

SUBTRAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR: A (IM) PUNIDADE DE UMA CONDUTA CRIMINOSA

Subtraction within the family: The (im) punity of criminal conduct

Alaor de Oliveira Lima Filho²⁷



RESUMO: O presente estudo tem como objetivo demonstrar que o Art.181 inserido no Código Penal Brasileiro, que possibilita a isenção de pena aos crimes cometidos contra o patrimônio, não pode ser aplicado nos casos em que o crime praticado for o furto. Demonstrando como qualquer outra norma de Direito Penal, o furto tem caráter punitivo, não podendo exaurir o agente delituoso da pena. Pretende apresentar a solução mais viável para este conflito, que seria a possibilidade de ingresso da persecução através de ação penal condicionada à representação da vítima. Caso contrário, haverá a existência de conflito de normas pela inobservância de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Subtração. Familiar. Impunidade. Conduta criminosa.

ABSTRACT: The study as an objective.181 inserted in the Brazilian Penal Code, which has the authenticity of punishment for crimes demonstrated against property, the Penal Code for Fur cannot be applied in cases. Demonstrating how any other norm of Criminal Law, or even has a punitive character, cannot exhaust the criminal agent of the penalty. It intends to present the most viable solution to this conflict, which is the possibility of entry of persecution through action conditioned to the representation of the victim. Otherwise, there will be a conflict of fundamental norms and constitutional principles.

Keywords: Subtraction. Family. Impunity. Criminal conduct.

Introdução

O Direito Penal brasileiro consiste em uma ramo do direito público que visa regular o poder punitivo do Estado em relação a um fato considerado criminoso, tendo como objetivo o combate à criminalidade e, com isso, resultando em um maior controle da sociedade, para a convivência de forma pacífica e harmônica.

Seguindo este entendimento, foram criadas normas penais incriminadoras para definir de forma objetiva quais condutas não toleráveis em uma sociedade seriam consideradas crimes. Foi assim que surgiram vários tipos de condutas criminosas, estando expressamente tipificadas no Código Penal, no qual estão descritos todos os tipos de condutas que são consideradas crime.

No Brasil, o Código Penal vigente foi criado em 1940. O legislador observou, dentre outras, a necessidade de proteção da intimidade familiar em relação a alguns tipos de crimes, por esta razão,

²⁷ Investigador de Polícia pela Polícia Civil de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Escola de Estudos Superiores de Viçosa – ESUV. Graduado em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Inteligência Policial pela Faculdade Unyleya. Email: alaorolima@gmail.com

foi criado o Art. 181. O dispositivo legal tem como finalidade isentar a pena daquela pessoa que cometer crime contra o patrimônio em relação à outra pessoa do mesmo convívio familiar.

Porém, podemos notar que o fato criminoso constitui em crime, e com isso a lei penal não poderia, em tese, propor tal benefício frente a uma conduta criminosa. Por outro lado, observa-se que criação deste dispositivo foi no ano de 1940, e que naquela época os laços familiares eram mais aparentes, assim, o Estado tinha como dever a garantia da proteção familiar, evitando que estes acontecimentos se tornassem públicos e impedindo eventual vergonha para a família.

Atualmente, observa-se que a lei penal muitas vezes não atende a necessidade vigente. A exemplo disso tem-se as várias alterações, modificações e criações de leis para melhor atender os anseios da sociedade. Porém, até o presente momento, não houve nenhum tipo de questionamento quanto à matéria, sendo que até hoje o Art.181 é usado e aplicado como forma de isenção penal.

Sabe-se que a família tem o direito de ser protegida pelo Estado, pois isto constitui um princípio constitucional, todavia, existem outros princípios, além deste, que devem ser protegidos, mas que são ignorados diante do modo de aplicação do dispositivo legal, cabendo este estudo expor todo o problema que envolve o tema e ainda propor uma solução adequada à questão.

1 A Tutela do Patrimônio no Código Penal

1.1 Dos Crimes Contra o Patrimônio

O Código Penal Brasileiro, constituído pelo Decreto-Lei nº2848 em 1940, tipificou vários crimes com a finalidade de proteger os bens jurídicos essenciais para a vida do homem em sociedade. Dessa forma, alguns bens jurídicos foram tutelados, segundo Aldo Nunes da Silva Júnior (2011, p.43):

O Direito Penal se reserva à proteção de bens jurídicos de elevada relevância individual e

social, ou seja, somente aqueles bens que, ameaçados de lesão ou efetivamente lesados, desestabilizam a paz social, a tranquilidade pública e a conveniência harmônica entre as pessoas em sociedade.

Por esta razão, foram instituídos tipos penais incriminadores, sendo uma forma de proteção daqueles bens jurídicos considerados essenciais. Todavia, o normativo penal é uma legislação que deve ser utilizada apenas em último caso (*ultima ratio*), quando nenhuma outra área for capaz de estabelecer e garantir devida proteção.

Com isso, o Código Penal regulou em sua parte especial, no Título II, os Crimes Contra o Patrimônio, o qual tem como objetivo a proteção constitucional do patrimônio, bem tutelado pela Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, XXII, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL, 1940).

