

A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL SOBRE O FURTO EM ESTABELECIMENTOS
COMERCIAIS * **

Augusto Silva Dias
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

O ladrão que furta para comer,
não vai, nem leva ao inferno

Padre António Vieira, *Sermão do Bom Ladrão*

1. Do problema

A proposta de lei de alteração do CP apresentada pelo Governo contempla a introdução de um nº2 no art.207º que prevê a qualificação como crime de acusação particular do furto simples cometido em estabelecimento comercial, mediante a verificação de quatro requisitos: 1. que a acção tenha sido praticada durante o período de abertura ao público; 2. que o objecto seja coisa móvel, esteja exposta, e tenha valor diminuto; 3. que a coisa tenha sido recuperada imediatamente; 4. que não tenha havido concurso de duas ou mais pessoas ¹. Fora desta previsão, revestindo natureza semi-pública ou pública, ficam os casos em que o furto é praticado após o encerramento do estabelecimento, em que a coisa furtada não está exposta, mas guardada ou protegida, não possui valor diminuto, não tenha sido imediatamente recuperada, ou em que se tenha verificado o concurso de duas ou mais pessoas. De

* O texto está escrito segundo a norma anterior ao Acordo Ortográfico.

** Agradeço à Dr^a. Sónia Reis, Assistente da FDUL, as preciosas indicações sobre o estado actual da mediação e dos julgados de paz.

¹ A anterior redacção do preceito requeria que: 1. a acção tenha sido praticada durante o período normal de funcionamento do estabelecimento; 2. os produtos estejam expostos; 3. tenha havido recuperação da “coisa ilegitimamente apropriada” ou a reparação integral dos prejuízos causados; 4. que não tenha existido concurso de duas ou mais pessoas.

fora ficam também aqueles casos em que, concorrendo todos os requisitos da proposta de lei, o facto corresponde, porém, a um ilícito típico patrimonial distinto do furto.

A finalidade da minha intervenção é averiguar se esta solução é politico-criminalmente aceitável, se ela representa um avanço na resolução do problema, isto é, se ela permite obter alguma espécie de ganhos sociais.

As estatísticas oficiais divulgadas dizem-nos muito pouco sobre a frequência deste crime entre nós. Sabe-se apenas que os furtos representam uma taxa de 55,2% da criminalidade registada pelas autoridades policiais em 2011 e que esse índice global teve uma ligeira descida em relação ao registado em 2010 ². Sobre a parcela nessa percentagem dos furtos cometidos em estabelecimentos comerciais não há indicação. As espécies de furto que mais contribuíram para esse resultado foram os furtos praticados em veículo motorizado e os furtos praticados em residências. No entanto, a taxa mais elevada corresponde à categoria indiferenciada designada por “outros furtos”.

Dados estatísticos de outro género levam-me todavia a crer que a frequência de furtos em estabelecimentos comerciais atinge um nível elevado. A *Checkpoint Systems*, uma empresa de gestão de quebras, visibilidade de mercadorias e soluções de etiquetagem, sediada no Reino Unido, produz anualmente um relatório intitulado *Global Retail Theft Barometer*, no qual vêm registadas e analisadas as perdas dos estabelecimentos comerciais resultantes da actividade de furto em vários países da Europa e do mundo ³. Em Portugal, entre Junho de 2008 e Julho de 2009, o furto em estabelecimentos comerciais causou um prejuízo da ordem dos 344 milhões de euros, representando 1,26% do total das vendas, e em 2011 aquele montante subiu para 372 milhões de euros, isto é, 1,33% das vendas totais. Estes valores de perda reportam-se a crimes patrimoniais praticados por clientes mas incluem também crimes da mesma natureza cometidos por funcionários dos próprios estabelecimentos.

² V. DGPJ, destaque estatístico nº12, de Março de 2012.

