrutura social estabelecida; perante os jogos da dogmática-penal poderia apresentar um obstáculo à prevenção geral positiva, sendo merecedora de pena e, em sentido amplo, merecedora da intervenção penal para proteger à ordem do Direito e a estrutura/identidade do modelo social posto.

Em suma, pretende-se demonstrar que a análise da motivação deve estar vinculada à avaliação se esta motivação é mais uma consequência da estrutura social e econômica, isto é, se a conduta fora resultado de um determinismo social; ou se a conduta representa uma real negação da estrutural social estabelecida, um verdadeiro questionamento e contradição ao ordenamento jurídico vigente. Salienta-se que:

> [...] no caminho da pena pode-se dar como válido apenas esse tipo de injusto, o qual, a seu modo, no lugar de mera afetação de um interesse de liberdades individuais, é concebido como ofensa a um ordenamento existente juridicamente constituído da liberdade.[203]

Dessa forma, não se pode considerar enquanto um injusto patrimonial quando se tem apenas uma afetação de um interesse de liberdades individualmente consideradas. É merecedor de pena aquele injusto que lesiona o ordenamento que torna a liberdade institucionalizada. Se não se considera esta dimensão 'social' do injusto a intervenção penal não pode ser legitimada. Como restou comprovado, nitidamente no primeiro capítulo deste trabalho, a propriedade privada recebe uma valoração de cunho individual e não social, assim as condutas que a afeta não poderiam ser merecedoras de pena, pois não teriam a potencialidade e gravidade de abalar o ordenamento jurídico existente.

---

[203] PAWLIK, Michael. Teoria da Ciência do Direito Penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo, LiberArs, 2012. p. 26.

3.2.7 Crítica e complementação ao conceito de delito ideal, comunicativo ou expressivo

No que se refere, em primeiro lugar, às críticas pode-se citar alguns comentários de Claus Roxin.[204] Este constrói algumas críticas em torno da ideia que equipara o injusto com as necessidades sociais de prevenção geral[205], ao invés de se determinar a partir da constituição psíquica do autor. De acordo com a visão de Roxin:

> *El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo* ***contenido empíricamente aprehensible****, pues es una pura* ***adscripción****. Un hecho no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico.* ***Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena****. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real,* ***no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico***.[206]

Para Roxin, o empiricamente apreensível seria o concreto prejuízo da vítima a seu bem jurídico penalmente protegido, como a autodeterminação sexual, a propriedade. Nas palavras do autor: "*[...] cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en uma mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho Penal*."[207]

Todavia, não se pode compartilhar com tal crítica de Claus Roxin pois, muito ao contrário, a concepção de delito enquanto delito comunicativo não se separa da realidade social, mas sim a representa como ela é. Na concepção de Roxin, por detrás das valorações político-criminais com referência ao sistema constitucional, é que se verifica um apego aos conceitos abstratos da Constituição Federal os quais não são efetivados na prática social. Acreditar na ideologia destas referências valorativas que seria fechar os olhos ao que, realmente, ocorre no contexto social e econômico do Brasil.

Claus Roxin, em suas críticas, questiona: *"[...] por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento? Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara*."[208] Acrescenta-se que a pena e sua "*[...] función*

---

[204] Claus Roxin aponta como seguidores da doutrina de Jakobs: LESCH para o qual "*El injusto penales la propia culpabilidad" y "la culpabilidad es el injusto penal". Y para PAWLIK, bajo el dominio de un concepto de delito, en el que en un primer plano se encuentra la contradicción por parte del autor de la voluntad general, no hay sitio alguno para um injusto no culpable como categoría general del delito*". ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 14, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

[205] "*En pocas palabras: la incapacidad de culpabilidad solo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventivo general que a ello se oponga.*" Ibid., p. 15.

[206] Jakobs ressalta que no plano empírico não é possível apreender o fenômeno da confirmação da identidade, pois esta não é uma consequência do processo, mas seu próprio significado. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. (grifo nosso).

[207] ROXIN. op. cit. p. 15.

[208] Ibid.

simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado."[209] Neste sentido, percebe-se que a fundamentação hegeliana da concepção de Jakobs é recebida no contexto dogmático com fortes resistências. Afirma-se que: *"[...] le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula*."[210] Algumas contradições no pensamento de Jakobs são observadas por Roxin:

> *La suposición de que a través de la mera adición merecida de "dolor penal" las normas conservan su "función de patrón de conductas" y los hechos delictivos pueden ser evitados, contradice el estado del conocimiento en la criminología. Si JAKOBS no considera que la resocialización, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, el aseguramiento y la intimidación conforman las genuínas funciones del Derecho penal, siguiendo con su ejemplo, no podrá salir a passear tranquilamente por el parque municipal. Y con ello, el Derecho penal no habría alcanzado su fin*.[211]

No que se refere, em específico, à identificação do injusto e da culpabilidade, Roxin expõe sua opinião segundo a qual, se houver esta equiparação, acaba-se por igualar questões materiais essencialmente diferentes. Explica-se:

> *Una cosa es que un comportamiento esté prohibido bajo pena como lesión de un bien jurídico y otra muy distinta que la infracción de esa prohibición esté castigada con pena en todos los casos. La prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse conforme a Derecho y por esa razón debe separase de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento. Por lo tanto, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente. El Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello. La tesis según la cual no existe un injusto no culpable contraviene además de múltiples formas la ley*.[212]

Percebe-se, portanto, a posição contrária de Roxin à tese de unidade entre injusto e culpabilidade, pois segundo este autor *"[...] la tesis de que no existe un injusto no culpable, por el contrario, no aporta ventaja práctica alguna y destruye la claridad lograda por el legislador a través de la expresa separación entre injusto y culpabilidad*."[213]

---

[209] ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 16, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

[210] Ibid., p. 17.

[211] Complementa-se: *"[...] todo, se trata del aseguramiento cognitivo y de garantizar a través del Derecho penal una vida libre de peligros en sociedad, resulta que la tarea última del Derecho penal es precisamente la que según su opinión no debería ser, esto es, la protección de bienes jurídicos*." Ibid., p. 18.

[212] Ibid.

[213] Ibid.

Wolfgang Frisch também expõe, em seu texto "*Pena, delito y sistema de delito en transformación"*[214]*,* algumas objeções que são apresentadas perante a concepção do delito enquanto delito comunicativo. Para apresentar estas objeções, Frisch desenvolve um breve estudo sobre a evolução de tal pensamento. Esta evolução será relembrada, neste momento, somente com o objetivo de se compreender a conclusão do pensamento de Frisch.

O paralelismo estabelecido da teoria do conceito de delito comunicativo com o pensamento de Hegel é enquadrado, segundo Frisch, por muitos, como defensor da Teoria Absoluta da pena, e isso, já seria motivo suficiente para rechaçar uma compreensão de delito que remonta ao pensamento hegeliano.[215] Além do mais, a concepção ideal, comunicativa ou expressiva do delito é criticada no sentido de reduzir o delito e a pena a um processo comunicativo entre autor do delito e Estado. Seria uma teoria "excessivamente unidimensional", que ignoraria os aspectos da realidade social do delito. Estas concepções também recebem a objeção de que ignoram o sofrimento da vítima.[216]

Frisch assevera que é preciso conhecer a transformação do conceito de delito para encontrar as respostas às questões materiais. A questão seria: se a enfatização do aspecto ideal do delito merece ser "auspiciada", saber o que aporta uma compreensão do delito deste tipo e em que medida precisa ser complementada a partir da concepção do delito tradicional e suas categorias.[217]

Salienta-se a preocupação com a correspondência recíproca entre os conceitos de delito e teoria da pena. Dessa forma, pondera-se que a teoria absoluta e a teoria relativa da pena são teorias 'mortas', até mesmo porque não coadunam com o modelo de Estado de Direito que prevê uma carta constitucional de direitos fundamentais. Ressalta-se que:

> *En un Estado que reconoce al individuo como portador de derechos fundamentales en los que solo puede injerirse cuando ello resulte indispensable para el mantenimiento de las funciones estatales, no queda ya espacio alguno para una teoría de la pena como ésta. Infligir a una persona sufrimento única y exclusivamente para que con ello sufra queda extramuros de las funciones estatales legítimas. El infligir un sufirmento como el descrito constituiría una exigencia de la justicia en atención al hecho cometido*.[218]

---

[214] FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 1-30, jul. 2014.

[215] Ibid.

[216] "*Sería relevante para la medición de la pena y para el otorgamiento de derechos en el marco del proceso a la víctima*." Ibid., p. 7.
Ao contrário de tais objeções, o que se propõe neste capítulo é que é exatamente a concepção hegeliana e a construção de conceitos jurídico-penais concretos que permite uma aproximação à realidade social.

[217] Ibid.

[218] "*Únicamente cuando la imposición del sufrimiento se muestra como indefectible por otras razones susceptobles de legitimación entra en consideración la posibilidad de legitimar la pena*." Ibid. p.8-9.

Não é apenas perante a teoria absoluta que Frisch demonstra uma problemática. Esta também é considerada frente à concepção em virtude da qual a pena serviria para a compensação da culpabilidade: seria inadmissível.[219] Neste sentido, o fim da pena não poderia estar somente na compensação da culpabilidade *per si*, mas deveria alcançar o sentido de necessidade de prevenção. Por conseguinte, ao rechaçar tanto a teoria relativa quanto a absoluta, Frisch alerta que se reduz o círculo de teorias adequadas ao modelo de Estado que garante direitos fundamentais.

Para as concepções que não concordam com a teoria da retribuição e se opõem à metafísica da compensação da culpabilidade, a necessidade da pena não estaria relacionada à proteção da comunidade frente ao autor do delito nem à necessidade de intimidar tal autor; mas sim estaria relacionada ao próprio Direito e suas normas de comportamento as quais o autor do delito acaba por atingir: "*Se concibe como la necesidad de pena en aras de garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable*."[220] O que importaria para se analisar a necessidade da pena seria a defesa do ordenamento jurídico: *"[...] la realización de la conminación penal a través de la imosición de la pena es el medio para una confirmación de la norma así entendida y pone a las claras que tanto la norma como la conminación penal son efetivamente tomadas en serio*."[221] Trabalha-se, então, com a ideia de confirmação da vigência da norma a partir do exercício de fidelidade ao Direito ou do reforço à consciência jurídica da generalidade.[222] Todavia, o que Frisch pondera

---

[219] Apenas quando a compensação da culpabilidade for indispensável para os fins da prevenção é que poderia ser suscetível de legitimação.
"*Cómo puede y debe la pea compensar la culpa del autor, entendida ésta como el injusto provocado sobre los bienes ajenos de manera culpable. Una compensación de este tipo la puede llevar a cabo perfectamente el Derecho civil, o otro derecho reparatório, de modo que, así las cosas, el reproche al autor y la injerencia en sus derechos ínsita a la pena se tornarían absolutamente inapropriados*." FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 9, 11, jul. 2014.
No que se refere em específico à Teoria da Prevenção Especial: Se a pena depende desta, na ausência de necessidade preventiva especial, tem-se que renunciar a mesma. Entretanto, mesmo nestes casos é colocada em questão a vigência da norma de conduta, mesmo que o autor não irá cometer o mesmo delito novamente. Tem-se, então, que: "*Si no se quiere que ello acabe conduciendo a una erosión de la norma de comportamento infringida, su hecho no puede tolerarse sin reacción. La presencia o ausencia de necesidades preventivo especiales carece de trascedencia para la configuración del concepto de delito*." Tampouco se aceita a ideia de que a pena persegue intimidar a generalidade para que se aparte a comissão de delitos equiparáveis ao que se castiga. Kant já objetou esta tendência: "*Trataría al autor como un objeto al servicio de los fines de terceiros, concretamente, como un medio para conseguir un determinado estado psíquico en di dichos terceiros*." Neste sentido, a teoria da intimidação colocaria a pessoa em direito como se fosse uma coisa e com isso lesionaria sua dignidade enquanto portador de liberdades fundamentais e direitos humanos. Hoje, a teoria da intimidação também não teria razões jurídico-constitucionais. Adverte Frisch: "*En todo caso, adviértase que el hecho de que bajo ciertas circunstancias una intimidación general medida de forma adecuada, no pueda em última instancia encontrarse necesariamente muy lejos de aquella pena que en el caso concreto pueda mostrarse como legítima, pues la legitimación de la pena no depende em exclusiva del resultado al que llega, sino también de la fundamentación que sustenta el resultado alcanzado*."

[220] Ibid.

[221] Ibid., p. 11.

[222] Ibid., p.12.

é em que medida tal formulação expressa o fundamento e o fim da pena de uma maneira plausível?[223]

Em primeiro lugar, demonstra-se que a transformação do conceito de delito é uma adaptação aos efeitos das mudanças na teoria da pena. A concepção da pena como confirmação da vigência da norma, como defesa do caráter de não quebramento do ordenamento jurídico ou sua reafirmação, estabelece a seriedade da comunicação penal.[224] Apresenta-se, portanto, a necessidade de se definir o delito em compatibilidade com esta concepção da pena: "[...] o delito seria um questionamento da vigência da norma no caso concreto."[225] A compatibilidade entre a concepção de pena e de delito traz, portanto, a necessidade de novas considerações acerca do injusto:

> Esto implica asumir previamente que se divisa en el delito no solo un injusto fáctico-objetivo culpable frente a quien es considerado portador de un bien jurídico, sino también un ataque al Ordenamiento jurídico mismo o a la norma en custión, un menosprecio o desacato de la norma infringida.[226]

Apresenta-se, então, os questionamentos de Frisch a respeito da concepção aqui defendida enquanto fundamento dogmático para a limitação da intervenção punitiva frente à criminalidade patrimonial: 1. Se responder com uma pena ao menosprezo de uma norma penalmente garantida é ou não correto e susceptível de legitimação? 2. O delito pode efetivamente realizar um questionamento da vigência de uma norma? 3. Em caso afirmativo: Qual é a relação entre o conceito de delito comunicativo e o conceito fático-objetivo de delito? 4. O que é que o conceito comunicativo pode oferecer em melhores condições que o conceito fático-objetivo de delito?