Contudo, não se pode confundir propriedade com patrimônio, posto que ambos não são sinônimos. O primeiro consiste no poder que a pessoa exerce sobre a coisa (Art.1228, CC), enquanto o segundo, está relacionado ao valor que a coisa tem para o proprietário ou possuidor, não só no sentido econômico, mas também pela afeição, sentimentos, necessidades e uso, etc. Embora a Constituição Federal expressamente use o termo propriedade e o Código penal o termo patrimônio, observa-se que tais termos estão relacionados um ao outro, depreendendo-se então que a proteção constitucional abrange os dois igualmente.

Por esta razão, a fim de estabelecer diretrizes para a proteção do patrimônio, este Título criou tipos penais, tornando crimes aquelas condutas que correspondessem à violação do princípio constitucional de proteção do patrimônio, e, assim, resguardando o direito de cada ser humano e mantendo a ordem pública e/ou paz social.

As provas disso são justamente as normas inseridas nos Capítulos deste mesmo Título, que estipula tipos penais incriminadores para cada conduta, sendo elas: CAPÍTULO I DO FURTO, CAPÍTULO II DO ROUBO E DA EXTORSÃO, CAPÍTULO III DA USURPAÇÃO, CAPÍTULO IV DO DANO, CAPÍTULO V DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA, CAPÍTULO VI DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES, CAPÍTULO VII DA RECEPÇÃO, CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES GERAIS.

No entanto, este estudo será restrito à abordagem apenas do tipo penal relacionado ao crime de furto, ora tipificado pelo Art. 155 do Código Penal, que consiste no primeiro tipo incriminador do Título II da parte especial, que rege o seguinte texto:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso: I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

§ 7º- A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

O crime de furto, segundo os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N, Fabbrini (2012, p.193) é “o assenhoreamento de coisa com o fim de apoderar-se dela de modo definitivo”, o que significa dizer que o simples ato pelo qual o indivíduo toma posse de coisa móvel para si ou para outrem de forma definitiva configura o crime.

Neste sentido, Damásio E. de Jesus (2003, p. 305) entende que “o estatuto penal, na espécie, protege dois objetos jurídicos: a posse, abrangendo a detenção, e a propriedade”.

Em outro sentido, Rogério Grecco (2010, p.11), diz:

Compreende a posse como um dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art.155. Existe perda por tanto para o possuidor, quando para o proprietário, (...). No entanto, não conseguimos visualizar a perda que sofre o mero detentor.

Existe divergência entre alguns autores sobre o caráter da detenção como bem jurídico protegido, entretanto, é claro que a principal tutela é da posse e propriedade, e para que haja a consumação do ato deve o agente subtrair coisa alheia, que seja móvel, para si ou para outrem. Para o Direito Penal brasileiro, coisa móvel tem sentido diferente do Direito Civil, considerando móvel “a coisa que desloca de um lugar para outro. Trata-

se do sentido real, e não jurídico” (NUCCI, 2011, p. 722).

Rogério Grecco (2010, p.6) facilmente traduz o que poderia ser coisa móvel no sentido real citando como exemplo:

Até mesmo uma casa pode ser subtraída, desde que possível a sua locomoção, ou seja, a sua retirada do local no qual estava afixada, como é a hipótese das casas de madeira, que podem, tranquilamente, ser transportadas de um lugar para outro sem que ocorra sua destruição.

Assim, deixa claro que o sentido de coisa móvel para o Direito Penal é real e não abstrato, com a simples possibilidade de retirada, locomoção, transporte ou qualquer outro meio necessário para a subtração da coisa.

1.2 Das Disposições Gerais

O Código Penal também criou o Capítulo VIII, que trata sobre as Disposições Gerais, inserido no mesmo Título (crimes contra o patrimônio). Tais normas tem por finalidade regular, no caso concreto, formas para o tratamento de crimes cometidos por pessoas do mesmo grupo familiar contra seus integrantes.

Deve-se pensar que a criação do Código Penal tem como objetivo atender as necessidades sociais, e que, à época, era necessário um tratamento diferenciado para os fatos envolvendo a família. Então, o legislador observou a possibilidade do crime ocorrer entre o próprio ente familiar e, dessa forma, produzir algum tipo de transtorno perante a sociedade.

O referido capítulo foi criado como forma de instruir, no modo de aplicação da lei, quando o agente delituoso for parente da vítima. Em razão disto, foram estipulados três artigos contendo regras de aplicação e concessão de imunidades penais, encontrando-se tipificados nas Disposições Gerais, em que se pode visualizar exatamente a intenção do legislador, sendo eles:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II - de irmão, legítimo ou ilegítimo; III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (BRASIL, 1940).

Tratam-se de imunidades nos crimes contra o patrimônio, que são concedidas para aqueles que figuram como sujeito ativo do crime. Tais normas têm caráter pessoal e podem ser consideradas absoluta ou relativa. Na primeira hipótese, também conhecida como escusa absolutória, fica o agente isento de pena, sendo a imunidade absoluta apenas para aqueles que estão tipificados pelos incisos I e II do Art.181 do Código penal. Já na segunda, não há exclusão da pena, acontecendo na verdade a possibilidade de escolha do ofendido ou representante legal sobre a representação, conforme indicado no Art.182 da mesma lei.