³ Os relatórios são consultáveis em www.checkpointsystems.com/pt-PT.aspx

Estes dados, não sendo precisos, revelam em minha opinião dois aspectos. Por um lado, o furto em estabelecimentos comerciais está relacionado com o consumo de bens e por isso a sua taxa de frequência oscila em função de dois factores: das técnicas de estímulo ao consumo, que promovem, sobretudo nas grandes superfícies, o acesso directo e a “compra por impulso”; e da situação económica, subindo aquela taxa em conjunturas de crise como a que vivemos. Por outro lado, os montantes em causa indicam que estamos perante uma criminalidade de massa ⁴. Na verdade, são o resultado não de meia dúzia de acções espectaculares e altamente lucrativas cometidas por especialistas, mas da soma de milhares de microlesões patrimoniais provocadas principalmente por pessoas social e economicamente carenciadas. A imprensa tem noticiado alguns casos característicos, como o furto de uma embalagem de queijo fatiado no valor de 1,29 euros, o furto de gelados no valor de 2,40 euros, de uma embalagem de feijão verde no valor de 77 cêntimos, etc. Montantes irrisórios, que reflectem uma actividade massiva, bagatelar e destinada a suprir necessidades vitais do próprio e/ou de pessoas chegadas.

O certo é que esta criminalidade de massa acaba por sobrecarregar o sistema judicial, pois muitas vezes os estabelecimentos comerciais insistem em levar o processo o mais longe possível, mesmo quando recuperam a coisa furtada, a fim de obterem uma indemnização por aquilo que consideram ter sido o prejuízo sofrido. Além dos prejuízos económicos e da conflitualidade social, estes furtos massivos causam, pois, perturbação no funcionamento do sistema de justiça penal: consomem recursos judiciários e judiciais importantes, desviando o sistema penal do combate à criminalidade violenta e organizada e contribuindo assim para o incumprimento de objectivos da política criminal. Esta realidade apela urgentemente à adopção de medidas político-criminal e socialmente adequadas, que contemplem todos os

⁴ Sobre esta característica, realçada pela doutrina, v. STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, AT*, I, 5ª ed., ed. Carl Heymann's, §1, n°54; SILVA SANCHEZ, *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV (2005), p.334, assinalando que esta característica explica os elevados prejuízos materiais globais, a sensação de insegurança social e a sobrecarga da administração da justiça penal causados por esta delinquência.

aspectos em jogo e harmonizem justiça e eficácia. Se a conversão em crime de acusação particular do furto em estabelecimentos comerciais é uma dessas medidas, parece-me duvidoso.

2. Da pertinência da proposta de introdução do n.º2 no art.207º do CP

Note-se em primeiro lugar, que a novidade da proposta é muito relativa, pois as situações abrangidas pelo projectado n.º2 do art.207º correspondem já, no essencial, à actual al.b) do art.207º do CP. Na verdade, os episódios de furto em estabelecimentos comerciais que têm sido divulgados pela imprensa consistem na subtracção de coisas de valor diminuto, ocorrida durante o período de abertura do estabelecimento ao público, e destinada à satisfação de necessidades do agente e/ou de pessoas do seu agregado familiar. Até porque, como vimos, o objecto de tais furtos eram bens de primeira necessidade. Este tipo de casos já pode ser qualificado como crime de acusação particular à luz da al.b) do art.207º. Por certo que o disposto no n.º2 da proposta de lei é mais específico do que a actual al.b), desde logo porque se reporta apenas a furtos praticados em estabelecimentos comerciais. Mas nenhum dos requisitos que constituem e especificam aquele n.º2 excepcionam a disciplina mais genérica ou abrangente da actual al.b).

Senão vejamos. A exigência de a coisa ser imediatamente recuperada não consta da al.b) mas também não implica evidentemente o afastamento desta. Cabem na alínea tanto as situações em que o agente é detido em flagrante delito, com a coisa em seu poder, como as situações em que o agente já se apropriou pacificamente da coisa. Do mesmo modo, o requisito negativo “salvo quando cometida por duas ou mais pessoas” conduz à não aplicação da actual al.b). Isso sucederá desde logo se o envolvimento dessas pessoas tiver lugar no contexto de uma actuação de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património. Não porque se trate de um furto qualificado, pois o n.º4 do art.204º prevê que o valor diminuto da coisa, requisito essencial para aplicação da al.b), constitui um obstáculo objectivo à qualificação, mas porque o art.207º só se aplica na sua totalidade a situações que correspondem *prima facie* ao furto simples. E estas não incluem a actuação em bando.