Sobre a primeira questão, que se refere à legitimação da pena como resposta que confirma a vigência da norma perante o questionamento de sua validez pelo delito, Frisch remonta à Feuerbach para o qual a execução da pena mostrava a seriedade da ameaça penal. Observa-se como o pensamento de Feuerbach estava incompleto: Se a imposição de pena é legítima apenas porque nos casos de não ser imposta a ameaça se esvazia de conteúdo, o legislador poderia limitar-se a prever uma norma com uma determinada comunicação penal,

---

223 FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 1-30, jul. 2014.

224 Ibid., p.13.

225 Ibid.

226 A base das concepções comunicativas do delito está nas novas teorias da pena que recorrem ao indivíduo para eliminar ou impedir um dano à vigência da norma. Correspondência entre o conceito de delito que garante a capacidade de adaptação do delito à teoria da pena. Frisch expôs as construções do conceito de delito e da teoria da pena, e demonstrou a vinculação entre ambos, notadamente no que se refere as concepções que trabalham com o questionamento do direito e de sua vigência, por meio do delito. Ibid., p.14.

de modo que, nos casos em que fosse infringida, deveria impor-se a pena; pois, caso contrário, se revelaria a comunicação penal como vazia.[227]

De acordo com Frisch, a cominação legítima da pena deve observar duas condições ligadas ao princípio da proporcionalidade: 1. Proteção de bens de uma importância tal que o recurso à pena se mostre adequado para colocar em evidência a importância das normas que protegem tais bens: "*La pena no puede justificarse como un medio para evitar menoscabos en biens o intereses de menor relevancia.*"[228] 2. Quando a cominação da pena for necessária para garantir a observância da norma: Quando esta observância for possível de ser garantida pelos meios civis ou administrativos, não cabe legitimar o recurso à pena.[229] Esta necessidade de comunicação penal deveria ser demonstrada, de acordo com esta perspectiva, por meio de investigações empíricas.

Pois bem, com as transformações no conceito de delito e da pena, a legitimação desta começou a se relacionar com o conceito de delito enquanto questionamento da vigência da norma e de pena como confirmação da vigência da norma a custa do autor. Afirma-se a respeito da legitimação da pena frente à concepção de Frisch: *"[...] la imposición de la pena tras el hecho cometido es unicamente susceptible de legitimación en la medida en que se muestre necesaria para el mantenimiento de la vigencia de las normas infringidas que protegen los bienes jurídicos*."[230]

Sobre o segundo bloco de questionamentos, Frisch discute se a não reação privaria a norma penal de sua força preventiva incrementada através do reforço penal? A divergência em relação à norma de comportamento penal prevista no tipo penal representaria um menosprezo à ordem jurídica? No caso concreto foi colocada em dúvida a vigência da norma? Em que medida esta resulta ignorada?[231]

A imposição da pena, neste sentido, se mostra não somente como a confirmação daquilo que se ameaça. É a reação que é necessária para contradizer de maneira eficaz o delito praticado pelo autor: *"[...] para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal que, en caso contrario, amenazaría con producirse y seguir garantizando*

---

[227] FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 15, jul. 2014.

[228] A ameaça de pena seria possível quando se trata de "protección de biens importantes frente a menoscabos notables a través de la imposición de la vigencia de las correspondientes normas protectoras." Ibid., p. 16.

[229] Ibid.

[230] Ibid., p.15.

[231] "*La comunidad estatal no puede asumir sin pronunciarse en sentido alguno un menosprecio como este o um cuestionamiento de la vigencia del Ordenamiento jurídico penalmente garantizado, por lo menos, no con caráter general. Se assim o fosse, entraria em contradição com a própria cominação penal. Levaria a uma corrosão à norma de comportamento*." Ibid.

así el carácter vinculante de la norma de comportamento infringida."[232] Neste sentido, a pena seria justa frente ao autor e susceptível de legitimação, pois o autor recebe aquilo que já estava previsto. Agora, a problematização volta-se à medida que se estabelece para conjurar o perigo que o autor provocou, de maneira responsável, à vigência da norma.[233] Em resumo:

> *El castigo se muestra entonces como legítimo porque se recurre al autor unicamente para conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente él provoca a través de su cuestionamiento de la vigencia del Derecho, que aparece como necesario y adecuado y le había sido previamente anunciado.*[234]

No caso dos crimes patrimoniais puros tem-se que verificar se no caso concreto fora colocada em dúvida a vigência da norma e em que medida esta resulta ignorada. O castigo não pode ser legítimo se não houve tamanha potencialidade de abalar ou gerar um real perigo à norma, ou seja, se concretamente não fora capaz de questionar a vigência do Direito e com isso abalar o Ordenamento jurídico. Se a vigência da norma não fora colocada em dúvida, de forma concreta, retiram-se os requisitos da necessidade e da adequação que legitimariam a imposição da pena.

Neste sentido, percebe-se que Frisch tenta complementar a noção de delito como expressão de sentido no que se refere à *necessidade de conceber uma concretização*, um *conteúdo operativo ao conceito comunicativo de delito*. Salienta, ainda, que a observação de uma perspectiva social e, também, da vítima é importante para que se possa encontrar a medida para a pena. Desse modo, Frisch indaga se é necessário substituir o conceito tradicional de delito por uma nova concepção de delito como a comunicativa, e responde de forma afirmativa. A concepção de delito como expressão de sentido faz-se necessária no contexto da sociedade atual.

A partir daí, Frisch estabelece uma relação entre o desenvolvimento do conceito de delito ideal (comunicativo) e sua relação com o conceito de delito tradicional. A primeira semelhança seria: na categoria do tipo penal exige-se o cumprimento de determinadas condições especiais, tanto na concepção do delito ideal quanto na do delito tradicional.[235]

A preocupação reside em compreender a maior ou menor dimensão do questionamento da norma de comportamento típica infringida que se expressa no delito, e conferir uma pena

---

[232] FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 17, jul. 2014.

[233] Ibid.

[234] Ibid.

[235] Cita-se alguns exemplo: causas permissiva, para que uma infração à norma de comportamento a coloque em questionamento o autor deve saber, ou estar em uma situação que compreenda a norma e tenha a possibilidade de cumpri-la (não pode haver erro de proibição, por exemplo). Além do mais, em ambas concepções, não pode concorrer circunstâncias que se opõem à necessidade de pena ou que leve a negar a gravidade do questionamento da vigência da norma. Ibid., p. 19.

correspondente a esta dimensão[236]: *"Lo decisivo ahora es más bien su significado a la luz de un mayor cuestionamiento de la norma de comportamento típica que el autor há infringido.*"[237] Explica-se que:

> *[...] la relevancia del resultado acaecido y su dimensión para la medición de la pena es, a la luz de la relevancia para la dimensión del cuestionamiento de la vigencia de la norma de comportamento, evidentemente más difícil de fundamentar que desde la base de un concepto de delito que ve en el injusto y la culpabilidad los elementos cardinales de un hecho punible y con ello reconoce como parte del injusto de forma expresa el injusto de resultado.*[238]

Dessa forma, sustenta-se que as circunstâncias da medida da pena são semelhantes tanto na concepção tradicional de delito quanto na de delito ideal.[239]

> *Si la pena tiene como fin confirmar tras el hecho cometido la vigencia de la norma infringida y hacer visible su caráter inquebrantable, unicamente tiene sentido la imposición de la pena y por lo tanto solo está entonce justificada aquélla cuando se advierte en el delito lo siguiente: un cuestionamiento o menosprecio de la vigencia de la norma de la que el autor se já apartado a través de la comisión de um hecho punible, cuestionamiento qu es contradicho con el especial énfasis que caracteriza a la pena a través de su imposición, de manera que se eviten con ello en la mayor medida posible los daños a la norma subsistentes*.[240]

Assim sendo, Frisch complementa a ideia de delito enquanto expressão de sentido por meio dos requisitos jurídico-constitucionais na configuração do conceito de delito. Neste contexto, ressalta-se que a interferência do Estado nos direitos da pessoa somente pode se afirmar quando for necessária para a consecução dos fins estatais importantes: o recurso a pena é para confirmar a vigência da norma e a manutenção de sua força vinculante, mas este recurso deve estar sujeito à reserva da necessidade.[241] Por conseguinte, "[...] o conceito de delito deve conter um ponto de advertência ou uma categoria que garante a seleção de todos os pressupostos do conceito de delito frente à configuração expressa da vigência da norma por meio da pena."[242]

Com as complementações de Wolfgang Frisch à respeito do conceito de delito enquanto expressão de sentido, o requisito da necessidade de refutação do questionamento como exigência para a legitimação do delito continua a se mostrar essencial. Cabe, então, indagar: Nos injustos cujo significado atinja a dimensão individualista de patrimônio sem ocasionar

---

236 FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 1-30, jul. 2014.
237 Ibid., p. 20.
238 Ibid.
239 Ibid.
240 Ibid., p. 22.
241 Ibid., p. 23.
242 Ibid.

um dano social, somente uma afetação no círculo de interesses privados e da proteção das relações de propriedade privada (como ocorre com o furto, mesmo que qualificado); e cuja motivação fora estritamente de cunho patrimonial (com o envolvimento da estrutura econômica) sem formar um complexo de motivações que envolva outros crimes de forma associada; representariam, portanto, condutas que preenchem o requisito da necessidade de refutação do questionamento como exigência para a legitimação do delito?

O indivíduo, em seu âmbito de auto-determinação, recebe influências dos padrões de consumo da atual sociedade capitalista. Remete-se o leitor para o primeiro capítulo deste trabalho, no qual fora discutida a questão de que para se encontrar a *essência do ser* necessita-se preencher a categoria de *sentido do "ter"*: o indivíduo é aquilo que tem (objetivação do ser humano). Com esta determinação econômica não se pode falar na formação livre da auto-determinação, o que resulta em reflexos na própria motivação do comportamento delitivo que deveria ser levada em conta na análise do injusto (notadamente em saber se esta motivação tem o condão de resultar em condutas com danosidade social).

O que se pretende questionar é: perante a estrutura econômica descrita na análise sociológica, o indivíduo possui um âmbito livre de auto-determinação que o faz escolher, mesmo sabendo do caráter proibido de seu comportamento, outro meio de agir que não o meio que configurará um injusto penal? Há condições concretas e sociais que permite que este indivíduo tenha liberdade de comportar-se de forma distinta do comportamento proibido para acompanhar os padrões consumistas da sociedade?

Há sentido na punição de comportamentos em que a liberdade de escolha do agir não é vista tão claramente? As condutas, relacionadas à pequena criminalidade patrimonial, têm o sentido de um ato que nega o Direito? O porquê o agente negou o Direito não interessaria? Esta motivação pode ajudar a medir a intensidade de questionamento da norma e a ulterior medida da punição, caso se entenda pertinente escolher o caminho do merecimento e da necessidade de pena. O questionamento que mais nos importa: Há necessidade de refutação do questionamento como exigência para a legitimação do delito?

O próprio Frisch, ao comentar sobre as causas de exclusão de punibilidade, apresenta a desistência voluntária enquanto falta de necessidade de refutação. Ora, supõe-se um caso no qual um indivíduo retira a liberdade de outro, temporariamente, com o fim de extorqui-lo. Entretanto, no caminho para o lugar no qual iria aprisionar a vítima, o agente desiste da extorsão e a liberta. Neste caso, a posição majoritária, no Brasil, iria afirmar que houve a configuração da extorsão mediante sequestro, pois a liberdade da vítima fora afetada, mesmo que seu patrimônio não o tenha sido.

Entendimento este equivocado. A conduta poderia configurar outro delito, com pena reduzida, no âmbito do constrangimento ilegal. Mas a configuração de um crime patrimonial como a extorsão não poderia ser admitida. Além do mais, a desistência voluntária, neste caso, demonstra a falta de necessidade de refutação do questionamento da norma de comportamento que se referia ao patrimônio. Como bem pondera Frisch, afirmar a falta de necessidade de pena perante as teorias tradicionais é dificultoso. Mas perante o conceito de delito ideal não o é. Por isso, a adoção desta concepção de delito para os fins deste trabalho tornou-se relevante.

Na realidade, perante a concepção ideal de delito, o que importa aqui não é a verificação da afetação à liberdade da vítima ou ao seu patrimônio; mas sim o questionamento da norma. No caso de desistência voluntária na extorsão mediante sequestro este questionamento não existe.[243] Apenas se pode condenar e punir o autor de um delito se este caracterizar o menosprezo ao Direito cuja contradição (ou seja, a pena) é necessária para manter a força vinculante da norma infringida. E é precisamente isto que falta, notadamente no âmbito da pequena criminalidade patrimonial.

Esta análise pode ser aplicada a todos os delitos configurados enquanto patrimoniais, não somente à pequena criminalidade. Salienta-se que este estudo também pode ser aplicado aos casos em que haja um complexo de motivações em torno do delito, ou seja: ainda nos casos em que uma organização criminosa desiste de forma voluntária a seguir com a prática da conduta, como no caso exemplificado, em que se liberta a vítima sem atingir seu patrimônio; mesmo diante de um complexo de motivações em torno na prática do delito, não se produziu o resultado de negar o Ordenamento jurídico, no caso, por exemplo, da extorsão mediante sequestro. Poderia configurar outro delito, mas não uma criminalidade patrimonial.

O mesmo pensamento pode ser transportado para a análise de extinção da punibilidade no caso em que nos furtos (mesmo que qualificados) ou roubos (simples) haja a reparação do dano à vítima. Ora bem, não há necessidade de refutação neste caso. O abalo da vigência da norma não se concretizou. É, nitidamente, compreensível a aplicação da extinção de punibilidade (a qual já é permitida no âmbito dos crimes tributários para os casos em que se há pagamento do tributo) para os crimes patrimoniais clássicos, mesmo que *pluriofensivos.* A comunicação da norma de não causar danos ao direito de propriedade não fora prejudicada, o risco não se concretizou no resultado. A extinção de punibilidade é perfeitamente possível.

---

[243] Até mesmo perante a doutrina tradicional, a conduta do agente impediu que se produzisse o resultado o qual poderia abalar a norma.