O legislador entendeu ser necessária a inserção destes dispositivos, pois causaria menor alarme social, bem como a forma viável de fazer a política criminal, que segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p.68):

É uma maneira de raciocinar e estudar Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vista à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.

Por esta razão, a política criminal é importante, posto que é a partir desses raciocínios que são criadas as normas para que possamos atender as necessidades da Lei Penal conforme a realidade e mantendo o controle social.

2 Apectos Juridicos do Art. 181 do Código Penal

2.1 A Normatização do Art.181 do Código Penal

O Art. 181 foi inserido no Código Penal Brasileiro com a seguinte redação:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:
I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. (BRASIL, 1940).

A finalidade deste artigo é isentar a pena daquela(s) pessoa(s) descrita(s) pelos incisos I e II que figuram como autor da conduta criminosa, consistindo apenas em uma isenção de pena e não a uma “isenção criminal”, pois uma vez configurado o fato, este ainda será considerado crime, permanecendo sua natureza jurídica. Ou seja, “o crime - fato típico, antijurídico e culpável - está presente, embora não seja punível” (NUCCI, 2011, p.794). Para a referida situação, a doutrina classificou como um tipo de imunidade penal ao crime praticado em relação ao patrimônio.

A imunidade falada no Capítulo VIII (disposições gerais) do Título II (crimes contra o patrimônio) “é um privilégio de natureza pessoal, desfrutada por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstâncias de caráter pessoal” (NUCCI, 2011, p.794), ou seja, faz jus a este direito apenas aqueles que estão citados nos dispositivos, não podendo, em tese, ser repassado a terceiros.

É importante ressaltar que existe consagração na Constituição Federal em seu Art. 226, §3º, bem como no Direito Civil em seu Art.

1.723, o reconhecimento do companheiro como entidade familiar, ainda que não esteja concedida expressamente o direito a imunidade absoluta para este indivíduo. Desta forma, a solução mais pacífica, neste caso, seria a interpretação analógica *in bonam partem* pelo magistrado, que consiste na interpretação jurídica para beneficiar o réu, devendo o efeito da imunidade absoluta atingir esta figura familiar.

Essa Imunidade pode ser tanto relativa quanto absoluta, consistindo a primeira na hipótese em que não se extingue a punibilidade, mas apenas transforma a ação penal incondicionada em uma ação penal condicionada à representação, deixando a cargo da vítima a manifestação de vontade pelo prosseguimento da ação.

Enquanto a absoluta, ou também conhecida como escusa absolutória, consiste na extinção da punibilidade do agente. A escusa absolutória é a “isenção obrigatória e que abrange qualquer sanção” (MIRABETI, 2012, p.336), retirando do crime o caráter punitivo, porém o crime continuará existindo com toda sua essência.

Com isso, pode-se observar que não haverá a aplicação de pena a nenhum crime tipificado pelo Título II (crimes contra o patrimônio), caso existam condições para ser aplicado o art.181 do CP referente à imunidade absoluta, pelo simples fato de ser rol taxativo.

Deste modo, a lei também conferiu alguns requisitos ao tipo penal (art.181), impedindo a concessão das imunidades aos agentes criminosos que praticarem o crime nas hipóteses do Art.183 do CP, que são:

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:
I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;
II - ao estranho que participa do crime.
III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (BRASIL, 1940).

Assim, não é permitido que o crime seja praticado mediante violência ou grave ameaça, por estranho que participa na prática do ato e,

muito menos, contra pessoa de idade elevada acima de 60 (sessenta) anos.

O Código Penal impôs alguns limites que impedem a concessão das imunidades, contudo, o próprio crime de furto não pode ser praticado na maneira descrita no inciso I deste artigo, senão configuraria roubo (art.157 do CP) ou até extorsão (art.158 do CP), por exemplo.

O inciso II também impede que tais circunstâncias se comuniquem, posto que a imunidade caráter pessoal não pode ser transferida à terceiro para se valer de tal benefício. Já em relação ao cometimento do crime contra pessoa idosa, a lei traz maior necessidade de proteção, por se tratar de pessoas mais vulneráveis na sociedade.

Todavia, não havendo requisito impeditivo, o agente delituoso será beneficiado com a imunidade penal. Com isso, impedirá a instauração de qualquer ato processual, como nos mostra Julio Fabbrini Mirabete (2012, p.335):

Existindo um caso de imunidade absoluta, não deve ser instaurado inquérito policial e muito menos ação penal por falta de interesse de agir. Não se permite a instauração de um procedimento (ação penal condenatória quando não se pode impor sanção penal.

Neste sentido, Damásio E. de Jesus (2003, p.514) afirma: "(...) entendemos que a autoridade policial está impedida de instaurar inquérito policial. Se o pai vai à polícia relatar furto praticado pelo filho contra ele, ou vice-versa, não pode ser instaurado inquérito".