Mas a al.b) não é aplicável também, a meu ver, se o furto for cometido em circunstâncias análogas à de um bando, isto é, por duas ou mais pessoas que, não se dedicando habitualmente à prática de crimes contra o património, realizam concertadamente uma espécie de pilhagem. Neste caso, estaremos perante um furto simples mas grave. Como é dito no preâmbulo da proposta de lei “existe uma nítida exasperação de ilicitude e de perigosidade” que reforça a necessidade de intervenção do Estado e conseqüentemente enfraquece as hipóteses de diversão⁵. Julgo por isso que um caso de pilhagem concertada em que cada um furtasse bens de valor inferior ao da unidade de conta processual penal não seria passível de enquadramento na al.b). Esta foi pensada para furtos - e outros crimes patrimoniais - de pequena gravidade, atributo que depende não só do valor diminuto da coisa, mas também do contexto, da finalidade objectiva e do modo de realização da acção. É certo que a actual al.b) não menciona expressamente esta redução, mas penso que ela está inscrita na sua teleologia. Num certo sentido, é preferível não exagerar na menção expressa de requisitos, sobretudo quando, como neste caso, a formulação usada para o efeito se presta a equívocos e a injustiças. Suponhamos que mãe e filha furtam cada uma uma lata de conserva para conseguirem providenciar uma refeição à família e são surpreendidas pelos seguranças do estabelecimento. Por que razão deveria esta situação ficar de fora de uma solução de diversão?

Em suma, as razões expostas levam-me a concluir que a al.b) funciona como norma geral e o nº2 da proposta de lei, a ser introduzido no CP, como norma especial. Ambas se relacionam como dois círculos concêntricos, pelo que não se vê vantagem alguma na criação de uma disposição legal específica cominando a mesma consequência jurídica. De resto, o círculo maior, representado pela actual al.b), não só abrange mais situações de furto do que o nº2 da proposta de lei, mas é ainda

⁵ Sobre o significado e as modalidades da diversão v. FARIA COSTA, *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol.LXI (1985), *passim*; ANDRÉ LAMAS LEITE, *A mediação penal de adultos: um novo “paradigma” de justiça?*, Coimbra Editora, 2008, p.44.

aplicável a outros crimes patrimoniais. E este é outro aspecto incompreensível da proposta. Por que razão vale o nº2 apenas o furto e não também para o abuso de confiança, a burla e a burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços? Há muitas situações designadas vulgarmente por “furto” em estabelecimentos comerciais que é duvidoso que se possam reconduzir à factualidade típica do art.203º. Dou dois exemplos: A troca a etiqueta do preço de um produto para pagar menos por ele ou A serve-se de combustível num posto de abastecimento e não paga. É discutível em ambos os casos que A tenha quebrado uma detenção alheia sobre a coisa: no primeiro porque se limita a trocar etiquetas do preço e no segundo porque o combustível foi antecipadamente colocado ao seu dispor para que ele se abastecesse. Se concluirmos que não se trata de furto – hipótese que coloco sem todavia conceder – deverão estes casos ficar de fora de uma solução de diversão?

Se a minha intuição estiver correcta, se o nº2 da proposta do Governo for afinal uma especificação da figura da actual al.b) e, por isso, supérflua, o que vale a pena discutir é se a qualificação do furto em estabelecimentos comerciais como crime de acusação particular constitui uma solução politico-criminalmente acertada.