A contribuição e preocupação de Wolfgang Frisch sobre a medida do menosprezo ao Direito para se medir a pena é de suma importância para os fins deste trabalho, notadamente por tornar possível um paralelo com as concepções apresentadas no primeiro capítulo. Afirmou-se, frente ao marco teórico de Karl Marx adotado na análise sociológica, que se deve prestar atenção na *variável do conteúdo* que é violado pois esta variável é o *limite do próprio crime*.[244] A determinação de uma medida deste conteúdo violado é essencial para se determinar a medida do delito. Portanto, tem-se que compreender, concretamente, qual é a medida do menosprezo ao Direito para se medir a pena. Como bem aponta Frisch, se este menosprezo for mínimo, a refutação não se faz necessária.

Nos casos dos crimes patrimoniais em que as condutas foram motivadas pela estrutura consumista da sociedade econômica não se pode, por conseguinte, ignorar as situações motivacionais que levaram ao cometimento dos crimes patrimoniais na avaliação de qual é a medida que se debilita de forma relevante a vigência do Direito. Com a diferenciação das motivações, na análise dos casos concretos, pode-se compreender se a falta de questionamento real ao Direito significou ou não um abalo à vigência do Ordenamento jurídico em sua totalidade.

3.3 Teoria da Imputação em Günther Jakobs aplicável à criminalidade patrimonial

Partiu-se do pressuposto que o Direito penal tem como missão garantir a identidade da sociedade.[245] Assim, é com a utilização desta perspectiva que será proposta uma nova racionalidade dogmática no campo da criminalidade patrimonial, não se restringindo somente à pequena criminalidade, mas de forma a alcançar os outros delitos tidos como '*pluriofensivos*'(como o roubo simples, estelionato, extorsão, extorsão mediante sequestro), devido às arbitrariedades que se encontram na prática penal, o que resulta em uma necessidade de limitação à intervenção penal na totalidade deste setor.

Para se alcançar uma limitação da intervenção punitiva frente à criminalidade patrimonial, tem-se que considerar o significado, a comunicação, a expressão de sentido do

---

[244] MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015.

[245] "*La confirmación de la vigencia de la norma y el mantenimiento de la fuerza preventiva de la norma penalmente garantizada perseguida a través de la pena constituyem una atividad estatal orientada a un fin: el principio de necesidad. Las conductas que se muestran como un cuestionamiento de la norma de comportamento garantizada mediante la pena no constituyen sin embargo delito, cuando aquellos comportamentos en consideración al mantenimiento de la vigencia de la norma infringida no hacen por motivos reconocibles necesario ningún castigo*." JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 24.

delito. Como restou explicado, na concepção de Jakobs, é por meio do delito que o autor afirma que seu comportamento (isto é, a defraudação de uma expectativa normativa) se enquadra dentro dos comportamentos que são válidos em contraposição à relevância, perante a sociedade, da expectativa normativa em questão.[246] Mediante *"[...] la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamento defraudados no pertence, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta.*"[247] Neste sentido, através da pena se manteria o '*status quo'* contra a proposta de mudança contida na conduta do delinquente.[248] Portanto, a unidade dialética entre crime e pena representaria a continuação de determinada sociedade e a confirmação da fidelidade ao Direito.

A peça chave para a limitação da intervenção punitiva no âmbito da criminalidade patrimonial, ao se partir desta concepção aqui exposta, está na afirmação de que a *"[...] defraudación por su parte no ya de alguna expectativa privada, sino de una expectativa que todavia forma parte de la configuración social*."[249]

Não se pode negar que a propriedade privada faz parte da configuração social. Entretanto, a afetação nuclear da propriedade privada por meio da pequena criminalidade patrimonial apresenta um significado individual (expectativa privada). A comunicação não é de questionamento da ordem existente e a expressão de sentido do delito não abala as expetativas normativas da sociedade, pois tais condutas não possuem esta potencialidade e gravidade, são mais uma representação de problemas sociais estruturais.

Explica Jakobs que "*[...] la expectativa ante cuya defraudación se reacciona tiene que ser, con independência ya del Derecho penal, una expectativa social, pues de outra forma no armonizan sociedad y derecho penal*."[250] Para que haja esta "harmonização" da sociedade, em sua totalidade, com o direito penal, este não pode defender uma classe social (proprietários)

---

246 JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 75.

247 Ibid.

248 Ibid., p. 76.

249 "*No se trata de la identidad de un derecho penal que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la sociedad que há diferenciado el Derecho penal como sistema parcial*." Ibid.
Um ataque às normas que se referem ao "entorno" da sociedade não são consideradas um ataque à configuração social, pois as representações do autor se opõem às concepções científico-racionais do mundo. Assim, a comunicação do autor é irrelevante por representar um mundo irreal. Demonstra um mundo fático impossível de acordo com critérios racionais e com as ciências naturais. Comunicamente Ibid., p. 80.
Regras de "entorno" da sociedade não precisam de estabilização. Vigência inalterada. Configuram a sociedade de forma indireta. Regras diretamente da sociedade: são regras variáveis. Necessitam de estabilização frente aos ataques que estão sujeitas.

250 Ibid., p.77.
"*El derecho penal garantiza pues una determinada configuración social solamente, en tanto en cuanto la sociedad encaje bien con unas determinadas expectativas y éstas no le sean externamente superpuestas de forma que ambos no compaginen*."

para reprimir outra (não proprietários), sob o risco de se contradizer o próprio discurso jurídico-penal. A pequena criminalidade patrimonial ao atingir interesses privados, não alcança o abalo da expectativa social. Não se pode confirmar que o furto de quinze bombons tenha esta pontencialidade!

Ao inserir as condutas, que em suas essências, atingem interesses privados no âmbito penal um dos maiores problemas que se resulta é a legitimação da intervenção policial na resolução de crimes 'leves'. Ao se colocar o aparato policial militar, na realidade brasileira, para solucionar de forma repressiva tal setor de criminalização verifica-se um desvirtuamento da funcionalidade (declarada) do sistema penal como um todo.

Para o *normativismo* de Jakobs, o Direito Penal tem que corresponder à sociedade. Ora, em uma sociedade assimétrica como a brasileira e frente ao conceito de propriedade privada enquanto fruto da realidade estranhada, se o Direito Penal ignorar tal configuração social não há correspondência deste com a sociedade. Acrescenta-se que não são todas "[...] *las expectativas que determinan la configuración social se garantizan jurídicopenalmente.*"[251] Pois bem, pode-se utilizar deste próprio jogo de linguagem da dogmática penal para se afirmar que apesar da propriedade privada e as expectativas ao redor do direito de propriedade determinarem a configuração social não se pode ofuscar as modificações valorativas em torno do próprio objeto - propriedade privada - e os reflexos que a norma penal deveria acompanhar.

A propriedade privada divide o cenário do capitalismo global com outros importantes elementos (como o sistema financeiro de capitais e o sistema de crédito) que se apresentam vinculados às estratégias de valorização do capital global, mesmo que em detrimento de capitais individuais. Por conseguinte, a valoração sob a propriedade privada também deve ser realizada com vista à totalidade do sistema, e não somente aos aspectos individuais. Os injustos que afetam a propriedade devem ser compreendidos em um sentido global, e não na afetação de bens considerados de forma privatista, sem representarem um dano propriamente ao *sistema de capital global*.

Afinal, é este sistema que torna a sociedade uma sociedade *essencialmente* econômica. A preocupação do direito penal, para haver uma coerência com os jogos de linguagem do próprio discurso dogmático, deveria estar na manutenção da identidade, da estrutura normativa da totalidade do sistema social. As condutas que afetam o âmbito "micro" (campo privatista) podem muito bem ser resolvidas em outro ramo jurídico que não o penal, pois este

---

[251] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 77.

deveria se resguardar para as condutas que realmente apresentem um potencial de abalo na totalidade da estrutura social.

Se a racionalidade dogmática e o seu alcance na interpretação e aplicação das normas penais seguissem esta coerência[252] do próprio discurso jurídico-penal poder-se-ia limitar a intervenção penal frente aos crimes patrimoniais e, assim, impedir (mesmo que minimamente) que a dogmática continue se afirmando enquanto um instrumento de seletividade social. Se a missão do direito penal é garantir a identidade da sociedade, tem-se que perceber que os injustos no âmbito patrimonial que atingem a propriedade privada não têm a potencialidade de desestabilizar tal identidade pois são condutas oriundas desta própria identidade, e não seu questionamento.

Apresenta-se, na concepção de Jakobs, a tarefa de *"[...] procurar la disposición suficiente para observar la norma, esto es, de no poner en tela de juicio mediante sus hechos la posibilidad de otra sociedad*."[253] Entretanto, o que fazer se não há condições reais de se afirmar esta disposição de observar a norma e não colocar em juízo, por meio de condutas, a possibilidade de outra configuração social? É com esta observação que se tem que analisar, principalmente, a pequena criminalidade patrimonial. Explica-se que:

> *La protesta contra las normas sociales-directas es contradicha mediante da pena, lo cual significa, que se ratifica que las normas pertenecen a la configuración social que marca la pauta, y que el contra-modelo propuesto por el autor difunde una configuración que no marca la pauta y con un sentido normativamente imposible (si bien, fácticamente posible)*.[254]

A pequena criminalidade patrimonial não parece ser um protesto contra as normas sociais para ser contraposta pela pena. É faticamente e normativamente impossível que condutas que afetam a propriedade privada e que resultem em danos apenas no círculo de interesse privado consigam contrapor o modelo social imposto. Ora bem, torna-se improvável (nos casos aqui exemplificados da decisão de condenação pelo STF sobre os três casos de furtos simples) que um furto de um par de chinelos, um furto de quinze bombons e um furto de dois sabonetes líquidos tenham o significado e comunicação de abalar a estrutura social capitalista vigente. Não há tamanha potencialidade nestes tipos de condutas que marcam a realidade da pequena criminalidade patrimonial.

Ademais, tem-se que considerar que, muitas vezes, o furto ou roubo, por exemplo, de aparelhos eletrônicos (celulares, notebooks), ao invés de questionar e contrapor o modelo

---

[252] A incongruência das regras enunciadas se fundamenta na incongruência das instituições do direito penal. JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri: Manole, 2003.
[253] Id. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p.79.
[254] Ibid.

social estabelecido, parecem ser um acompanhamento (mesmo que de forma ilícita) dos padrões e exigências de consumo da estrutura social.

Em um sentido até mais amplo, ultrapassando o discurso comum da insignificância e a configuração do valor econômico atingido, pode-se até compreender que o furto, por exemplo, de um automóvel popular (sem se perceber a configuração de um injusto conjugado com outros crimes) seja para a vítima mais interessante reaver seu dano patrimonial do que o indivíduo receber uma pena privativa de liberdade (notadamente quando sua conduta configurar o tipo qualificado por ultrapassar fronteiras de Estado). Configura-se, apesar do elevado valor econômico em jogo, uma situação em que se prejudica, de forma evidente, a propriedade sobre determinado automóvel e que se verifica um dano patrimonial significativo à *vítima*, ao círculo privado desta. O problema seria melhor resolvido no âmbito privado de reparação de danos.[255]

Todavia, pensar o afastamento do direito penal nestes casos mais complexos do que o simples furto de quinze bombons, pode-se parecer um tanto quanto utópico na configuração atual. Ao se escolher pela manutenção no Direito Penal, a utilização dos critérios de merecimento e de necessidade de pena, ao lado da verificação da *danosidade social* da conduta concreta, deveriam ser obrigatórios no momento da aplicação da pena. Esta não deveria configurar pena privativa de liberdade, mas pena pecuniária com devolução do prejuízo patrimonial à vítima. Simplesmente conferir pena privativa de liberdade ao indivíduo não parece ser a melhor forma de seguir a coerência com a eficácia da norma penal de proteção à propriedade privada.

Além do mais, a análise que virá a seguir sobre a imputação, pela perspectiva de Jakobs, é relevante para se analisar o papel da vítima diante da criminalidade patrimonial leve. Entretanto, esta argumentação será desenvolvida mais adiante. No momento, cabe deixar muito bem esclarecido que a ferramenta de limitação da intervenção penal à criminalidade patrimonial está na averiguação do significado do injusto penal. O significado do injusto é sua posição no contexto social.[256] Bem estabelece Jakobs que: "*[...] Interpretación en un contexto social del comporamiento unido a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales antecipadas, se lleva a efecto en la dogmática moderna bajo el nombre de imputación objetiva.*"[257]

---

[255] Caso diverso seria, se o furto de um automóvel configura-se apenas como um meio para o cometimento de um complexo de outros tipos de delito.

[256] "*El significado de un comportamiento es su posición en el contexto social."* JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p.84.

[257] Ibid.

O significado do comportamento deve estar interligado à expressão de sentido de uma pessoa. Nos crimes patrimoniais que atingem apenas um círculo privado[258], cuja danosidade social seja escassa e a motivação do crime for estritamente ligada à estrutura socioeconômica, tem-se que analisar o significado do comportamento, perceber se a expressão de sentido da conduta é de fato negar a ordem do Direito, contrapor à identidade da sociedade e, em última instância, questionar a própria estrutura da sociedade. Os crimes patrimoniais puros salientados não parecem ter esta potencialidade, pois antes de serem comportamentos que possuem o significado de questionar a estrutura da sociedade, parecem mais serem a própria consequência desta estrutura. Dessa forma, não deveriam pertencem ao Direito Penal.

Já os injustos patrimoniais conjugados com o contrabando, com as organizações criminosas, por exemplo; podem apresentar, de forma mais nítida, este questionamento e contraposição tanto à ordem do Direito, quanto à identidade da sociedade e sua estrutura econômica. Se a sociedade é concebida enquanto sociedade essencialmente econômica, a afetação significativa de sua estrutura econômica (em sua totalidade) é o que mais importa para a verificação (e não danos individualmente considerados e sem significância para a totalidade do sistema). Estes comportamentos conjugados com outros delitos, portanto, apresentariam o conteúdo comunicativo que configuraria o delito patrimonial, com uma representativa danosidade social, se visto por este viés de questionamento da vigência da norma que delimita as esferas exteriores das pessoas.