Vale ressaltar que a Lei Penal foi instituída no ano de 1940 e, naquela época, os princípios e valores eram diferentes dos de hoje. Antigamente, a sociedade tinha seus laços familiares mais fortes e o Estado era impedido de interceder em problemas cujo interesse era apenas dos membros pertencentes a este grupo.

E, para isso, o Estado permitiu a escusa absolutória, para que pudesse, através desta norma, proteger a família, preservando a intimidade de seus membros, a fim de que não houvesse nenhum tipo de discórdia entre eles. Assim, o Estado dava a devida proteção e

mantinha a harmonia, cumprindo com seu papel de controlador da ordem pública.

2.2 Conflito de Normas e Direitos Fundamentais

É visível que hoje vivemos em uma sociedade moderna em relação à proteção familiar comparada com a de 1940, ano em que o Código Penal foi criado. Atualmente, vários valores foram alterados com o passar dos anos e, por muitas vezes, observamos que o grupo familiar não contém os mesmos laços de afinidade, amor e respeito.

O Código Penal Brasileiro vive em um período de muitas reformas. Ao passo em que muitas normas já caíram em desuso, outras foram reformuladas para atender a realidade atual da sociedade, isto porque é seu papel cumprir com a finalidade de garantidor da paz social, da ordem pública e, principalmente, da proteção de garantias fundamentais.

Porém, atualmente, observa-se que a escusa absolutória tipificada pelo art.181 do CP deve ser reformulada para ser mais eficiente e atender a realidade em que vivemos, haja vista a existência de conflito entre princípios e direitos fundamentais.

Para isso, Cláudio da Silva Leiria (2007) ensina que: "Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto".

E também Hans Kelsen (1998, p.143), em seu livro *A Teoria Pura do Direito* diz que:

Conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. (...) por exemplo, quando uma das normas (...) determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com prisão (e, portanto, não é com a morte punido).

Tal como o filósofo Hans Kelsen em seu exemplo, verificamos que também existe um conflito quando uma norma determina a

penalização do crime de furto (art.155 do CP) e outra determina a isenção de pena (art.181 do CP) para o mesmo crime quando cometidos na hipótese dos incisos I e II, criando no ordenamento jurídico um tratamento desigual diante da mesma norma incriminadora.

Vale ressaltar que toda pessoa possui direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados por todos e principalmente pelo Estado, para isso foi editada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo considerada uma das maiores fontes de garantia da pessoa humana mundialmente. Desta forma, podemos observar em seu Artigo XVII a seguinte redação: "1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade."

Em razão disso, a Constituição Federal também assegurou, em seu Art.5º, caput: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)"

Verifica-se que tanto a Declaração Universal, como a Constituição Federal, estipulou proteções essenciais para a vida do homem, entre elas, ficou tutelado a proteção da propriedade. Por isso, a escusa absolutória gera um conflito de normas, pois desrespeita a proteção patrimonial deixando de aplicar pena.

Além disso, o Art.5º da CF impede qualquer distinção na aplicação da lei dizendo: "Todos são iguais perante a lei". Este dispositivo tem como pressuposto o Princípio da Isonomia ou Igualdade que, segundo explica Alexandre de Moraes (2003, p.65):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar

a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Portanto, fica explícito que o princípio da isonomia serve como garantia para que não haja pontos contraditórios no tratamento da norma diante de situações idênticas. Com isso, resta provado que o furto praticado entre pessoas do mesmo grupo familiar não pode receber tratamento diferenciado, vez que trata-se de conduta criminosa e, enquanto uns sofrem penalização, outros não devem ficar isentos de pena. Para robustecer ainda mais este entendimento, o Art.5º da CF em seu inciso XLI prevê: "XLI - **a lei punirá** qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Isto deixa claro que a lei é obrigada a punir qualquer lesão ou violação aos direitos e garantias fundamentais tutelados pelo Código Penal. Posto isto, observa-se que a escusa absolutória (Art.181 do CP) fere o princípio da proteção do patrimônio e o princípio da igualdade.

Contudo, não somente a Constituição segue princípios básicos, mas o Código Penal também possui características próprias e por isso possui próprios princípios, sendo um deles conhecido como Princípio da Intervenção Mínima, ou também conhecido como *ultima ratio*.

Este princípio serve para impor um limite a Lei Penal e esta, por sua vez, nunca pode ser vista como a primeira opção no ramo do direito para dirimir conflitos. Justamente por isso é conhecida como *ultima ratio*, ou seja, utilizada em último caso, pois apenas assim é que o Estado deve intervir.

Já falamos anteriormente que o Código Penal serve para tutelar bens jurídicos essenciais para a vida, porém deve-se abrir mão da tutela quando há outra possibilidade de proteção do bem, razão pela qual o Direito Penal escolheu apenas aqueles bens jurídicos importantes para poder intervir no caso de uma ameaça em potencial.

