

# REFLEXÕES SOBRE A TUTELA PENAL DA PROPRIEDADE

**Maria Lúcia Karam**

---

Ex-Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro  
e ex-Juíza Auditora da Justiça Militar Federal.

## **I. O Crime: relatividade de seu conceito substancial**

Fatos negativos ou indesejáveis, situações conflituosas, que se produzem no desenrolar das relações sociais e afetam a realização de interesses ou direitos individuais, coletivos ou institucionais, reconhecidos em uma dada formação social, são, por isso, objeto de proibições ou mandatos na ordem normativa; as infrações a estes mandatos ou proibições definem-se em múltiplos preceitos, nas órbitas civil, administrativa ou penal.

A definição de quais dentre esses fatos socialmente negativos ou situações conflituosas serão objeto de proibições ou mandatos na órbita penal dar-se-á através de intervenção legislativa, na primeira etapa do processo de criminalização, traduzindo não mais do que uma decisão política do Estado. O crime enquanto fato socialmente negativo ou expressão de uma situação conflituosa ontologicamente não se diferencia de outros fatos ou situações dessa natureza assim não qualificados.

Fazendo-se por decisão política do Estado, a seleção dos interesses ou direitos individuais, coletivos ou institucionais – identificáveis como bens jurídicos a serem objeto da tutela penal - e a definição das condutas deles afetadoras a serem qualificadas como crimes, atendem naturalmente aos interesses e valores dominantes em um dado momento histórico e em uma dada formação social, instrumentalizando o exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

A seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles

afetadoras a que se dará um tratamento penal estão vinculadas e são determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve tal manifestação do poder do Estado – fator da organização e do equilíbrio global daquela formação social –, inexistindo, portanto, uma conceituação ontológica do crime – um “delito natural” –, presente em todo tempo ou em todo lugar, o crime se definindo sim, substancialmente, por seu tratamento normativo historicamente determinado. Nesse ponto, basta lembrar que há fatos puníveis em uns países e não em outros, ou puníveis em algumas épocas e não em outras, e que o único denominador comum identificável entre as diversas condutas definidas como crimes é exatamente sua definição normativamente dada.

Veja-se, a propósito, o belo texto de Hulsman:

*As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é ‘delituoso’ em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que. (Hulsman, 1993, p.63)*

Nesse aspecto, pense-se, por exemplo, nas relações homossexuais, que, ainda em meados do século XX, eram criminalizadas em diversos países europeus, enquanto hoje, ao contrário, advoga-se a criminalização de condutas de quem pratica discriminação motivada por tal orientação sexual.

Mas, voltemos a Hulsman:

*Não há nada na **natureza** do fato, na sua natureza **intrínseca**, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá **qualquer** denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência **formal** do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável; o conceito de crime não é operacional. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na*

*França, o marido podia fazer encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio **descriminalizou** tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pôde mais ser processada perante um juiz criminal.*

*De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o 'criminoso'. [grifos no original] (Op.cit, p. 63 -64)*

Vinculadas e determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve o poder do Estado de punir, a seleção e a definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras, que vão ser objeto do tratamento penal, não se pautam necessariamente pela consideração prioritária dos bens jurídicos de maior relevância para a sobrevivência digna dos componentes humanos daquela dada formação social ou das condutas que mais intensamente os afetam. A prioridade determina-se sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado diante da funcionalidade do processo de criminalização para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social.

Pense-se, desde logo, na funcionalidade política derivada das idéias comuns de crime e criminalidade. A carga emocional que envolve essas expressões permite uma identificação simplista das idéias de violência e insegurança com a criminalidade. Essa identificação, entre outras coisas, serve para ocultar o caráter violento de outros fatos não criminalizados e não criminalizáveis, quantitativa e qualitativamente mais danosos. Inseguranças decorrentes da violenta política mundial - que condena à miséria e exclui mais e mais pessoas do acesso a necessidades básicas de moradia, saúde, educação e trabalho - são desprezadas, para que só sejam temidos roubos, seqüestros, estupros ou homicídios.

A decisão política, que, traduzindo uma manifestação de poder do Estado, resulta na definição de crimes e criminosos, é ditada não, como se divulga, por um fim de proteção dos indivíduos, mas sim pela obtenção daquela disciplina social, funcional para a manutenção e a reprodução dos valores e interesses dominantes na formação social considerada.

Nesse ponto, é sempre ilustrativo voltar ao clássico exemplo utilizado pelo Professor Alfonso Zambrano Pasquel, desnudando, exatamente no campo da tutela do patrimônio, a orientação das decisões políticas criminalizadoras. Trabalhando com o conflito básico das formações sociais

capitalistas, em suas versões originárias, lembra o Professor Zambrano (1987) que, conforme as definições legais, reputa-se como furto a conduta do trabalhador que toma para si parte do que produz para o patrão, não obstante seja ele o dono legítimo da força de trabalho que gera o produto do qual está se apropriando, enquanto a conduta do patrão, que não paga ao trabalhador sequer o acordado, afeta igualmente o patrimônio e não encontra previsão típica nas leis penais, sendo objeto de tratamento no campo próprio do direito do trabalho.<sup>1</sup>

Na mesma linha reveladora da orientação das decisões políticas criminalizadoras, considere-se, na ordem normativa brasileira, a seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal e não serão, como à primeira vista pareceria razoável esperar, a vida ou a integridade pessoal que surgirão como os bens jurídicos de maior relevância. O mais relevante dos bens jurídicos é, ali, sim o patrimônio. Essa predominância, a concretizar a máxima proteção da propriedade privada como tônica do ordenamento jurídico-penal, verifica-se facilmente através de um rápido olhar pelas leis penais brasileiras.