O processo danoso de uma conduta está interligado à análise do comportamento incorreto de uma pessoa, do comportamento incorreto de um terceiro e de uma vítima. Estes três aspectos devem ser ponderados na análise da criminalidade patrimonial, não somente em relação às condutas tidas como insignificantes, mas na totalidade deste setor da criminalização. Os critérios de imputação devem ser muito bem rigorosos, neste contexto, por lidar com um setor propício à seletividade social. Ao lado destes critérios de imputação, o estudo do injusto em sua totalidade deve compreender a verificação de condutas que realmente apresentam o significado de serem produtoras de danos sociais.[259] Pois bem, passar-se-á a expor as ideias limitadoras da intervenção penal notadamente à pequena criminalidade patrimonial por meio da teoria da imputação de Jakobs.[260]

---

[258] Remete-se ao leitor ao tópico acerca das explicações sobre as relações negativas e positivas no sistema social.

[259] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p.85.

[260] Imputação objetiva: Risco permitido, Princípio da confiança, Atuação a próprio risco, Proibição de regresso.
No que se refere à imputação subjetiva, Jakobs já evidencia que: Subjetivação da imputação não é o conceito adequado para denominar os delitos, mas sim personalização. Imputação subjetiva se mostra sob uma consideração mais precisa como imputação pessoal-específica: se centra no cidadão fiel ao Direito como pessoa. Ibid., 97.

Defende-se que "[...] o ilícito de um comportamento não pode ser determinado somente levando em conta um indivíduo isolado e uma norma; mas sim a referência às pessoas, isto é, atendendo as regras específicas de uma socialidade."[261] Esta hipótese base se desdobra em três proposições: 1. *Igualdade das pessoas*: *"Todos pueden reclamar en relación a la liberdad de comporamiento tanto como todos los otros de igual manera reclamen cotidianamente;"*[262] trata-se, neste ponto, do risco permitido. Para que se tenha um comportamento ilícito, "*[...] éste debe hallarse, como mínimo, más allá del riesgo permitido.*"[263] 2. *Pessoas responsáveis*: Apresenta-se um mundo configurado responsavelmente: pode-se confiar em sua correta configuração. Trata-se, aqui, do princípio da confiança: o destinatário da confiança é a própria vítima.[264] 3. *Comunidade limitada*: "*[...] Si el outro se comporta incorrectamente, sólo se puede por tanto reconducir la responsabilidad al primero si esa comunidade también abarcada el comportamiento incorrecto*."[265] Trata-se da proibição de regresso.

Pois bem, tem-se a necessidade de contextualizar tal teoria diante da realidade social, econômica e política brasileira. Em primeiro lugar, não se pode falar de uma real igualdade entre as pessoas, notadamente no que se refere ao âmbito dos crimes contra o patrimônio. A liberdade de comportamento, neste setor, envolve problemas estruturais do próprio sistema econômico-social. Em segundo lugar, indaga-se: Até que ponto a realidade da configuração social brasileira apresenta-se, verdadeiramente, confiável? Uma realidade social marcada por desigualdades, assimetrias de poder e marginalização pode ser reconhecida como uma correta configuração? Os destinatários da confiança do sistema jurídico de proteção ao direito de propriedade podem realmente exercer tal confiança? Parece que frente à atual configuração social estes destinatários também deveriam apresentar deveres de proteção a sua propriedade, de forma a tomar os devidos cuidados a não se colocarem em perigo. Entregar os cuidados de sua propriedade ao poder estatal de repressão (ou até mesmo à vigilância privada) e confiar apenas nestes mecanismos não parece ser contextualizado com a realidade social brasileira.[266]

---

261 JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. Nesta proposição base já de deslegitima a intervenção penal frente aos injustos patrimoniais que provocarem um dano em interesses privados. Pois, nestes casos a conduta refere-se a um indivíduo isolado e a uma norma, sem referência à socialidade, já que esta é complexa e assimétrica no que se refere ao tema da propriedade privada.

262 Ibid.

263 Ibid., p. 85.

264 Ibid.

265 Ibid., p. 86.

266 Pesquisas de vitimologia retratam cuidados mínimos como, por exemplo: não deixar chaves, bolsas, dinheiro, objetos de valor à vista dentro de automóveis.
A própria vítima deveria apresentar um dever de cuidado com os seus bens, ainda mais em uma sociedade que apresenta um "mercado" de segurança, com câmaras, alarmes, dentre outros mecanismos empregados, principalmente, em estabelecimentos comerciais. A atuação da vítima a próprio risco tem que ser considerada.

Em terceiro lugar, a discussão em torno das ações neutras e da proibição de regresso também deve ser verificada no âmbito da criminalidade patrimonial, notadamente no que se refere aos casos, como, por exemplo, furtos/roubos planejados à instituições financeiras: tem-se que delimitar, de forma muito criteriosa, os limites de participação delitiva.

Jakobs também considera que há distinções a serem consideradas no âmbito do injusto penal em relação às diferentes condutas que podem se configurar frente à mesma norma penal. Detalha-se que:

> [...] se pena de forma más grave al reo de un hurto cuando éste se vale del desamparo de outro, esto es, por ejemplo cuando el hurto se comete con ocasión de un incêndio o tras un acidente [...] es penado de forma atenuada quien se sirve de la inmotivada despreocupación de la víctima, cuando se hurta a aquel que, sin tener necesidad, deja sus cosas sin vigilancia.[267]

Não há uma motivação, em um cenário de assimetrias sociais, que faça o não proprietário respeitar a propriedade de outrem. Na verdade, a motivação impregnada na sociedade, pelo sistema econômico, a uma compulsão por consumo pode influenciar no cometimento de tal conduta: a valoração sob o objeto propriedade de outrem é tão elevada em um determinado espaço de tempo (como um celular *Iphone* de última geração) que o próprio indivíduo o qual infringe à norma de não violar a propriedade alheia, absorve esta valoração consumista sob o objeto em contraposição ao direito de propriedade da vítima. Exatamente por se viver neste contexto temporal, a vítima deve ter o máximo de cuidado na vigilância de seus objetos. A vítima não pode infringir seu dever de autoproteção, em uma sociedade complexa, na qual os riscos são encontrados frente à função de participante desta sociedade marcada por assimetrias, no campo patrimonial.

Além do mais, pode-se perceber também que o próprio sistema econômico valoriza de forma intensificada determinado objeto em um lapso temporal e logo em seguida o desvaloriza para criar outro produto (esta dinâmica fora explicada de forma detalhada no primeiro capítulo para se compreender o porquê desta valorização e desvalorização, e suas relações com a não interrupção do fluxo de capital em sentido global). Ora, portanto, a própria estrutura de produção acaba por desvalorizar o objeto de propriedade privada em nome do fluxo do capital. Esta realidade se reflete no comportamento do indivíduo: se a própria estrutura econômica não respeita a propriedade transformando-a em mera mercadoria avaliável em dinheiro, porque então o autor teria uma motivação para respeitar a propriedade alheia? Esta valorização e desvalorização da propriedade deveriam refletir-se, também, na

---

[267] Cita-se como um exemplo deste segundo caso o furto de uma câmara fotográfica não vigiada em um aeroporto. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 95.

norma penal: tem a mesma valoração o furto de um *Iphone* de primeira geração com o furto de um *Iphone* de última geração? Os valores econômicos e a valoração que a sociedade econômica transfere a tais objetos são diferenciados. Assim, o tratamento das condutas que atingem tais bens também deveria ser diferenciado. Aqui, remetemos o leitor para as análises realizadas no primeiro capítulo sobre a concepção de Karl Marx no que se refere à importância de se distinguir a valoração econômica da propriedade privada.

O próprio Jakobs questiona o que é que justifica o tratamento desigual perante condutas desiguais, sendo que ambas infringem a mesma norma: no caso, o direito de propriedade. O autor responde, em termos dogmáticos, perante o exemplo dado em relação a um furto por meio de incêndio e um furto ocorrido com a facilitação da vítima:

> Evidentemente no la subjetividad del autor, sino por un lado la necesidad social de cumplir con la exigencia legítima de protección de la víctima desamparada, y, por otro, la pérdida de legitimación de esta exigencia de una **víctima que infundadamente renuncia a la autoprotección**.[268]

Pois bem, a análise da imputação pode contribuir, então, para limitar a intervenção penal no campo patrimonial. Acerca da imputação pessoal, tem-se alguns comentários. De acordo com Jakobs, "[...] ser pessoa significa ter de representar um papel. É a representação de uma competência socialmente compreensível."[269] Salienta-se que a subjetividade de um ser humano "[...] nunca é acessível a outro de modo direto, mas sempre por meio de manifestações, de objetivações que são interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes." Neste ponto, pode-se construir uma ligação com o estudo de Karl Marx que fora realizado em torno da objetivação do ser humano pela essência estranhada da realidade a qual forma a propriedade privada. Assim, a subjetividade do ser humano é alcançada, no conjunto de estranhamentos, por meio de objetivações. Verifica-se como que as questões relacionadas com o âmbito da propriedade privada lida com problemas estruturais da sociedade capitalista. A complexidade torna-se muito elevada se se inserem estas questões no campo penal.

A interpretação do comportamento deve ser realizada com referência ao sujeito para se alcançar uma compreensão do contexto de comportamentos e do sistema de normas determinante. Esta análise permite demonstrar o significado vinculante que o comportamento

---

[268] *"[...] el autor tiene que procurarse de forma más apremiante la disposición para observar la norma, cuanto más legítimamente pueda la víctima exigir esa disposición y vice-versa; él puede hacer valer su congénito afán de poseer de forma más copiosa, cuanto este querer-poseer perturbe socialmente menos, y, en cambio, va a mantenerse tanto más en el sentido de ese comportamiento, cuando éste perturbe de forma más intensa."* JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 95. (grifo nosso).

[269] Hegel: é a personalidade que contém a capacidade jurídica. Jakobs: pessoa é aquele sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. Ibid.

apresenta e por isso interessa aos objetivos deste trabalho. Jakobs explica que: "Se se quer que esse padrão (que demonstra o significado do comportamento) crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se a base de funções, estruturas objetivas."[270]

Ora bem, tem-se, aqui, mais um fundamento dogmático para se afastar a pequena criminalidade patrimonial da intervenção penal ou empregar rigorosamente os critérios de merecimento e necessidade de pena, ao lado do preenchimento do injusto material pela danosidade social; pois não se pode admitir que o significado do comportamento esteja relacionado ao caos da massa de peculiaridades subjetivas. O significado dos crimes contra o patrimônio deve ser analisado com a diferenciação das análises dos comportamentos de forma a representar as funções e estruturas objetivas da sociedade. Caso contrário, restringe-se ao âmbito de problemas e interesses privados.

É interessante ressaltar algumas explicações acerca da ideia de relações negativas e relações positivas no sistema social e as possíveis responsabilidades penais que daí decorrem, para se compreender se a pequena criminalidade patrimonial encaixa-se enquanto uma relação negativa de não intervenção no círculo de organização de liberdade alheia.

Günther Jakobs, em seu texto *Teoria e prática da intervenção*, parte do pressuposto de que todo delito frustra uma expectativa juridicamente garantida.[271] Mas esta expectativa não é vazia de conteúdo. Este pode ser divido em dois aspectos: 1. Sob as relações negativas; 2. Sob as relações positivas. Perante qualquer pessoa há a expectativa de organiza-se no sentido de que seu círculo de organização não produza danos para os círculos de outras pessoas. Estes círculos de organização são concebidos de forma separada para um não deteriorar o outro.[272] Pois bem, estas afirmações de Jakobs referem-se à formação das relações negativas entre as pessoas: isto é, entre estas há a expectativa de que uma não perturbe o círculo de organização da outra.

No que se refere à relação positiva, Jakobs demonstra que estas relações apresentam como conteúdo o dever de uma pessoa em melhorar o *status* da organização de outra, ou o *status* de uma instituição do Estado.[273] Para Jakobs existem mandatos voltados a todas as pessoas na situação em que estas devem retirar sua organização quando resultar em ameaça ou lesão às outras. Assim sendo, na relação negativa verificam-se os deveres à função geral do

---

[270] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 95.

[271] Id. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri: Manole, 2003. p. 1.

[272] Ibid., p. 2, 7.
Jakobs explica que a soma de todos os direitos que podem ser defendidos de forma lícita forma o círculo de organização de uma pessoa.

[273] Ibid.

cidadão; e na relação positiva, encontram-se os deveres especiais (isto é, os deveres dos titulares de um *status* especial).[274]

Jakobs trabalha com a concepção de uma sociedade de liberdades, de uma sociedade que encarrega os cidadãos da configuração do comportamento desde que esse comportamento não gere consequências danosas. Diante desta liberdade de escolhas de comportamento, deve-se corresponder uma responsabilidade pelas consequências destas escolhas.[275] Portanto, refere à liberdade de comportamento a responsabilidade pelas consequências, pois se assim não o fosse não seria possível a convivência social. Cada pessoa seria, então, garantidor de sua conduta.

No que tange aos injustos que afetam o patrimônio em um aspecto individual (com destaque à propriedade privada) pode-se afirmar que há configuração de uma relação negativa quanto ao conteúdo da expectativa frustrada? Não, pois não se escolhe pertencer a uma organização de um círculo de não proprietários expropriados do direito à propriedade. Não se apresenta uma 'vontade livre' nas escolhas de comportamento no que se refere à pequena criminalidade patrimonial. Esta observação atinge, até mesmo, a totalidade dos crimes patrimoniais. Todavia, para não recairmos em propostas sem aplicabilidade prática no contexto atual, pode-se restringir esta análise à pequena criminalidade patrimonial, pois esta possui peculiaridades diversas dos injustos patrimoniais que atingem uma *danosidade social*. Estes injustos podem apresentar a potencialidade de, realmente, intervir e negar o círculo de configuração de outros indivíduos. A pequena criminalidade seria uma consequência da configuração social e não o resultado de escolhas de interferência em círculos alheios.[276]

No que tange à dimensão de atuação à próprio risco tem-se algumas considerações. Pode-se falar em uma colisão de deveres no âmbito da pequena criminalidade patrimonial em lojas de departamentos, por exemplo? Ou seja, a colisão entre um dever geral de cidadão (de

---

[274] Acrescenta-se, ainda, que as relações positivas podem apresentar-se sob a forma de proibições (esta não é característica apenas das relações negativas): proíbe-se ao sujeito obrigado que faça abdicação de sua capacidade para cumprir seu dever. Do mesmo modo, as relações negativas podem se configurar enquanto mandatos, concretamente, quando é necessário um mandato para evitar ou cessar a lesão de uma organização alheia. JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri: Manole, 2003.