Guilherme de Souza Nucci (2011.p.86-87) classifica o Princípio da Intervenção Mínima da seguinte forma:

Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. (...) O direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator o infrator.

Assim, o Estado deve apenas atuar na proteção dos bens jurídicos essenciais e, sendo violado o patrimônio de uma pessoa através do furto, o Estado deve aplicar pena destinada para o tipo penal. A escusa absolutória não pode exaurir a responsabilidade do infrator que violou o patrimônio da vítima, uma vez que o patrimônio tutelado pelo Estado é considerado um bem jurídico essencial e não se pode abrir mão dessa proteção por causa de sua essencialidade.

Quando o Estado decidiu tutelar o patrimônio viu a necessidade de regulamentação através da Lei Penal, uma vez que nenhuma outra norma conseguiria cumprir este papel. Posto isto, baseado no princípio da intervenção mínima, foi resguardado o patrimônio e, aplicando escusa absolutória, contraria seu próprio princípio, seguindo lados opostos.

Não obstante, o Art.181 do CP tem legitimidade baseada em outro princípio constitucional, qual seja, o princípio de proteção da família. Tal princípio, sendo assegurado anteriormente, persiste até hoje pelo Art.226 da Constituição Federal que expressa: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

Este princípio serviu para justificar a criação da escusa absolutória no Código Penal em 1940, dizendo que era preciso "acobertar a intimidade familiar" e "protegê-la de escândalos perante terceiros" (LEIRIA, 2007) diante da ocorrência de algum fato criminoso entre seus membros (crime contra o patrimônio).

Foi uma atitude sábia do legislador naquela época, porém hoje já existem no ordenamento

jurídico outros meios para proteger a família de eventual vergonha, escândalos ou qualquer outro episódio que possa ofender a sua dignidade e/ou sua intimidade.

Sabemos que existe inserido na Constituição Federal, bem como no Código de Processo Civil, a possibilidade de um processo correr em segredo de justiça. Prova disso é o Art.93, IX da CF e Art.155 do CPC, que expressa, respectivamente:

Constituição Federal

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Código de Processo Civil

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

- I - em que o exija o interesse público ou social;
- II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
- III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
- IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. (BRASIL, 2015)

Por isto, existe a possibilidade da vítima manter em segredo qualquer assunto relacionado à família, tendência esta que também é observada no Art.189, II, descrito acima, no qual fica clara a intenção do Estado em manter em segredo assuntos exclusivos da família, como é o caso do casamento, filiação, separação, dentre outros. Desta forma, haveria a proteção da família sem a necessidade de exclusão da pena com a escusa absolutória.

3 Ação Penal nos Casos de Subtração Familiar

3.1 Considerações Sobre Ação Penal

A ação penal é, segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p.587), “o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal”. Por esta razão, encontra-se no ordenamento jurídico a possibilidade de ação penal para cada crime tipificado no Código Penal.

O Estado possui dever e poder punitivo, em razão disso, cabe a ele o direito de postular uma ação penal contra aquele que cometeu uma conduta criminosa aplicando uma sanção em face do crime praticado.

Por esta razão, o Código Penal mencionou regras básicas sobre ação penal, e a forma que será aplicada de acordo com o crime, estando previsto em seu art.100:

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (BRASIL, 1940)

Como podemos observar, para se tratar de ação penal, devemos seguir algumas regras importantes, pois segundo Rogério Grecco (2005, p.768):

[...] a legislação processual penal prevê duas espécies de ação penal, a saber: ação penal pública e ação penal privada. A regra

prevista no art.100 do Código Penal diz que toda ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Assim sendo, a ação penal está classificada em: Ação Penal Pública e Ação Penal Privada. No caso da ação Penal Pública podemos perceber a divisão em incondicionada ou condicionada à representação do ofendido ou Ministério Público. “Diz-se incondicionada a ação penal de iniciativa pública quando, para que o Ministério Público possa iniciá-la, ou mesmo requisitar a instauração de inquérito policial, não se exige qualquer condição.” (GRECCO. 2005, p.769). Já a condicionada à representação está ligada na manifestação de vontade do ofendido ou representante legal, mediante simples declaração, possibilitando o Ministério Público a dar início à ação penal diante do oferecimento da denúncia.

Por sua vez, ação penal privada é quando o direito de acusar está exclusivamente ligado ao ofendido ou a quem representá-lo, podendo ser: privada propriamente dita, subsidiária da pública e personalíssima. Propriamente dita é aquela que ficou a cargo do particular em decidir sobre a manifestação da queixa para dar prosseguimento na ação. Por outro lado, a privada subsidiária da pública é quando, por inércia do Ministério Público, não for oferecida denúncia dentro do prazo legal, podendo o particular assumir a titularidade da ação, como previsto no art.5º, LIX, que diz: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. E por último, mas não menos importante, a ação privada personalíssima, que é aquela que é proposta apenas pelo ofendido, e mais ninguém.

3.2 Procedimento Aplicado no Crime de Furto e no Caso de Subtração no Âmbito Familiar

Segundo Art.394, §1º, I, do Código de Processo Penal, o procedimento aplicado no crime de furto é o ordinário, posto que sempre será “ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou

superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade”(BRASIL, 1941).