Tenho algumas reservas quanto a este ponto. A principal finalidade da criação de crimes de acusação particular é possibilitar a resolução do conflito fora do sistema penal. Além da apresentação de queixa, o ofendido tem nas mãos a faculdade de acusar ou não acusar, isto é, de submeter o caso a julgamento. O sistema penal funciona por impulso do ofendido. Ao Ministério Público (doravante, MP) é atribuída uma função secundária de acompanhamento da fase preliminar do processo. Esta configuração processual abre espaço para a resolução do conflito fora do sistema da justiça penal. Mas há dois aspectos que convém não descurar. Primeiro, não podemos esquecer que o ofendido é um estabelecimento comercial, normalmente detentor de meios e recursos poderosos e que do outro lado está um sujeito as mais das vezes socialmente carenciado e que procura através do ilícito patrimonial suprir necessidades básicas. Este desequilíbrio pode conduzir a formas de composição abusiva do conflito. Há o risco de os proprietários do estabelecimento usarem o poder de accionar o processo penal e de levar o caso a julgamento para

obterem dos agentes do crime patrimonial indenizações ou prestações pessoais excessivas e pouco edificantes. Desta forma, podemos estar a promover sistemas alternativos de justiça privada. A doutrina alemã, com posições desencontradas, dá conta da existência de penas privadas aplicáveis precisamente a situações de furto em estabelecimentos comerciais ⁶. Estas penas consistem em indenizações padronizadas anunciadas previamente em placards colocados no interior dos estabelecimentos. No entender de ROXIN ⁷, este sistema de penas privadas emerge da falência do sistema de justiça público para dar resposta a uma delinquência massiva. Mas ele traz consigo o risco de privatização da justiça e de imposições abusivas, aspecto que não deve ser desconsiderado no quadro de uma política criminal filiada no Estado de Direito.

Pode contrapor-se que o sistema penal possibilita algum controlo público da solução de litígios no quadro dos crimes de acusação particular. A Lei nº 21/2007 de 12 de Junho prevê que a mediação penal possa ocorrer também nesta espécie de crimes. Ao MP cabe avaliar, nos termos do art.3º nº1 da Lei, se esta via de diversão, responde de forma adequada às exigências de prevenção que no caso concreto se fazem sentir. Sucede, porém, que a sorte deste meio de controlo público do conflito, vocacionado para a reparação dos danos, para a conciliação agente-vítima e para a pacificação social, nos crimes de acusação particular, está dependente sobremaneira do ofendido. Por certo que o acordo do ofendido é requisito indispensável da mediação penal em qualquer circunstância. Se não houver acordo do ofendido ou do agente ou se, tendo havido, um deles o revoga posteriormente, a mediação cessa e o processo prossegue (art.5º nº1). Mas além deste aspecto, nos crimes de acusação particular, é ao ofendido que cabe decidir se o processo continua e em que termos continua. Pode suceder que ele não esteja interessado sequer na mediação porque lhe

⁶ O outro contexto em que vigoram as penas privadas é a chamada justiça de empresa, isto é, o exercício de um poder punitivo pelos responsáveis das empresas perante infracções praticadas no seu seio.

⁷ V. *Strafrecht, AT*, I, 3ª ed., ed. Beck, 1997, §2 nº60; v. também STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, AT*, I, §1 ns.52 e 54.

convém mais que o processo siga rapidamente para julgamento onde espera que o arguido seja condenado numa indemnização que o satisfaça. A solução do crime de acusação particular coloca o sistema penal ao dispor das estratégias indemnizatórias ou reparatorias do ofendido. Não disponho de estatísticas que me permitam saber com que frequência esta situação se verifica, mas não custa admitir que o risco é significativo uma vez que estamos perante comportamentos massivos, que produzem irritação em funcionários e proprietários dos estabelecimentos, e geram portanto forte conflitualidade. Esse risco não deve ser negligenciado pois, a verificar-se, pouco ou nada se ganhará com esta solução em termos de descongestionamento do sistema de justiça penal.

A estas razões, acrescem outras, de espécie distinta, que não abonam igualmente a favor da solução do crime de acusação particular. Nestes crimes não é permitida a detenção em flagrante delito, mas apenas a identificação do infractor (art.255º nº4 do CPP). Muitas das situações relatadas na imprensa são de flagrante delito e de recuperação imediata do objecto indevidamente detido. Se não houver polícia por perto nem a identificação do agente terá lugar pois os funcionários e seguranças dos estabelecimentos não podem deter o infractor surpreendido no acto para assegurar a sua identificação pela polícia, nem podem obrigá-lo a identificar-se perante eles próprios. A solução em causa, pode comprometer assim uma protecção minimamente eficaz da propriedade.