[275] Ibid., p. 6.
Na perspectiva de Jakobs, as pessoas têm liberdade em seu círculo de organização: "[...] estão autorizadas a excluir qualquer outra pessoa dessa organização, a única preocupação seria a não produção de danos no círculo de outrem, e caso este ocorra configura-se uma responsabilidade por tais danos. Esta preocupação na não produção de danos não se limita ao âmbito do agir, mas também em condutas omissivas: Jakobs cita, como exemplo, o caso em que quem assume uma propriedade deve se preocupar que desta não emanem riscos para outras pessoas. Observa-se que: a quem incumbiria a prevenção de danos, se não ao único autorizado para levar a cabo a organização, vale dizer, o proprietário ou o titular? Neste sentido, Jakobs complementa que nos deveres que apresentam o conteúdo de configurar a organização própria sem produzir danos a outrem pode-se concorrer vários círculos de organização no que se refere à competência. Assevera-se, ainda no âmbito da relação negativa, que o sujeito que está obrigado pelo dever negativo não pode permitir que ocorra um prejuízo à liberdade alheia."

[276] Além do mais, desde quando um furto de dois pacotes de bolacha tem a potencialidade de interferir, realmente, na organização do círculo de liberdade alheia de forma a prejudica-lo ou causar-lhe danos?

não violar a propriedade alheia) e uma medida obrigada de autoproteção? Se considerarmos o contexto da sociedade atual, a vítima (seja ela individual quanto corporativa) deve providenciar o máximo de cuidado para proteger sua propriedade.

Para Jakobs, deve-se demonstrar a existência de uma intervenção também no âmbito da comissão: "[...] Do mesmo modo que o delito de omissão só poder ser cometido por uma pessoa competente, ou seja, por um garantidor, o delito de comissão só pode ser cometido por uma pessoa que se conduz gerando um risco não permitido."[277] Na pequena criminalidade patrimonial, pode-se falar que o autor agiu frente a um risco não permitido. Todavia, tem-se que analisar a competência por organização.

Como consequência da normatização do conceito de comportamento tem-se que "[...] também relativamente ao delito de comissão cabe desenvolver deveres de salvamento, ainda que materialmente não sejam mais que deveres que impõem não lesionar outra pessoa por causa da configuração da própria organização."[278] Detalha-se:

> [...] concorrendo uma conduta antijurídica por parte do autor e um comportamento acorde com os deveres de autoproteção por parte da vítima, o autor usurpa a liberdade da vítima, criou o risco, de modo que deve voltar a atenuar o risco enquanto sinalagma – isto não é coisa distinta da prevenção de ulteriores consequências de sua própria organização.[279]

Ora bem, se frente à criminalidade patrimonial leve a vítima não se comportou de acordo com seus deveres de autoproteção, mesmo que o autor concorreu com uma conduta típica, a afirmação de criação do risco tem que ser ponderada, pois este risco pode ter sido resultado do próprio comportamento da vítima. Entretanto, mesmo que se considere que o autor criou o risco, não se pode falar que sua conduta é antijurídica porque esta categoria tem que ser analisada em seu conteúdo material. Então, cabe indagar: Com a criação do risco, a conduta do autor é antijurídica ao abarcar uma danosidade social? Já restou exposto no desenvolvimento deste capítulo que a resposta é negativa. Além do mais, tem-se ainda que avaliar um terceiro plano: com a criação do risco, com a configuração de uma conduta antijurídica, o autor atenuou ou reparou o dano causado? Se sim, não há porque se defender uma punibilidade a ele. A extinção de punibilidade pela reparação do dano, minimamente, aos crimes patrimoniais sem violência, faz-se urgente na estruturação das normas penais dos crimes patrimoniais.

---

277 JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri: Manole, 2003. p. 56.

278 Ibid.

279 Ibid., p. 34.
Na perspectiva de Jakobs, a questão decisiva não é quem se portou pior, se o sujeito que realiza o comportamento ou a vítima, mas se o especial da conduta prévia não teve efeito sobre a consequência do comportamento da vítima ou se, pelo contrário, teve sim efeito apesar da intervenção da vítima: trata-se, então, da determinação do fim da norma, não de um saldo de competências depois de uma compensação.

3.4 Ilustração acerca da prática penal brasileira referente aos crimes patrimoniais e à seletividade social

Na realidade brasileira a racionalidade jurídico-dogmática limita-se, quando muito, à análise do princípio da insignificância no âmbito da criminalidade patrimonial leve. Além do mais, atém-se às concepções tradicionalistas da dogmática acerca de bem jurídico o que acaba por facilitar a utilização da dogmática penal enquanto uma ferramenta de defesa aos direitos pertencentes a determinadas classes sociais. A concretização dos critérios de merecimento e de necessidade de pena é de extrema raridade de ser verificada na prática penal dos tribunais brasileiros. A realidade judiciária é pautada por um formalismo jurídico: não consegue, nem ao menos, atingir o positivismo jurídico. Restringe-se a verdadeiro mecanismo de subsunção do fato ao tipo penal formal, sem mais análises.

Todavia, não se pode continuar com esta estruturação dogmática (baseada na concepção de bem jurídico – patrimônio) e judiciária (formalismo jurídico) frente ao grave problema da seletividade social a qual é percebida na simples análise da população carcerária brasileira. Não se pode continuar a admitir práticas discricionárias e arbitrárias no sistema jurídico-penal em relação à criminalidade patrimonial. Para que a dogmática penal não sirva de instrumento a esta prática, ela mesma deve construir a materialização de seus critérios de forma a limitar tal intervenção punitiva.

Há pesquisas empíricas acerca da aplicação do princípio da insignificância que podem ajudar na ilustração desta descrição do contexto judiciário brasileiro e, também, da restrita utilização da concepção de bem jurídico. Estas pesquisas estudam a insignificância de condutas em relação à irrelevância de comportamentos e estão vinculadas à concepção de bens jurídicos, o que já demonstra o não acompanhamento das pesquisas criminológicas, no Brasil, frente à complexidade dogmática a qual se tem que atingir. As pesquisas empíricas, neste setor, reproduzem os discursos jurídicos das decisões judiciais, em torno da teoria do bem jurídico, sem um alcance ao moderno conceito de delito comunicativo. Se houvesse uma integração entre Criminologia e dogmática jurídico-penal poder-se-ia realizar uma crítica criminológica à utilização das concepções tradicionalistas enquanto teorias que beneficiam o intervencionismo penal. Ora bem, tanto nos postulados da criminologia crítica quanto do normativismo jurídico-penal radical parte-se da ideia de que a missão do Direito Penal é a proteção e manutenção de uma estrutura social!

A pesquisa do Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos: "*O princípio da insignificância nos crimes contra patrimônio e contra a ordem econômica: análises das*

decisões do Supremo Tribunal Federal," desenvolve uma análise empírica que pode ilustrar como que na realidade brasileira os estudos dogmáticos estão presos, ainda, a uma dimensão de bem jurídico e sua lesão, não acompanhando as novas concepções de delito e pena. Sem este acompanhamento pode-se dizer que a realidade judiciária brasileira não alcança a complexidade da sociedade atual.

Pois bem, esta pesquisa ilustra a aplicação do princípio da insignificância ao redor da concepção de lesão mínima ao bem jurídico. Ao se ater a esta concepção dogmática para a análise da criminalidade patrimonial não se alcança a realidade concreta da sociedade e da funcionalidade do direito penal perante esta: a proteção que o direito penal confere não é a de bens jurídicos, mas da vigência da norma penal. Negar isto é compartilhar com as funções declaradas da pena que ocultam a real finalidade do direito penal, qual seja: manter a estrutura social da forma como ela está estabelecida.

A pesquisa citada exemplifica os casos de insignificância como, por exemplo, furtos de alimentos, frutas, cosméticos ou de pequenos valores, comprovando-se este apego às concepções tradicionalistas da dogmática penal. Aponta-se que os critérios para a delimitação do princípio da insignificância no âmbito patrimonial foram estabelecidos no HC 84.412[280], pelo Ministro Celso de Mello o qual ponderou os seguintes requisitos: 1. Mínima *ofensividade da conduta* do agente; 2. Nenhuma *periculosidade social* da ação; 3. Reduzidíssimo grau de *reprovabilidade do comportamento*; 4. *Inexpressividade da lesão jurídica* provocada.

Estes critérios determinados pela jurisprudência do STF demonstram a conotação subjetiva no emprego da insignificância dos crimes patrimoniais, assim como uma margem à discricionariedade dos tribunais e juízes. O respaldo na concepção de bem jurídico para avaliar a mínima ofensividade e a periculosidade da ação torna o emprego do princípio da insignificância de extrema dificuldade na realidade brasileira.

A Lei 11. 033/04[281] em relação aos crimes fiscais traz a previsão legal do valor econômico que configuraria o limite para se empregar o princípio da insignificância neste âmbito; questiona-se, portanto, o porquê no âmbito da criminalidade patrimonial clássica a legislação já não adota um parâmetro econômico para a configuração do princípio da

---

[280] HC 84412 / SP - Relator: Min. Celso De Mello - Julg.: 19/10/2004 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publ.: DJ 19-11-2004 – p. 37. **(**BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: ago. 2015).

[281] BRASIL. Lei 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis n^{os} 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm>. Acesso em: 2015.

insignificância? Tal adoção seria a condição mínima para poder diminuir a arbitrariedade dos tribunais em torno da aplicação do princípio, na realidade social brasileira.

A análise deveria preocupar-se a necessidade (ou não) de refutação à conduta que negou a totalidade do Direito. Ao se pensar no Direito enquanto um sistema determinado, em *última instância*, pelo sistema econômico, alguns reflexos são percebidos. O Direito estaria na manutenção de uma estrutural social cuja essência é econômica. Assim, valores econômicos irrisórios frente à totalidade do sistema de capital global não deveriam ser tratados em âmbito penal. Este deveria ser reservado às condutas que atingem a globalidade do sistema e estrutura socioeconômica.

Como ilustração, pode-se exemplificar com o acordão proferido pela 9ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual se condenou, penalmente, a tentativa de furto, em um estabelecimento comercial, no valor de oito reais e cinco centavos (R$ 8,05)[282]. O Tribunal fundamentou a decisão de condenação na forma como o agente ingressou no interior do estabelecimento comercial, ou seja, por meio do arrombamento de uma janela. Neste sentido, segundo a citada Câmara, apesar do valor objeto do furto apresentar-se de forma bagatelar, o arrombamento da janela comprovaria a *alta periculosidade social* do agente.

Ora bem, em pleno desenvolvimento jurídico-dogmático no cenário internacional com a construção de tantos critérios limitadores à intervenção penal como se pode, ainda, admitir esse tipo de fundamentação nas decisões dos tribunais brasileiros? A dogmática e a jurisprudência ocupam um papel, na realidade brasileira, evidentemente, classista e seletista em torno da criminalidade patrimonial.

Na pesquisa do Ministério da Justiça, no período de 2005 à 2009, configurou-se a porcentagem de 45,7% no que se refere aos casos em que o princípio da insignificância não fora reconhecido. Dentre os argumentos utilizados para a negação do princípio, o principal reside no discurso político-criminal de insegurança coletiva, influenciado pelos meios de comunicação e repercussão social dos crimes. Outro argumento que dificultou o reconhecimento do princípio da insignificância foi a verificação de antecedentes penais do agente.[283] A pesquisa comprovou, também, que em nenhum caso de roubo analisado houve o reconhecimento da insignificância mesmo que a subtração configurasse um prejuízo patrimonial de pequeno valor.

---

[282] Relator: Sérgio Coelho - Comarca: Santos - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 16/08/2012 - Data de registro: 22/08/2012. (SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015).

[283] As Turmas também se utilizam da condição econômica da vítima para avaliar a insignificância da conduta.

O argumento sobre a alta reprovabilidade da conduta é frequentemente suscitado nos casos em que, apesar de bagatelares, demonstra-se reprovável em seu *modus operandi*, como, por exemplo, nas situações em que para adentrar na residência com o objetivo de furtar um objeto o agente realiza violação de domicílio o que representaria, no entender das Turmas, uma conduta altamente reprovável. Afasta-se, portanto, o princípio da insignificância.

Segundo a pesquisa do Ministério da Justiça, o argumento mais citado para o não reconhecimento da insignificância, no Supremo Tribunal Federal, é o *valor objetivo da coisa* (57,7%), seguido do argumento sobre a *alta reprovabilidade da conduta* (40%) e, por fim, a avaliação da *condição econômica da vítima* (40%). Salienta-se, também a título de ilustração, que no período avaliado pela pesquisa em 86% dos casos em que houve o reconhecimento da insignificância o valor do objeto em questão estava na faixa entre 0 a 200 reais, sendo que 70% se restringia ao valor de 0 a 100 reais.

Os objetos mais afetados seriam: dinheiro (26,2%), objetos eletrônicos (19,0%), roupas (19%), alimentos e objetos de higiene pessoal (14,3% e 11,9%). Observa-se que, neste cenário, é nitidamente compreensível a influência da estrutura social na motivação do agente no cometimento das condutas. A concepção tradicionalista da dogmática penal não analisa este determinismo social.

Em contraposição à teoria do bem jurídico, se estas condutas fossem analisadas perante a concepção de delito comunicativo não se poderia afirmar que este tipo de criminalidade apresente como comunicação o questionamento da ordem existente e, em última instância, da identidade da sociedade estabelecida. Ao contrário, estes comportamentos são consequências da estrutura assimétrica e da valoração de tais objetos. Conforme as exposições sociológicas do primeiro capítulo, para se alcançar à essência do "ser", no sistema social atual, tem-se que preencher o sentido do "ter".