Desta forma, o procedimento aplicado no furto é o rito ordinário, uma vez que sua pena máxima cominada é de 4(quatro) anos, podendo ser elevada na existência de qualificadoras.

Porém, o surgimento do procedimento se dá a partir do oferecimento da denúncia feita pelo Ministério Público, pois, como visto anteriormente, o furto é crime de ação penal incondicionada, mas a denúncia dependerá de meios comprobatórios da ação criminosa para ser feita. Assim, poderá o Ministério Público receber diretamente através da autoridade policial o Inquérito policial, ou requisitar sua instauração e, ainda, se possuir elementos que comprovem a autoria e materialidade da infração penal, poderá oferecer a denúncia sem necessidade de inquérito.

Após esta etapa, a peça inicial é encaminhada para o magistrado, que após detida análise receberá ou rejeitará a denúncia. Em caso de recebimento, dá-se início a persecução penal, assim como às várias etapas presentes no rito até a eventual sentença punitiva, contudo, havendo violação da mesma infração penal (furto) na hipótese de escusa absolutória, o tratamento deve ser diferenciado, pois há a isenção de pena ao agente criminoso.

Vimos que a ação penal nada mais é que o poder punitivo do Estado em pleitear a aplicação da lei no caso concreto, só que, diante da escusa absolutória, será diferente, pois o caráter punitivo da lei penal ficará isenta pela norma (art.181 do CP).

Com relação a isso, Julio Fabbrini Mirabete (2012, p.335) leciona: “Existindo um caso de imunidade absoluta, não deve ser instaurado inquérito policial e muito menos ação penal”; e Damásio E. de Jesus(2003, p.514) afirma: “Se o pai vai à policia relatar furto praticado pelo filho contra ele, ou vice-versa, não pode ser instaurado inquérito”.

Diante disso, nada há de ser feito pela Autoridade Policial e nem pelo Ministério Público, mesmo este possuindo e legitimidade em postular

a ação penal, pois a escusa absolutória é inerente da condição ocupada pelo agente delituoso.

3.3 Proposta de Alteração no Sistema

Demonstrou-se anteriormente a existência de um problema sistêmico no ordenamento jurídico, tanto em relação ao Código Penal com a escusa absolutória, como no Código de Processo Penal com a impossibilidade de propositura da ação penal. Para isso, devemos estabelecer uma solução favorável ao sistema penal brasileiro, respeitando a peculiaridade da norma.

Então, a solução mais favorável seria a possibilidade de alteração das regras acolhidas pelas Disposições Gerais do Código Penal, tornando-se o crime de furto cometido por cônjuge, ascendente ou descendente passível de ação penal condicionada à representação do ofendido. Neste sentido, o Deputado Coronel Alves e a Deputada Rosane Ferreira elaboraram, cada um, o Projeto de Lei nº3764/2004 (ANEXO I) e nº4661/2012 (ANEXO II), respectivamente.

Ambos os projetos optaram por revogar o Art.181 do Código Penal e dar nova redação ao Art.182, inserindo os indivíduos que são contemplados pela imunidade absoluta, abolindo de vez este benefício e deixando para a vítima, mediante representação, a escolha de propor ação ou não.

Neste caso, a ação penal seria condicionada à representação do ofendido, pois ninguém mais do que a própria vítima pode decidir sobre o prosseguimento da ação penal. Neste mesmo sentido, Bruno Sapucaia Schinelli (apud Bitencourt, 2003, p. 414):

Na verdade, não se trata de imunidade, absoluta ou relativa, mas simplesmente de alteração da espécie de ação penal, condicionada à representação do ofendido, desde que o crime patrimonial tenha sido praticado em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, irmão legítimo ou ilegítimo, tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Desta feita, observa-se que existe a tendência de que os crimes patrimoniais se tornem passíveis de representação do ofendido no caso em que envolver a família, trazendo mais eficácia e protegendo os direitos e garantias relacionados ao tema.

Conclusão

Após o estudo apresentado, fica claro que a intenção do legislado em inserir o Art. 181 no Código Penal foi o mais nobre possível, pois, à época, estavam presentes intensos laços familiares, diferentemente do que acontece hoje, em que o Estado é responsável em proteger qualquer ameaça ou violação da intimidade familiar, evitando eventual vergonha social que esta poderia sofrer.

Todavia, atualmente verifica-se que a regra para aplicação da escusa absolutória se mostra inviável, visto que existem outros conceitos e outras formas de impedir que a família fique desprotegida, existindo certa autonomia para que a família faça suas próprias escolhas sem que para isso haja a intervenção do Estado.

O que acontece hoje é que a aplicabilidade da escusa absolutória impossibilita a própria vítima de manifestar sua vontade, pois este direito está sendo cessado pelo Art. 181 do Código Penal. Com isso, a única garantia constitucional que está sendo protegida até o momento é a proteção familiar.