Considerando tudo o que foi dito, o carácter massivo da criminalidade em causa, a conflitualidade social que gera, o peso sobre o sistema de justiça penal, a deficiente protecção da propriedade em caso de flagrante delito, etc., parece-me mais adequado, no plano das soluções de diversão, atribuir ao furto e - sublinho este ponto - a outros crimes patrimoniais cometidos em estabelecimentos comerciais um carácter semi-público. Esta via permite ao MP um maior controlo sobre o inquérito e a sua fase final e por isso acautela melhor todos os interesses em presença, designadamente os interesses públicos.

3. Das soluções alternativas

Reconheço que a mediação pode aportar aos crimes patrimoniais cometidos em superfícies comerciais soluções de reparação consensuais que não se resumem à indemnização. Em muitos casos, o agente não terá meios para pagar os bens de consumo, quanto mais indemnizar o estabelecimento de eventuais prejuízos decorrentes do facto. Em sede de mediação é possível concertar acções de reparação dos danos causados, por exemplo, através da prestação pelo agente de horas ou dias de trabalho no estabelecimento. A indemnização ou reparação pelo infractor é importante neste contexto também por uma outra razão: ela impede que os estabelecimentos repercutam sobre o conjunto dos consumidores os danos sofridos, evitando, assim, que pague o justo pelo pecador. Por outro lado, as vias de superação do conflito podem ser encontradas sem o risco de abusos, não só porque a mediação é conduzida por um terceiro imparcial, mas também porque não pode culminar em acordos que ofendam a dignidade do arguido (art.6º nº2 da Lei nº21/2007).

Penso, por isso, que melhor faria o Governo se, em lugar de avançar soluções *ad hoc*, de necessidade e eficácia duvidosas, se propusesse aperfeiçoar o sistema de mediação penal, começando por uma revisão da Lei nº21/2007 cujos bloqueios e entropias estão identificados⁸. Tem vindo a instalar-se entre nós o hábito de, perante um problema, avançar com mais uma medida em vez de corrigir e desenvolver as já existentes que têm consistência e provas dadas, como é o caso da mediação.

Isto não significa, contudo, que a solução ideal para os crimes patrimoniais em estabelecimentos comerciais tenha sido encontrada. É difícil alcançar neste domínio soluções ideais. É das matérias que seguramente mais controvérsia tem suscitado e que mais propostas de solução tem gerado no panorama do Direito Comparado. Desde há pelo menos quatro décadas a esta parte que têm sido advogadas soluções tanto externas como internas ao Direito Penal, e entre estas últimas, soluções de ordem penal substantiva e de natureza processual penal. Começando pelas propostas

⁸ V. LAMAS LEITE, *A mediação penal de adultos*, especialmente p.35 e ss.; HELENA MORÃO, *Justiça restaurativa e crimes patrimoniais*, in FERNANDA PALMA/SILVA DIAS/SOUSA MENDES (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra Editora, 2012, p.266 e ss.

que propugnam a retirada da qualidade penal a estes ilícitos, merecem especial destaque o “Projecto Alternativo de Lei contra o Furto em Estabelecimentos Comerciais” (*Alternativ Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*), elaborado em 1974 por um conjunto de penalistas alemães ⁹, propunha a descriminalização do furto de coisa de valor inferior a 500 marcos a troco de uma condenação jurídico-civil na reparação dos danos causados e no pagamento de uma indemnização correspondente ao valor da coisa subtraída e nunca inferior a 50 marcos; a tese de conversão dos crimes patrimoniais bagatelares em contra-ordenações, defendida por exemplo por KRÜMPELMANN ¹⁰; e a solução das penas privadas a que acima fiz alusão. De entre as soluções internas ao Direito Penal sobressaem as de cariz substantivo, como a criação de uma nova categoria de infracção penal ¹¹, sancionada com penas não privativas da liberdade e acompanhada de um processo simplificado, algo semelhante à antiga figura das contravenções entre nós; a dispensa de pena, uma medida prevista com carácter geral no art.75º do CP ^{12 13}, e soluções de cariz processual, fundadas na ideia de diversão, especialmente a suspensão provisória do processo e mais recentemente a mediação. Há apenas um traço comum a este variado leque de soluções: todas rejeitam a aplicação de penas de privação de liberdade aos