Ora, os objetos eletrônicos são valorados pela estrutura técnico-empresarial de vendas criando-se um desejo consumista exacerbado, o dinheiro (como já fora explicado no capítulo inicial) tem uma valoração pelo sistema social acima da valoração referente à própria pessoa; as roupas, os alimentos e os objetos de higiene pessoal formam a base das próprias necessidades vitais de um indivíduo. Como legitimar a intervenção penal nestes casos? Não parece ser necessária a refutação penal destas condutas, até mesmo porque esta pequena criminalidade não resulta em uma *danosidade social*.

Em continuação com a ilustração, tem-se que o índice maior de reconhecimento no mérito da insignificância tem por objeto roupas (25%), alimentos (18,8%) e dinheiro (18,8%). E os menores índices de reconhecimento deparam-se com os objetos eletrônicos (12,5%) e

objetos de higiene pessoal (6,3). Pois bem, as Turmas não reconhecem os objetos de higiene pessoal como objetos que formam as necessidades materiais dos seres humanos e dificultam o emprego da insignificância frente ao furto de objetos eletrônicos sem a mínima análise da configuração estrutural econômica da sociedade. Nesta configuração, o "possuir" bens eletrônicos de última geração torna-se a própria autoafirmação do indivíduo.

Carolina Costa Ferreira, em uma pesquisa mais recente (ano de 2013), ressalta a porcentagem escassa do emprego do termo "insignificância" em relação aos crimes patrimoniais, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (1ª a 5ª Região):

Tabela 1 - Número de acórdãos com ocorrência do termo "insignificância"

Tipo de Crime	Sim	Não	Total
Patrimônio	3,5%	**96,5%**	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

No que se refere em específico ao problema de como que a criminalidade patrimonial (e, neste momento, salienta-se os crimes de furto - qualificado) ocupa grande parte da atividade judiciária brasileira, confirma-se que a criminalidade patrimonial é responsável por 65,4% da atividade judiciária dos Tribunais Regionais Federais. Ilustra-se com os seguintes dados:

Tabela 2 - Número de acórdãos por grupo de crime – TRF 1ª a 5ª Regiões

Grupo de Crimes	Frequência	Percentual
Patrimônio	369	**65,4%**
Administração	157	27,8%
Outros	38	6,7%
Total	564	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 3 - Número de acórdãos dos "crimes contra o patrimônio"– TRF 1ª a 5ª Regiões

Tipo de Crime	Frequência	Percentual
Furto qualificado	**190**	**51,5%**
Roubo com aumento de pena	137	**37,1%**
Roubo qualificado	30	8,1%
Furto simples	8	2,2%
Roubo simples	4	1,1%
*Formação de Quadrilha	10	26,3%
*Estelionato	9	23,7%
*Receptação	9	23,7%
*Outros Crimes	10	26,3%
Total	369 + *38	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 4 - Número de acórdãos por tipo de crime e combinação com outros crimes

Crime Principal	Com combinação: Formação de Quadrilha	Com combinação: Outros crimes	Sem combinação	Total
Patrimônio	**87** **23,6%**	**130** **35,2%**	**152** **(41,2%)**	369 100%
Administração	10 6,4%	59 37,6%	88 (56,1%)	157 100%
Outros	_	18 47,4%	20 (52,6%)	38 100%
Total	97 17,2%	207 36,7%	260 (46,1%)	564 100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Percebe-se, por meio destes dados, a análise da configuração dos injustos conjugados. O argumento a favor do merecimento de pena frente à pequena criminalidade patrimonial, devido a sua tendência generalizável, não confere à análise da realidade brasileira. Os crimes patrimoniais, em seu sentido mais puro, não apresentam tamanha generalidade. Ao se considerar a totalidade dos injustos patrimoniais conjugados, tem-se que 217 (duzentos e dezessete) casos de criminalidade patrimonial apresentam-se associados a outros crimes (58,8%) em contraposição a 152 (cento e cinquenta e dois) casos nos quais não há nenhuma combinação (41,2%). Confirma-se, portanto, que os crimes patrimoniais puros não merecem pena já que o fator de perigo da cumulatividade das condutas não condiz com a realidade.

Outras análises empíricas também ilustram como que o sistema judiciário brasileiro apresenta resistência ao intervencionismo penal mínimo no âmbito da criminalidade patrimonial. Estas análises referem-se à quantidade mínima de absolvições (8,7%), à quase total denegação de *Habeas Corpus* (88,1%), ao regime de cumprimento de pena ser priorizado no regime fechado (51,6%), à porcentagem referende à aplicação da pena privativa de liberdade acima do mínimo legal (42,9%), o não emprego de atenuantes (88,1%) e, notadamente, à resistência em substituição da pena de prisão (esta é aplicado em 70% dos

casos). Ilustra-se o cenário de extremo punitivismo frente à criminalidade patrimonial com os seguintes dados:

Tabela 5 - Número de acórdãos com anotações de absolvição

Grupo de Crime	Absolvição	Condenação
Patrimônio	8,7%	**91,3%**

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 6 - Número de decisões para os recursos em casos de HC

Decisão	Total	Porcentagem
Denegação	**74**	**88,1%**
Concessão	9	10,7%
Concessão Parcial	1	1,2%
	84	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 7 - Número de decisões para os recursos em casos de HC - tipo de crime

Tipo de Crime	Conc. Parcial		Total
Furto Qualificado	51	6	57 (67,9%)
Roubo com aumento de pena	17	3	20 (23,8%)
Furto simples	4	-	4 (4,8%)
Formação de quadrilha	2	-	2 (2,4)
Outros crimes	-	1	1 (1,2)
Total	74	1 9	84 (100%)

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 8 - Número de acórdãos quanto ao regime de cumprimento de pena

Tipo de Crime	Regime Aberto	Regime Semiaberto	Regime Fechado	Total
Patrimônio	33,2%	15,3%	51,6%	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 9 - Número de acórdãos quanto à pena de prisão acima do mínimo legal

Tipo de Crime	Mínimo legal	Acima do mínimo legal
Patrimônio	57,1%	42,9%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 10 - Número de acórdãos quanto aos atenuantes

Tipo de Crime	Não há atenuante	Há atenuante	Total
Patrimônio	88,1%	11,9%	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013.

Tabela 11 - Número de acórdãos quanto à substituição da pena privativa de liberdade

Tipo de Crime	Não há substituição	Há substituição	Total
Patrimônio	70%	30%	100%

Fonte: FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 1ªed. Curitiba: CRV, 2013.

Pois bem, em relação à aplicação da norma penal no campo dos crimes patrimoniais restou ilustrado como que a realidade judiciária não acompanha os estudos complexos da dogmática penal, restringindo-se a um formalismo jurídico e apresentando uma ampla resistência na limitação da intervenção penal frente à criminalidade patrimonial, notadamente em relação à pequena criminalidade. Além deste aspecto ilustrado, comenta-se sobre as significativas porcentagens na quantidade de aprisionamentos por condenações ou acusações neste setor de criminalização. Expõe-se:

Tabela 12 – Apriosamentos por crimes contra o patrimônio

	Masculino	***Feminino***	***Total***
Total de crimes	234.524	11.297	245.821
Código Penal	155.394	3.592	158.986
Grupo: Crimes contra o patrimônio	94.972	2.234	97.206
Furto simples (art. 155)	14.284	456	14.740
Furto qualificado (art. 155, § 4° e 5°)	12.829	403	13.232
Roubo simples (art. 157)	**16.449**	**224**	**16.673**
Roubo qualificado (art. 157, § 2°)	**33.563**	**555**	**34.118**
Latrocínio (art. 157, § 3°)	**6.639**	**182**	**6.821**
Extorsão (art. 158)	**1.708**	**42**	**1.750**
Extorsão mediante sequestro (art. 159)	**601**	**30**	**631**
Apropriação indébita (art. 168)	191	7	198
Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A)	14	10	24
Estelionato (art. 171)	1.615	127	1.742
Receptação (art. 180)	6.238	150	6.388
Receptação qualificada (art. 180, § 1°)	474	13	487
Outros - não listados acima entre os Art. 156 e 179	367	35	402

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Tabela 13 - Porcentagem de pessoas que aguardam julgamento ou foram condenadas por tipo de crime

UF	Furto	Roubo	Latrocínio	Tráfico
AC	13,0%	26,2%	1,1%	27,5%
AL	8,2%	19,0%	2,4%	18,8%
AM	10,0%	27,8%	2,1%	51,8%
AP	28,4%	21,1%	4,6%	34,3%
BA	10,7%	23,6%	4,8%	38,4%
CE	11,2%	59,7%	2,9%	10,4%
DF	NI	NI	NI	NI
ES	12,6%	25,6%	1,7%	44,0%
GO	15,9%	19,1%	3,7%	26,6%
MA	12,8%	29,5%	5,5%	41,5%
MG	23,6%	25,5%	2,5%	26,4%
MS	14,1%	22,5%	3,1%	51,3%
MT	13,1%	18,9%	7,8%	27,3%
PA	19,9%	41,5%	6,2%	34,3%
PB	35,0%	56,5%	5,7%	35,0%
PE	2,9%	13,5%	1,5%	40,5%
PI	10,7%	18,7%	2,2%	21,4%
PR	19,1%	39,6%	4,4%	31,2%
RJ	NI	NI	NI	NI
RN	11,6%	29,1%	1,4%	30,1%
RO	14,7%	28,4%	2,0%	29,3%
RR	8,8%	14,0%	2,2%	34,1%
RS	5,7%	6,9%	6,0%	49,7%
SC	17,9%	26,1%	4,1%	48,0%
SE	14,8%	11,4%	2,9%	33,6%
SP	NI	NI	NI	NI
TO	NI	NI	NI	NI
Total	14,8%	26,9%	3,6%	35,1%

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Tabela 14 - Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade

Crime	**Porcentagem**
Tráfico	27%
Roubo	**21%**
Furto	**11%**
Latrocínio	3%
Homicídio	14%
Receptação	3%
Quadrilha/Bando	2%

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Tabela 15 - Distribuição por gêneros das pessoas privadas de liberdade

Crime	**Masculino**
Tráfico	25%
Roubo	**21%**
Furto	**12%**
Latrocínio	3%
Homicídio	14%
Receptação	3%
Quadrilha/Bando	2%

Crime	**Feminino**
Tráfico	63%
Roubo	**7%**
Furto	**8%**
Latrocínio	2%
Homicídio	7%
Receptação	1%
Quadrilha/Bando	1%

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Pois bem, verifica-se como que os crimes patrimoniais que atingem à propriedade privada (furto e roubo, notadamente) apresentam um percentual significativo na totalidade dos crimes patrimoniais responsáveis por aprisionamentos (31%). Até mesmo no cenário dos aprisionamentos femininos, após a porcentagem a respeito do tráfico de drogas, os crimes patrimoniais ocupam o destaque.

Além do mais, ilustra-se como que a população carcerária é composta por membros de classes subalternas e pessoas negras, confirmando-se a utilização equivocada do Direito Penal, no âmbito patrimonial, enquanto instrumento de seletividade social.

Tabela 16 - Perfil da população carcerária referente à raça, cor e escolaridade: Indicativos da seletividade social.

Pessoas Negras	Norte	Nordeste	Centro-Oeste	Sudeste	Sul
Sistema Prisional	83%	80%	73%	72%	33%
População Geral	76%	71%	57%	42%	21%

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Analfabeto	6%
Alfabetizado sem cursos regulares	9%
Ensino Fundamental incompleto	**53%**
Ensino Fundamental completo	12%
Ensino Médio incompleto	11%
Ensino Médio completo	7%
Ensino Superior incompleto	1%
Ensino Superior Completo	1%

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

Com as ilustrações realizadas pode-se compreender que se as análises dogmáticas propostas, neste trabalho, alcançassem à prática penal, haveria uma limitação da quantidade de processos por furtos (até mesmo em relação aos roubos simples) os quais atingem a propriedade privada em sentido estrito. E, por isso, a intervenção penal deveria ser restringida aos casos em que se comprove, de forma concreta, que a conduta realmente possui potencialidade e gravidade de negar a totalidade do Direito, assim como comunicar um questionamento, um enfrentamento à estrutura social estabelecida. A necessidade de refutação da comunicação realizada pelo delito deve ser demonstrada para se legitimar a intervenção penal frente às condutas que atingem o patrimônio. Esta necessidade somente é verificada nos casos em que a danosidade social é encontrada de forma a se preencher o conteúdo material do injusto penal.

Como se trata de uma sociedade essencialmente econômica a afetação, concreta, do patrimônio deve questionar, abalar e enfrentar a estrutura econômica imposta em sua totalidade. Ora bem, furtos de alimentos, roupas, produtos de higiene pessoal, eletrônicos considerados em um âmbito de círculos privados não apresentam tamanha potencialidade de prejudicar o sistema econômico.

Além do mais, a concepção de delito comunicativo restringiria a quantidade excessiva de aprisionamentos por crimes patrimoniais, de modo a se alcançar os casos nos quais realmente se verifique o merecimento de pena. O problema encontra-se tanto na concepção dogmática escolhida, isto é, um apego à concepção de bem jurídico de forma a se avaliar estritamente o âmbito individual do patrimônio, quanto na estrutura do sistema judiciário marcada por um formalismo jurídico, que não concretiza a análise de materialização do injusto nem dos critérios de merecimento e de necessidade de pena frente à criminalidade patrimonial.

Quando muito se alarga a concepção dogmática ao tema do direito à segurança o qual, como fora comentado, intensifica a problematização no interior da criminalidade patrimonial colocando-a enquanto responsável por um problema que é, nitidamente, estrutural. Ademais, torna-se um discurso que pode legitimar a intensificação da repressão à criminalidade patrimonial de rua, além de servir a um populismo eleitoreiro e aos meios de comunicação em massa. Cria-se um cenário de insegurança social, como se o problema se resumisse à criminalidade de flagrante, de maneira a se ocultar as irritações que ocorrem na estruturação econômica da sociedade (essencialmente assimétrica) e que se reflete em todas as outras instâncias sociais (seja no Direito, seja na religião, na educação, na família dentre outras).