Por outro lado, existe a inobservância de outros princípios e garantias constitucionais essenciais que também devem ser protegidos pelo Estado. Tais garantias são: o direito de propriedade, o princípio da isonomia, o princípio da intervenção mínima, a obrigação punitiva do Estado e possibilidade de segredo de justiça.

Essas garantias estão sendo ignoradas quando há a aplicação do Art. 181 determinando a isenção penal, pois uma vez aplicado, o Estado fica sem armas para poder valer-se destas garantias.

Assim, conclui-se que é necessária uma alteração significativa na norma existente, e para isso ser possível devemos não somente alterá-la, mas também propor nova forma de procedimento

quanto a ação penal, sendo possível tornar o furto entre parentes capaz de sofrer a penalização do tipo penal.

Vimos que o Estado não tem que se valer da proteção de apenas um princípio (proteção familiar) na defesa de um determinado interesse, devendo honrar todas as proteções constitucionais existentes no ordenamento jurídico referente ao tema. E, para que isso possa acontecer, deve-se primeiro alterar a regra, ou seja, não será mais aplicada isenção penal, sendo revogada a norma do Art. 181 e dando nova redação ao Art.182 conforme ANEXO I e II.

Revogando o dispositivo e o inserindo no Art. 182, os cônjuges, ascendentes e descendentes, estes não serão beneficiados pela isenção penal e permitirá que a vítima manifeste vontade através de ação penal condicionada à representação, bem como, o Estado poderá dispor sobre todas as garantias constitucionais, dependendo da escolha da vítima.

Para ficar mais claro, observa-se que, a vítima escolhendo pelo não prosseguimento da ação penal, o Estado lhe forneceria a proteção familiar impedindo qualquer procedimento contra o agente delituoso. Por outro lado, manifestando interesse, o Estado disponibilizaria meios para a aplicação de pena (obrigação punitiva e princípio da isonomia) para o agente, e ainda protegeria direitos da vítima e da família (direito de propriedade, proteção familiar e segredo de justiça) (ANEXO III).

Conclui-se, portanto, que existe uma inobservância e violação de direitos e garantias fundamentais consagrados pela nossa Constituição Federal, na qual o Estado não poderá definir apenas um meio de proteção, pelo contrário, deve dispor de todos os meio garantidores para que a vítima, diante de sua vontade, e a entidade familiar, tenham efetiva proteção do Estado. ■

Referências

- BRASIL, **Código Penal** Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso: 15 Mai. 2020
- BRASIL, **Código de Processo Penal** Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso: 15 Mai. 2022.
- BRASIL, Constituição da República federativa do Brasil de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 19 Mai. 2022.
- BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm>> Acesso em: 22 Mai. 2022.
- GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5ªEd. Niterói-RJ: Impetus. 2005, p.854.
- GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 7ªEd. Niterói-RJ: Impetus. 2010, p.737.
- JUNIOR, Aldo Nunes da Silva. **Subtração de Droga Ilícita: Um crime contra o patrimônio?**. Consulex. Brasília – DF, ano XV, nº341, 43-45, 1º de Abril de 2011.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Especial**. 25ªEd. São Paulo: Saraiva. 2003, p.517.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.271.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. **Ligeiras observações sobre a im(p)unidade penal nos crimes contra o patrimônio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1496, 6 de ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10235>>. Acesso em: 25 Mai. 2022.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 29ªEd. São Paulo: Atlas. 2012, p.538.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 836.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.1151.

ANEXO I
PROJETO DE LEI Nº DE 2004
(Do Senhor Coronel Alves)

Dá nova redação ao art. 182 e revoga-se o art. 181 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. Esta lei dá nova redação ao art. 182 e revoga o art. 181 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.

Art. 2º O art. 182 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 182.....:**

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;

II - de ascendente, descendente, enteado, irmão, tio, sobrinho ou primo.”

Art. 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação revogando-se o art. 181 do Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Justificativa

A lei penal traz a previsão de que os crimes contra o patrimônio quando praticados contra familiares são isentos de pena, porém o texto continua com a redação anterior a Constituição de 1988, inclusive trazendo o tratamento de parentesco legítimo e ilegítimo.

Para melhor adequar o texto a realidade brasileira e não beneficiar o parente que praticou a infração contra a própria família, entendemos que a melhor hipótese seria a revogação do art. 181, pois traz a isenção de pena, quando o mais correto deve ser a representação, deixando para a família a decisão da responsabilidade penal ou não.

Assim, este projeto visa aperfeiçoar o texto e ampliar a ação familiar na correção dos atos delituosos, dentro do espírito das penas alternativas.

Temos a certeza que os nobres pares saberão apoiar esta iniciativa que, com certeza será aperfeiçoado ao longo de sua tramitação nesta Casa de Leis.

Sala das Sessões, em de de 2004.

Deputado Coronel Alves PL-AP



CÂMARA DOS DEPUTADOS

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei ora apresentado tem o objetivo de criminalizar as lesões patrimoniais praticadas sem violência ou grave ameaça entre cônjuges ou entre ascendentes e descendentes. De ordinário, tem-se notícia de furtos, apropriações indébitas e outros delitos praticados por filhos contra pais, netos contra avós, maridos contra esposas.