⁹ Este Projecto Alternativo foi publicado na colecção *Recht und Staat*, nº439, ed. Mohr, 1974. Em boa verdade, o Projecto não se limitava a relegar os furtos até 500 marcos para o âmbito da responsabilidade civil antes consagrava um modelo de responsabilidade misto, combinando elementos jurídico-civil, jurídico-administrativos e jurídico-penais. Trata-se assim de um regime sancionatório de novo tipo – neste sentido também v. SILVA SANCHEZ, *Delincuencia patrimonial leve*, p.336, citando o parecer de Wolfgang Naucke.

¹⁰ V. *Die Bagatelldelikte*, ed. Duncker & Humblot, 1966, p.240 e s.

¹¹ Neste sentido v. HANS JOACHIM HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW* 92 (1980), p.245 e ss.

¹² Na sequência do Projecto de Eduardo Correia o art.302º da versão inicial do CP previa para o furto por necessidade e formigueiro uma punição bastante atenuada ou a isenção de pena. O problema desta opção, que é comum a muitas medidas de carácter penal substantivo, é que impede a aplicação de medidas de diversão, forçando o desenrolar do processo penal até ao final.

¹³ No Direito Penal português, a dispensa de pena, para funcionar no quadro da diversão, tem de estar cominada em tipos incriminadores da Parte Especial. Só assim poderá dar lugar ao arquivamento em caso de dispensa de pena do art.280º do CPP.

crimes patrimoniais cometidos em lojas. Quanto ao mais, nenhuma delas gerou consenso e a todas foram apontadas defeitos e virtudes ¹⁴.

Sem prejuízo do que atrás defendi, penso que vale a pena reflectir sobre soluções fora do sistema penal para verdadeiras bagatelas. Note-se que o “valor diminuto” confere cada vez menos carácter bagatelar aos crimes patrimoniais. Não só porque esse valor tem vindo a aumentar, fruto de actualização periódica (até 2009), cifrando-se hoje nos 102 euros, mas também porque tem havido uma redução generalizada dos salários e das prestações sociais e uma perda progressiva e efectiva do poder de compra das pessoas em consequência das políticas de austeridade que desde 2008 vêm sendo impostas. É duvidoso – e talvez até ofensivo – considerar que um furto de bens de consumo no montante de 100 euros tem hoje um carácter bagatelar. Mas se o produto ou produtos subtraídos não ultrapassarem um valor a rondar os 20 euros – um limite máximo do que razoavelmente pode ser considerado bagatela - como nos casos que relatei acima, julgo que faz todo o sentido desafectar os ilícitos do sistema penal. Mesmo a mediação penal tem custos e consome recursos judiciários, que não são abundantes e devem concentrar-se nos sectores da criminalidade tidos como prioritários do ponto de vista da política criminal. Ter um magistrado do MP a avaliar se um furto de coisa no valor de 1, 5, 10 euros pode ou não transitar para a mediação, a designar um mediador, a avaliar o acordo a que se chegou e a promover ou acompanhar a prossecução do processo penal caso ele não se verifique, é um luxo pouco racional em meu entender. O sábio princípio *minima non curat praetor*, que integra o património histórico do Direito Penal desde o período romano, além de uma incidência substantiva, possui uma valência processual, subtraindo à competência material do MP tudo o que seja ilícito materialmente insignificante.