A proteção penal da propriedade privada não pode ser analisada de forma desconexa com a valoração que o sistema econômico capitalista confere a ela. Nos dizeres de Karl Marx:

> Em cada época histórica a propriedade se desenvolveu diversamente e numa série de relações sociais inteiramente diferentes. Assim, definir a propriedade burguesa resume-se a fazer a exposição de todas as relações sociais da produção burguesa. Querer dar uma definição da propriedade como se se tratasse de uma relação independente, de uma categoria à parte, de uma ideia abstrata e eterna, só poderia ser uma ilusão de metafísica ou jurisprudência.[284]

A tutela penal da propriedade privada não pode concebê-la enquanto uma relação independente, uma categoria à parte, uma ideia abstrata e eterna. Deve-se acompanhar as mudanças que envolvem a valoração da propriedade de forma que o sistema jurídico-penal não possa continuar a tratá-la enquanto um direito eterno e absoluto, sem se considerar a realidade social concreta que está por detrás das normas penais. A concepção de delito comunicativo colabora para esta atualização da valoração da propriedade privada de modo que se restrinja à intervenção penal somente aos casos em que realmente se verifique o sentido comunicativo de enfrentamento ao sistema. Pelo menos dessa forma, consegue-se uma mínima limitação do Direito Penal.

Enquanto a estrutura social se manter nos moldes do sistema capitalista de produção, haverá divisão entre classes sociais: a sociedade estará baseada no antagonismo das classes. E, enquanto, nos depararmos com tal realidade social, ter-se-á o problema estrutural da criminalidade patrimonial e do sentimento de insegurança. O que se pode fazer é limitar os efeitos de uma atuação penal neste cenário cuja essência envolve a própria estruturação social, e não simplesmente as escolhas livres dos indivíduos.

Conforme as explicações na obra "*Princípios elementares de Filosofia*"[285], a vida material da sociedade é uma realidade objetiva que existe independentemente da consciência e da vontade dos indivíduos. "[...] A realidade objetiva independe da consciência, da vontade. A vida espiritual da sociedade é um reflexo da realidade e objetiva da sociedade."[286] A consciência dos seres humanos é condicionada pela realidade material, é reflexo da prática social.[287]

Ora bem, a dogmática jurídico-penal não pode ser analisada de forma separada da vida material da sociedade. As relações de propriedade privada existem de forma independente da consciência e da vontade dos indivíduos. Assim, a criminalidade patrimonial seja enquanto

---

[284] MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. São Paulo: Global, 1989. p. 138.
[285] POLITZER, Georges; BESSE, Guy; CAVEING, Maurice. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hemus, 1970.
[286] Ibid.
[287] Ibid.

consequência seja como negação da estrutura social baseada na apropriação privada de riquezas também existirá independente da vontade subjetiva. Tem-se um problema essencialmente estrutural que não será solucionado nem atenuado por meio do aumento da repressão penal. Este aumento torna-se útil somente enquanto instrumento de seletividade social, e não como a proteção do Direito e da sociedade. Ademais, a realidade material influencia no comportamento delinquente. A criminalidade patrimonial, em específico, a vontade do delinquente patrimonial é condicionada pela realidade material, é reflexo da prática social.

Repete-se: no âmbito das relações sociais de propriedade privada não se encontra condições reais de liberdade nem de vontade livre contra o Direito! Finaliza-se com uma passagem de Karl Marx – A miséria da filosofia:

> Uma classe oprimida é a condição vital de qualquer sociedade baseada no antagonismo das classes. A libertação da classe oprimida implica portanto, necessariamente a criação de uma sociedade nova. Para que a classe oprimida possa libertar-se, é necessário que os poderes produtivos já adquiridos e as relações sociais existentes não possam mais existir lado a lado. De todos os instrumentos de produção, o maior poder produtivo é a própria classe revolucionária. A organização dos elementos revolucionários como classe pressupõe a existência de todas as forças produtivas que podiam ser geradas no seio da sociedade antiga.[288]

[288] MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. São Paulo: Global, 1989. p.156.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa "*Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira*" pretendeu, por meio da depuração do injusto penal, alcançar o núcleo central do setor de criminalidade patrimonial, qual seja: aquelas condutas que atingem a propriedade privada.

Dessa forma, a propriedade privada tornou-se o objeto de estudo. O primeiro capítulo fora responsável pela análise deste objeto: por meio dos momentos que formam a essência da propriedade privada, ainda que contraditórios, pode-se chegar à verdade do objeto. Por isso, a unidade dialética entre capital e trabalho enquanto elementos que constituem a propriedade privada fora detalhada no capítulo inicial, assim como o conjunto de estranhamentos dos quais a propriedade privada é fruto: estranhamento da coisa, estranhamento da atividade produtiva, estranhamento da essência humana, estranhamento de um ser humano pelo outro.

O segundo capítulo e o terceiro capítulo pretenderam analisar as modernas tendências funcionalistas do Direito Penal com o intuito de apresentar as contribuições e críticas de cada uma delas frente à temática da criminalidade patrimonial em torno da finalidade geral do trabalho em construir, por meio da própria linguagem dogmática, critérios limitadores à intervenção punitiva no campo da criminalidade clássica.

Pode-se apresentar as seguintes conclusões:

1. O estudo do Direito Penal deve ser realizado de forma conjunta com a análise da configuração da sociedade.

2. O campo dos crimes patrimoniais clássicos, cuja depuração alcança o núcleo central da propriedade privada, não pode ser examinado sem a abertura do sistema jurídico-penal à fundamentos filosóficos, sociológicos e criminológicos.

3. Priorizou-se, nesta pesquisa, a fundamentação sociológica enquanto um caminho pelo qual se pode trazer soluções concretas aos problemas dogmáticos no âmbito da criminalidade patrimonial;

4. O método de estudo adotado fora o materialismo histórico e o método dialético. Partiu-se do pressuposto de que a estrutura do modo de produção de uma dada sociedade determina, em última instância, a configuração do sistema jurídico-penal. Analisou-se o objeto de estudo – propriedade privada- por meio de suas próprias contradições. O marco teórico sociológico fora delimitado pela perspectiva de Karl Marx acerca das relações de propriedade privada.

5. As ideias de Karl Marx, expostas no primeiro capítulo, acerca da diferenciação de condutas cujas essências são distintas fora transposta à proposta dogmática realizada neste trabalho no que se refere à verificação da essência das condutas que afetam a propriedade privada e o patrimônio de modo a não colocá-las sob uma mesma categoria normativa e dar-lhes uma mesma valoração. A equiparação de condutas distintas pela norma penal acaba por deslegitimá-la.

6. Provocou-se a atenção diante da valoração que a propriedade privada e o patrimônio recebem na configuração da sociedade atual. Pode-se dizer que, frente às exigências de valorização do capital global e das adaptações do sistema capitalista de produção, a propriedade privada passa a representar uma mercadoria avaliável em dinheiro. Este, como fora explicado no primeiro capítulo, apresenta diversas funcionalidades e uma alta valoração. Apesar da sociedade ser regida pelos ditames da apropriação privada de riqueza, a propriedade privada em si transformou-se em mais uma mercadoria que deve seguir as exigências da valorização do capital. O patrimônio é, de maneira constante, valorizado e desvalorizado pelo próprio capital, no sentido de seguir suas exigências para a não interrupção do fluxo de circulação de mercadorias e dinheiro. A riqueza existente é desvalorizada para a aplicação do excedente de capital na produção de novas tecnologias e produtos. O objetivo maior do sistema é a não interrupção do fluxo de capital. Dessa forma, muitas vezes, sacrifica-se capitais individuais para salvar a valorização do capital global. Esta visão macro deve ser transferida para uma atualização do valor da propriedade privada e do patrimônio no campo dogmático-penal; pois, se as condutas que afetam estes objetos da norma penal não possuem o significado de negar a totalidade do Direito enquanto liberdade institucionalizada e, em última instância, apresentarem uma comunicação de questionamento/contradição à estrutura social – capitalista – estabelecida não representam, portanto, uma potencialidade e gravidade que legitime a intervenção do Direito Penal: não atingem à totalidade do sistema de produção, não abalam tal sistema; somente apresentam um dano em círculos de interesses privados, ou melhor: conflitos sociais entre não proprietários e proprietários.

Pois bem, a valoração, então, da propriedade privada e do patrimônio deve ser realizada frente à atualização de valores do sistema capitalista de produção: o sistema de créditos, o sistema financeiro, o mercado de capitais possuem a centralidade do sistema de capital com vista à totalidade do sistema de produção. Assim sendo, a preocupação do Direito Penal, no acompanhamento das mudanças do capitalismo, deveria passar de conflitos privados para as condutas que realmente teriam a potencialidade de abalar a estrutura social.

7. A teoria de Franz von Liszt acerca dos fins do direito penal fora importante para iniciar o estudo sobre a orientação do direito penal à determinadas finalidades, da mesma forma que fora relevante para demonstrar a orientação "social" que permeia a pena, não podendo esta estar adstrita a interesses individuais. A pena apresenta, desde seus primórdios, um caráter social e não um caráter de resolução de conflitos privados. Todavia, preocupou-se em salientar que tal caráter social, antes de ser analisado no que se refere à consequência jurídica pena, deve ser posto frente ao próprio injusto.

Do mesmo modo, foram construídas críticas em relação ao pensamento positivista de Liszt o qual determinava o sistema jurídico-penal enquanto um sistema fechado. Os posicionamentos de Liszt a respeito da criminalidade patrimonial enquanto uma criminalidade habitual - de modo a condenar tais delinquentes como uma categoria "irrecuperável" - foram expostos de maneira crítica, notadamente em relação à consideração de tal pensamento enquanto uma perspectiva ultrapassada e cega à realidade social concreta. Todavia, em pleno século XXI, verifica-se um cenário de insegurança social, intensificado pelos meios de comunicação em massa, o qual retrata a criminalidade patrimonial de rua da mesma forma que Liszt a descreveu em seu livro sobre os fins do direito penal. As devidas críticas foram realizadas.

8. A Filosofia Neokantiana fora explicada em seus principais pontos: 1. Dualismo metodológico adotado por tal concepção; 2. Relativismo axiológico. Após expor tais pontos essenciais para a compreensão da filosofia neokantiana, procurou-se demonstrar como que este arcabouço metodológico influenciou na configuração da dogmática penal e como se refletiu na construção do funcionalismo racional-teleológico. As críticas perante aos neokantianos restringiram-se, principalmente, à separação absoluta do campo do *dever ser* do *ser* e a não definição de conteúdo dos valores que orientariam o Direito.

As principais contribuições do neokantismo para a finalidade de se encontrar mecanismos dogmáticos de limitação à intervenção punitiva no campo da criminalidade patrimonial clássica se referem à abertura do sistema jurídico-penal a valores e a fins. Através desta abertura a construção de um conteúdo material a todas as categorias do delito tornou-se possível e de extrema importância para uma análise da criminalidade patrimonial. Destaca-se a materialização do injusto penal e a relevância dada à danosidade social; bem como aos critérios dogmáticos essenciais à limitação da intervenção penal frente aos crimes patrimoniais.

9. O funcionalismo racional-teleológico, de Claus Roxin, fora exposto em seus principais pontos de forma a demonstrar que a orientação da norma penal aos fins político-

criminais e aos valores constitucionais, com a referência última no valor fundante da dignidade da pessoa humana, pode transformar-se em algo utópico frente à realidade social, econômica e política brasileira marcada por desigualdades sociais, assimetrias de poder, marginalização e exclusão social. Apontou-se diversas contradições, tais como: ao se delimitar a propriedade privada enquanto um bem jurídico digno de tutela penal faz-se uma escolha entre classes sociais: prefere-se a proteção da dignidade do proprietário refletida em sua propriedade privada em contraposição à dignidade do não proprietário, já excluído do direito de propriedade. Prefere-se, por meio do discurso do livre desenvolvimento individual, tutelar a classe de proprietários. Os não proprietários por nada possuirem não apresentam condições reais de liberdade. Ao passo que se escolhe pela estruturação de normas penais que tutelem a propriedade privada, nega-se, como consequência, o próprio valor fundante da dignidade humana que deveria referenciar todo o ordenamento jurídico. Não se pode falar em uma real dignidade humana no cenário social brasileiro. Se o Direito passa a defender uma classe social frente à outra perde sua própria referência de valores, recai-se em uma pura abstração.

10. Perante tais críticas desenvolvidas, a teoria do bem jurídico-penal mostrou-se um tanto quanto inadequada ao objetivo de limitação da intervenção punitiva no campo dos crimes contra o patrimônio.

11. Apesar das críticas, não se pode esquecer que o funcionalismo racional-teleológico traz, também, algumas contribuições dogmáticas que podem ser aproveitadas. Ao se adotar a teoria da imputação objetiva de Claus Roxin consegue-se, facilmente, defender a extinção de punibilidade frente aos casos nos quais tem-se a reparação do dano causado ou a restituição da coisa objeto dos crimes patrimoniais. Com tal reparação o risco não se concretizou no resultado o que legitima a exclusão de punibilidade. Além do mais, a construção da categoria da culpabilidade enquanto responsabilidade também colabora com a limitação da intervenção punitiva à criminalidade patrimonial quando não se verifica a necessidade de prevenção.

12. Analisou-se os posicionamentos que consideram a pequena criminalidade patrimonial enquanto uma criminalidade de massas responsável por abalar a segurança pública. Procurou-se desmistificar tais argumentos por meio da diferenciação das condutas no âmbito da criminalidade patrimonial. Ademais, o apontamento sobre o olhar à realidade social e econômica brasileira retira a legitimação destes posicionamentos.

13. Os critérios de merecimento e necessidade de pena foram avaliados tanto na concepção do funcionalismo de Claus Roxin quanto de Günther Jakobs. Demonstrou-se a

urgência em conferir concretude a tais critérios como meio de implementação dos princípios político-criminais.