Em nosso entender, um crime patrimonial praticado por um membro da família contra outro é notoriamente mais grave do que um crime consumado entre desconhecidos. Ora, o integrante da família que lesiona outro familiar está nitidamente abusando da especial fidúcia que detém.

A tolerância a tais delitos escapa à razoabilidade, pois não é aceitável que famílias vítimas de membros integrantes do próprio núcleo afetivo tenham o seu patrimônio lesado sem ter a possibilidade de recorrer ao Estado para a proteção de seus bens.

Nesse passo, sem retirar o direito de a vítima manter o familiar a salvo da ação penal, optou-se por eliminar a isenção de pena prevista no art. 181 do Código Penal, bem como em dar nova redação ao art. 182 do mesmo diploma normativo, transformando tais condutas em crimes apuráveis por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Diante de tais argumentos, conclamamos os nobres pares à aprovação desta matéria.

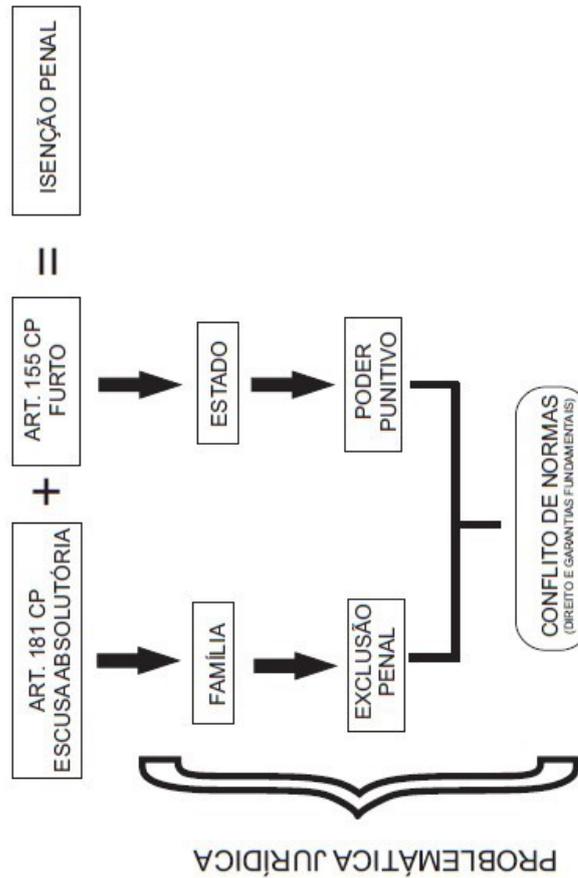
Sala das Sessões, em de novembro de 2012.

Deputada ROSANE FERREIRA

ANEXO III

SUBTRAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR: A (IM) PUNIDADE DE UMA CONDUTA CRIMINOSA

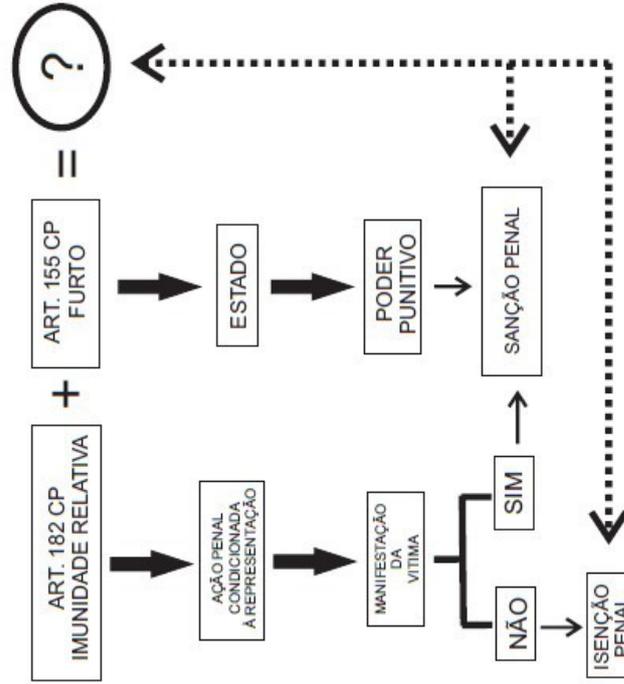
PANORAMA ATUAL DA NORMA



PONTOS CONFLITANTES:

- DIREITO DE PROPRIEDADE
 - PRINCÍPIO DA ISONOMIA
 - PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA
 - OBRIGAÇÃO PUNITIVA
 - SEGREDO DE JUSTIÇA
- X - PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

PROPOSTA DE SOLUÇÃO



Nota:

A Ação penal sendo condicionada à representação possibilita cumprir com a proteção estatal a família quando a vítima optar por não prosseguir com a ação penal, deixando existir eventual procedimento condenatório. Por outro lado, manifestando-se favorável pela ação possibilita ao Estado cumprir com as garantias constitucionais, já que há a autorização familiar manifestando interesse pela ação penal.