Pode objectar-se que a propriedade é uma instituição central na nossa sociedade, que todo o furto atinge essa instituição independentemente do valor da coisa furtada (“furtar, muito ou pouco, é sempre crime”, diz-se) e que o furto em

¹⁴ Uma perspectiva da discussão em torno das soluções indicadas pode ver-se em SILVA SANCHEZ, *Delincuencia patrimonial leve*, p.333 e ss.

estabelecimentos comerciais, a despeito de poder ser singularmente bagatelar, é um fenómeno massivo gerador de grande conflitualidade e de insegurança. Recorrendo a JAKOBS¹⁵, um dos autores a quem se pode imputar esta objecção, “qualquer criança aprende que a relativa falta de lesividade de um comportamento individual não o converte em permitido, e concretamente não o faz quando, se todos o realizassem, o dano seria insuportável”. Se além da danosidade provocada pelo carácter massivo do facto e da insegurança associada ao seu projectado efeito cumulativo, tivermos em conta que o modo como os estabelecimentos comerciais organizam as vendas tem grande utilidade social e está ao serviço de todos, duas conclusões se impõem segundo tal objecção: o conflito deve ser dirimido dentro e não fora do Direito Penal; e o conflito corre por conta do agente, competindo-lhe por isso resistir às tentações¹⁶.

Não contesto o acerto desta argumentação mas considero que ela tem um peso relativo e que não conduz necessariamente às conclusões pretendidas. Há outros pontos de vista igualmente relevantes com os quais ela deve ser confrontada. Destaco dois. Primeiro, o projectado efeito cumulativo de condutas bagatelares não constitui fundamento bastante para a criminalização destas, a menos que se renuncie ao carácter individual da responsabilidade penal em prol da sua configuração colectiva. Mas então estaremos a renunciar ao modelo constitucional vigente de responsabilidade penal assente no eixo dano/culpa¹⁷. Em segundo lugar, e sem querer com isto demonizar os estabelecimentos comerciais, as técnicas de exposição e de venda dos produtos utilizadas habitualmente visam incentivar ao consumo. Se o acesso directo aos produtos é prático, possibilita a organização de vendas em grandes superfícies e a obtenção de lucros elevados, não deixa de ter um potencial criminógeno que não pode passar despercebido à reflexão politico-criminal. Parecem-me interessantes e pertinentes as perspectivas que assinalam que as

¹⁵ v. KritV 1996, p.323.

¹⁶ Neste sentido, v. JAKOBS, KritV, 1996, p.322 e s.; v. também *Strafrecht, AT*, 2ª ed., ed. de Gruyter, 1993, 3/10, pronunciando-se contra a conversão dos ilícitos patrimoniais bagatelares em contra-ordenações.

¹⁷ Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, ‘*What if everybody did it?': sobre a '(in)capacidade de ressonância' do Direito Penal à figura da acumulação*, in RPCC 13 (2003), especialmente p.321 e ss.

estatísticas elevadas sobre o furto em estabelecimentos comerciais não significam uma mudança de atitude social perante a instituição propriedade, sendo antes uma consequência da mudança de paradigma na actividade comercial, assente em estratégias de oferta que passam por uma certa relativização do significado da detenção dos produtos como contrapartida da implementação de técnicas de incentivo ao consumo e da redução de custos com pessoal ¹⁸. Esta mudança de paradigma reflecte-se desde logo em certas exigências de auto-organização dos estabelecimentos comerciais através da adopção de medidas de redução dos riscos de furto, que vão desde a instalação de sistemas de controlo electrónico e de mecanismos sofisticados de etiquetagem ao afastamento do acesso directo de produtos mais apelativos. A satisfação dessas exigências de auto-organização constitui, de resto, na lógica do princípio da subsidiariedade ¹⁹, a primeira linha de prevenção e de reacção social a este tipo de furtos. Mas a dita mudança de paradigma reflecte-se também no modo como é socialmente valorada esta espécie de criminalidade: ela é vista, não como um caso de adequação social, como é óbvio, mas frequentemente como um fenómeno localizado, típico de uma sociedade de consumo que convive com bolsas de exclusão social e com períodos de crise severa. Um fenómeno perturbador da actividade comercial, sem dúvida, que não resvala, no entanto, para outros sectores da sociedade, nem põe em causa a centralidade e estabilidade da propriedade como instituição. Em algumas línguas existe mesmo uma palavra ou expressão que singulariza este fenómeno: por exemplo, na língua inglesa, ele é designado por *shoplifting* em vez de *theft* ²⁰.