14. O merecimento de pena deveria ser avaliado diante da diferenciação no plano das condutas, na criminalidade patrimonial, de forma a se verificar qual a comunicação que o injusto realizou, ou seja, se fora capaz de configurar um significado que nega a totalidade do Direito, que abala a estrutura social e que questiona a configuração da sociedade e sua identidade (capitalista).

Caso os critérios de merecimento e necessidade de pena continuem não sendo concretizados pela prática penal tem-se, diariamente, uma equiparação entre a atitude dos tribunais e juízes brasileiros com o próprio delito: nega-se o Direito!

15. Apresentou-se a teoria da coculpabilidade social, da culpabilidade por vulnerabilidade assim como a vertente vitimo-dogmática enquanto teorias aptas a limitarem a intervenção penal frente à criminalidade patrimonial leve. Além de se apresentarem coerentes com a configuração econômica atual.

16. A exposição de alguns pontos da concepção hegeliana fora realizada de forma a se defender que uma concepção dogmática construída por meio de conceitos jurídico-penais concretos seria de melhor adequação à realidade social e econômica de uma sociedade. A construção de conceitos concretos fora explicada e aplicada sob os conceitos de propriedade privada, delito e pena. É por meio deste material filosófico que se pode compreender a criminalidade patrimonial enquanto uma realidade concreta. Esta realidade que deveria orientar à norma penal e não, somente, conceitos abstratos sem concretude.

17. Com a concepção hegeliana conseguiu-se construir uma ligação com a fundamentação elaborada no primeiro capítulo deste trabalho, explica-se: analisou-se a propriedade privada por meio de seus momentos (capital, trabalho e realidade estranhada), mesmo que contraditórios, de forma a se alcançar a essência do objeto. Esta é a construção dialética do estudo de um objeto. Da mesma forma, demonstrou-se que disposições jurídicas podem variar do próprio conceito concreto de propriedade privada, como é o caso da instituição "família" e dos contratos.

18. O delito enquanto negação do Direito e a pena enquanto negação da negação conferem uma análise concreta à realidade patrimonial, de forma a acompanhar a complexidade dos problemas sociais que envolvem tal setor de criminalização.

Os crimes contra o patrimônio se relacionam com a própria estrutura social capitalista. Assim, para que sejam configurados a afetação deve ser a negação desta configuração social e não, apenas, de círculos privados de interesses.

19. Partindo-se desta concepção hegeliana sobre o delito e a pena, e utilizando-se da própria linguagem dogmática construída por Günther Jakobs, compreende-se que no âmbito da criminalidade patrimonial deve-se analisar o injusto: se este não apresenta tamanha potencialidade e gravidade de negar a totalidade do direito, de abalar a estrutura social e comunicar um enfrentamento à configuração da sociedade imposta não se poderia legitimar a relevância penal. Com este pensamento, consegue-se construir uma interpretação dogmática que deslegitima a intervenção penal diante das condutas, principalmente da pequena criminalidade patrimonial, que causem um dano estritamente individual sem o preenchimento material do injusto, qual seja: a danosidade social.

20. Observa-se que a estruturação normativa é capaz de não receber a pequena criminalidade patrimonial no âmbito do Direito Penal. Torna-se, dogmaticamente, possível defender uma descriminalização dos injustos cujo significado não abrange uma danosidade social no sentido aqui defendido (negação da estrutura social).

21. Entretanto, caso tal opção não seja acolhida, não se pode mais permitir tamanha arbitrariedade da prática penal frente aos crimes patrimoniais, como se verificou com as ilustrações de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os critérios de merecimento e necessidade de pena deveriam ser estruturados na norma penal, de forma a conferir uma obrigatoriedade de aplicação aos intérpretes e julgadores dos casos concretos. O descaso com a realidade social e econômica na aplicação do Direito Penal não pode mais ser aceito pela comunidade acadêmica.

Caso a descriminalização da pequena criminalidade patrimonial não seja conferida na prática penal, não se pode mais conceber a pena privativa de liberdade enquanto legítima para solucionar problemas essencialmente estruturais do modo de produção estabelecido para a sociedade brasileira. A pena privativa de liberdade cumpre o papel de intensificar as desigualdades sociais, marginalizar e excluir os membros tidos como improdutivos ao sistema. Intensifica-se os problemas sociais frente à criminalidade patrimonial. Ademais, mesmo que haja a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas não se pode esquecer do ‘etiquetamento’ que o âmbito penal confere ao indivíduo, o qual passa a ser reconhecido como o típico “ladrão”, papel social colocado sobre aqueles que recaem na criminalidade patrimonial. A questão da estigmatização do sistema criminal não pode ser ignorada.

22. No que se refere à categoria da culpabilidade, parte-se da ideia de que a identidade da sociedade é ratificada pela pena e, assim, se o injusto não comunica um questionamento a esta identidade a pena perde o seu próprio sentido. O ato do autor deve alcançar um sentido

relevante para a comunicação. Tem-se, portanto, que encaminhar os estudos na linha da teoria funcional que concebe a culpabilidade com base na medida das necessidades de prevenção da sociedade: culpabilidade enquanto um derivado da prevenção geral positiva de estabilização normativa. Por conseguinte, o juízo de reprovação sob a motivação que o agente teve ao cometer o injusto que atinge a propriedade privada é um tanto quanto prejudicado no âmbito da prevenção geral positiva, pois decorre deste injusto um dano de cunho individual e não social.

No caso dos crimes patrimoniais puros tem-se que verificar se no caso concreto fora colocada em dúvida a vigência da norma e em que medida esta resulta ignorada. A intervenção penal não pode ser legítima se não houve tamanha potencialidade de abalar ou gerar um real perigo ao Direito, ou seja, se concretamente não fora capaz de questionar a vigência do Direito e com isso abalar o Ordenamento jurídico.

Os crimes patrimoniais que atingem somente uma dimensão individualista do patrimônio ou que afetam, de forma direta, o direito de propriedade não apresentam a potencialidade de, concretamente, colocar em dúvida a vigência da norma. Não se pode comparar a simples subtração de um objeto eletrônico, por exemplo, o que resultaria em um dano direto na propriedade da vítima; com a subtração profissionalizada, cometida de forma premetidada por uma organização criminosa, de grandes obras de arte. Ao se equiparar condutas essencialmente diversas, sob uma mesma norma penal, deslegitima-se o próprio Direito Penal.

23. A concepção de Frisch fora apontada enquanto uma complementação à noção de delito como expressão de sentido no que se refere à *necessidade de conceber uma concretização*, um *conteúdo operativo ao conceito comunicativo de delito*. O que importa seria examinar se há necessidade de refutação do questionamento do Direito como exigência para a legitimação do delito.

Neste sentido, a observação de uma perspectiva social e de uma perspectiva da vítima é importante para que se possa encontrar a medida para a pena. Desse modo, frente à indagação de Frisch sobre se é necessário substituir o conceito tradicional de delito por uma nova concepção de delito como a comunicativa, concorda-se, nesta pesquisa, com a reposta afirmativa. A concepção de delito como expressão de sentido faz-se necessária no contexto da sociedade atual como forma de limitar a intervenção penal na criminalidade patrimonial clássica.

24. A teoria da imputação de Jakobs é de suma importância para se criar critérios limitadores da intervenção penal frente à criminalidade patrimonial, notadamente no que se refere à autocolocação em perigo da vítima.

Conclui-se, portanto, que a determinação de uma medida ao conteúdo violado é essencial para se determinar a medida do delito. Faz-se essencial a compreesão de qual é a medida do menosprezo ao Direito para se medir a pena. Se este menosprezo for mínimo, a refutação não se faz necessária. Nos casos dos crimes patrimoniais em que as condutas foram motivadas pela estrutura consumista da sociedade econômica não se pode, por conseguinte, ignorar as situações motivacionais que levaram ao cometimento dos crimes patrimoniais na avaliação de qual é a medida que se debilita de forma relevante a vigência do Direito. Com a diferenciação das motivações, na análise dos casos concretos, pode-se compreender se a falta de questionamento real ao Direito significou ou não um abalo à vigência do Ordenamento jurídico em sua totalidade.

Aponta-se, como conclusão, uma passagem da obra *Princípios Elementares de Filosofia* sobre a atuação do Estado na prática penal e sobre o ideal de Justiça frente à criminalidade patrimonial. Observa-se como que a repressão penal intensifica o conflito social (em torno da propriedade privada) essencialmente estrutural da sociedade capitalista.

> Encher as prisões para ter sossego, depois para acabar com o medo que lhes causam as prisões cheias, enchê-las ainda mais. Eis o que representam para essas classes a ordem e a paz, ordem que legaliza a opressão, que é feita para a consolidar e que a abala. Modera-se o conflito, agravando-o. A justiça não é feita, ela é vendida pela burguesia: teoricamente gratuita, ela não é prestada senão aqueles que podem pagar as custas de um processo. A justiça é feita num jargão inacessível às massas populares, que remonta aos primeiros tempos da burguesia. Os princípios que a norteiam são os do direito burguês fundamentado na defesa da propriedade, na defesa do capital, a repressão aos ladrões de bens pessoais serve de álibi para a repressão aos trabalhadores em luta contra seus exploradores, nos negócios políticos, os meios de pressão do Estado burguês sobre os magistrados são múltiplos, vão desde a chantagem com a promoção até a ameaça. Aos crimes, sabe-se que a ideologia burguesa os aprecia de modo muito diferente, segundo sejam eles cometidos por um desclassificado miserável, ou por um filho de família importante; enfim, a corrupção da burguesia torna a justiça impotente diante dos traficantes e gangsters de alto vôo que proliferam nas altas esferas da sociedade.[289]

[289] POLITZER, Georges. BESSE, Guy e CAVEING, Maurice. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hemus, 1970.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. **Indústria cultural e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra: 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia:** uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 2, n. 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

_____. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982

ANTONELI, Osvaldo Gianotti. Das contravenções referentes ao patrimônio (artigos 24 a 27). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). **Comentários à lei das contravenções penais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

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

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

BINDING, Carlo. **Compendio di diritto penale**: parte generale. 8. ed. Roma: Athenaeum, 1927.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2015.

BRASIL. Lei 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis n^{os} 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm>. Acesso em: 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: ago. 2015.

DATAFOLHA. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. São Paulo, maio 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: out. 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de política criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. **Revista Latinoamericana de Derecho,** México, DF, ano 1, n. 1, p. 39-92, ene./jun. 2014.

FAUSTO, Ruy. Dialética marxista, antropologismo, antiantropologismo. **Discurso,** São Paulo, n. 8, p. 67-105, jun. 1978. Disponível em: <http://www. Revistas.usp.br/discurso/article/view/37835>. Acesso em: 2015.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 1.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. 4. ed. São Paulo: Global, 2009.

FERREIRA, Carolina Costa**. Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva:** criminalista do século. São Paulo: Método, 2001.

FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema de delito en transformación. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 1-30, jul. 2014.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

_____. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GAMA, Aliny. Faxineira come um bombom e é autuada por furto pela Polícia Federal em RR. **UOL Notícias,** 5 out. 2015. Cotidiano. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/10/05/faxineira-come-um-bombom-e-e-autuada-por-furto-pela-policia-federal-em-rr.htm>. Acesso em: out. 2015.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOMEM é condenado a mais de um ano de prisão por furto de dois pacotes de bolacha. **Justificando,** São Paulo, 21 out. 2015. Disponível em: **<**http://justificando.com/2015/10/21/homem-e-condenado-a-mais-de-um-ano-de-prisao-por-furto-de-dois-pacotes-de-bolacha**>.** Acesso em: 2015.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004.

_____. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri: Manole, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. As normas de Binding e a sociedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. Danosidade social?: anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI:** libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

LISZT, Franz von. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.

MARX, Karl. Debate acerca da lei sobre o furto de lenha (Anexo IV). In: EIDT, Celso. **O Estado racional:** lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). 1998. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universiade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. Disponível em: <http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf>. Acesso em: 2015.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo. 2005.

_____. Benefícios secundários do crime. **Panóptica:** Direito, Sociedade e Cultura, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 302-303, dez. 2014. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/vie/353/376>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____.; ENGELS, Friedrich. Elementos fundantes de uma concepção materialista da história. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **A miséria da filosofia**. São Paulo: Global, 1989.

_____. Miséria da filosofia. In: PAULO NETTO, José. (Org.). **O leitor de Marx**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____**. O capital:** crítica da economia política. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____. **Para a crítica da economia política:** salário, preço e lucro; o rendimento e suas fontes: a economia vulgar. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MATTA, Paulo Saragoça da. Subtracção de coisa móvel alheia: os efeitos do admirável mundo novo num crime clássico. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra, 2003.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa. 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. 2015.

NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In: ALVES, Alaor Caffé. **Direito, sociedade e economia:** leituras marxistas. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Marxismo e direito:** um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEVES FILHO, Albério. **Progresso técnico para economia clássica e Marx**. Relatório trienal de Pesquisa proposto a CPRT da UNESP. Resp. Prof. Albério Neves Filho. UNESP-Campus de Franca. jul. 1993.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **Teoria geral do direito e Marxismo.** Rio de Janeiro**:** Ed. Renovar, 1989.

PAWLIK, Michael. O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. Teoria da ciência do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: LiberArs, 2012.

PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POLAINO-ORTS, Miguel. As quatro faces da imputação penal: notas críticas ao conceito katiano de imputação desde uma perspectiva funcionalista (Trad. Eduardo Saad-Diniz). In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

POLITZER, Georges; BESSE, Guy; CAVEING, Maurice. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hermus, 1970

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAUTER, Cristina**. Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aieres: Hammurabi, 2002.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.

_____. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret:** Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-24, oct. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf.>. Acesso em: ago. 2015.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio De Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: _____.; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação.** São Paulo: LiberArs, 2012.

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

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2015.

SAUER, Guilhermo. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: José María Bosch, 1956.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A construção do tipo penal. **Fascículos de Ciências Penais,** Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.115-128, jan./fev. 1993.

SHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 331-360, 2005.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Fundamentos do materialismo histórico**. Rio de Janeiro: 1968.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZUGALDIA ESPINAR, Jose Miguel. **Los delitos contra la propriedade y el patrimônio**: infracciones de uso. Madrid: Akal, 1988.