¹⁸ Neste sentido, v. PETER-ALEXIS ALBRECHT, *KritV*, 1996, p.336; *Kriminologie*, 4ª ed., ed. Beck, 2010, p.325.

¹⁹ Sobre o princípio da subsidiariedade como regra fundamental de ordenação da sociedade v. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, ed. Gulbenkian, 2004, p.332 e ss.

²⁰ v. NICOLA LACEY/CELIA WELLS, *Reconstructing Criminal Law*, 2ª ed., ed. Butterworths, 1998, p.231 e ss., afirmando que a designação *shoplifting* exprime uma percepção social ambivalente acerca do fenómeno: como atentado à propriedade, por um lado, e como consequência das tentações criadas pela sociedade de consumo, por outro.

Estas coordenadas do problema abrem via, em meu entender, para reflectir sobre soluções de descriminalização no domínio dos ilícitos patrimoniais verdadeiramente bagatelares cometidos em superfícies comerciais. Descriminalização não significa como é óbvio ausência de tutela da propriedade, mas tão somente ausência de tutela penal. A descriminalização convoca assim forçosamente quatro questões essenciais: natureza jurídica da tutela alternativa da propriedade; limites quantitativos do ilícito bagatelar; competência sancionatória e pontos de ligação eventuais ao sistema penal. O tempo de que disponho não permite aprofundar cada uma destas questões e por isso me referirei a elas em termos breves e elementares. A tutela alternativa deve ter natureza jurídico-civil e o carácter bagatelar do ilícito deve ser fixado até um montante que não se afaste demasiado dos 20 euros. A tutela civil cumpre cabalmente não só as necessidades de protecção do bem jurídico mas também as exigências de prevenção geral e especial de futuros delitos patrimoniais, através da imposição ao infractor do dever de reparar o dano ²¹. A competência sancionatória, por sua vez, pode ser atribuída aos julgados de paz. A lei nº78/2001 de 13 de Julho confere aos julgados de paz competência para apreciar pedidos de indemnização civil emergentes da prática de furtos simples e de burlas para a obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (art.9º nº2 als. e) e h)) e para buscar uma composição justa dos litígios por acordo das partes (art.2º nº1) ²². Para a realização deste objectivo existe em cada julgado de paz um serviço de mediação (art.16º) em cujo âmbito podem ser promovidas formas consensuais de reparação dos prejuízos patrimoniais. Esta solução continua a possibilitar o recurso à mediação, com todas as vantagens que ela traz, mas agora fora do cenário do processo penal, superando os inconvenientes acima referidos. Não devem, por fim, ser descuradas pontes de ligação entre esta forma de tutela e o sistema penal. É difícil conceber

²¹ Neste sentido, v. PETER-ALEXIS ALBRECHT, *Kriminologie*, p.327.

²² Autores há entre nós que vão mais longe preconizando a atribuição aos julgados de paz de competências penais para julgar as infracções constantes das várias alíneas do nº2 do art.9º da Lei e para aplicar penas não privativas da liberdade – deste modo, v. CARDONA FERREIRA, *Julgados de paz: organização, competência e funcionamento*, 2ª ed. Coimbra Editora, 2011, anot.3ª ao art.9º (p.72 e s.)

modelos puros nesta área. Estas pontes seriam lançadas sobretudo em duas situações: perda do carácter bagatelar do facto em resultado da superação do limite quantitativo e repetição do ilícito relacionada com fenómenos de habitualidade e de multireincidência, que, segundo a doutrina ²³, são frequentes neste domínio. A verificação de uma destas situações determinaria a reentrada do ilícito no sistema penal.

Estou ciente de que esta proposta depende de duas condições fundamentais que não estão reunidas presentemente: do apetrechamento dos julgados de paz existentes para receber esta nova frente de conflitos e do aumento do número de julgados, como de resto estava pensado, de modo a cobrirem todo o território nacional. A falta destas condições, designadamente da última, pode tingir esta proposta de inconstitucionalidade, desde logo por violação do princípio da igualdade. Não obstante, deixo-a aqui para reflexão como uma hipótese viável e desejável.

²³ V. por todos, SILVA SANCHEZ, *Delincuencia patrimonial leve*, p.334.