## **II. A máxima proteção da propriedade privada**

Trabalhando com a medida da pena como referencial do valor atribuído aos bens jurídicos penalmente tutelados, logo vem à tona o exemplo da comparação entre o tratamento dado aos crimes de lesões corporais e o tratamento dado aos crimes de furto e de roubo, cuja sobrevaloração, já nessa primeira etapa do processo de criminalização – a da seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal –, abre caminho para que, a cada etapa posterior daquele processo, a atuação do sistema penal se despeje, de forma sempre prioritária e mais e mais intensa, sobre os marginalizados e subalternizados autores de atentados ao patrimônio, que constituem a maioria da população carcerária adulta brasileira, bem como dos igualmente encarcerados adolescentes, internados em estabelecimentos ditos “educacionais”, hoje só rivalizando com os autores de condutas relacionadas à produção e à distribuição de drogas qualificadas de ilícitas, aqui também se manifestando componentes políti-

---

1 O exemplo do Professor Zambrano encontra-se em seu trabalho “NUEVA CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL”, publicado às p. 69-90 da Revista de nº 31 da Universidad Externado de Colombia, *DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 1987.

cos e econômicos análogos.<sup>2</sup>

Um furto simples tem pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto uma lesão corporal leve dolosa tem pena de detenção de três meses a um ano, esta, ao contrário daquele, classificada entre as chamadas infrações de menor potencial ofensivo. Uma lesão corporal com resultado gravíssimo doloso tem pena mínima igual à do furto qualificado – reclusão de dois anos –, isto é, metade da pena mínima cominada a um roubo simples, o que conduzirá, por exemplo, a que quem, fingindo-se armado, ameace outrem, subtraindo-lhe o relógio, possa receber o dobro da pena de quem, com um estilete, fure os olhos de outrem, causando-lhe a cegueira.

Nesse ponto, também cabe uma referência às condutas relacionadas à produção e à distribuição de drogas qualificadas de ilícitas, punidas com penas de três a quinze anos de reclusão, em que o mero perigo difuso de lesão à saúde é tratado de forma mais rigorosa do que a lesão corporal, com resultado gravíssimo doloso, concretamente sofrida por uma pessoa determinada.

O tratamento dos tipos da extorsão mediante seqüestro também não deixa dúvida quanto à orientação da legislação penal brasileira. A ação de seqüestrar alguém, isto é, de privar alguém de sua liberdade, é, no seu tipo básico, punida com penas que variam de no mínimo de um a no máximo três anos de reclusão, penas que se elevam para um mínimo de dois a um máximo de cinco anos de reclusão, se o ofendido é ascendente, descendente ou cônjuge do agente, se o crime é praticado mediante internação do ofendido em casa de saúde ou hospital, ou se a privação da liberdade dura mais de quinze dias, elevando-se para um mínimo de dois a um máximo de oito anos de reclusão, se, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, resulta grave sofrimento físico ou moral para o ofendido (artigo 148 e seus §§ do Código Penal).

No entanto, se essa mesma privação da liberdade tem por fim especial o de obter, para si ou para outrem, vantagem de ordem econômica

---

<sup>2</sup> Aos conhecidos e reiterados dados fornecidos pelos Censos Penitenciários, periodicamente realizados no Brasil, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, que apontam uma tendência crescente de presos condenados por roubo (em 1995 eram aproximadamente 30% e em 1997 já eram, também aproximadamente, 35%), somem-se os dados publicados na edição do jornal Folha de São Paulo do dia 27 de julho de 1999, a revelar que, do total de adolescentes internados nas unidades da Febem, em São Paulo, pouco antes das rebeliões ocorridas naquele mês, 60% sofriam a internação como resposta à prática de ato infracional identificável ao roubo, vindo, imediatamente após, ato identificável ao furto, correspondendo a 6,8% das internações.

ou patrimonial, como condição ou preço do resgate, estar-se-á diante de figura típica diversa – a extorsão mediante seqüestro, prevista no artigo 159 –, a pena privativa de liberdade, na feição originária do Código Penal, já atingindo um mínimo de seis anos e um máximo de quinze anos de reclusão, encontrando-se, dentre as circunstâncias que elevavam o mínimo da pena privativa de liberdade para oito anos de reclusão, a da duração do seqüestro ser superior a não mais aqueles quinze dias da privação da liberdade para fins não econômicos, mas já quando essa duração fosse superior a vinte quatro horas (§ 1º do artigo 159).

Não bastasse tal desproporção, suficientemente reveladora da sobrevaloração do patrimônio, veio, em 1990, a chamada lei dos crimes hediondos – a hedionda Lei nº 8.072 –, que, gerada como reação a um ocasional aumento do número de extorsões mediante seqüestro, notadamente no Rio de Janeiro, ou, no dizer de Luiz Flávio Gomes, tendo por objeto a proteção do dinheiro envolvido naquelas condutas,<sup>3</sup> elevaram-se os patamares mínimos das penas privativas de liberdade previstas nos dispositivos legais referidos, passando-as, respectivamente, para oito e doze anos de reclusão.

As mais elevadas penas mínimas, previstas na legislação penal brasileira, majoradas pela mesma Lei nº 8.072/90, encontram-se nos dispositivos sancionadores dos §§ 3º e 2º dos artigos 157 e 158 do Código Penal, que impõem para as figuras do latrocínio e da extorsão com resultado morte a pena mínima de reclusão de vinte anos, bem como no dispositivo sancionador do § 3º do artigo 159, que estabelece a pena mínima de reclusão de vinte e quatro anos para a figura da extorsão mediante seqüestro com resultado morte – esta última atingindo o dobro da pena mínima atribuída para um homicídio qualificado pelo especial fim de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (artigo 121, § 2º, inciso V), a que, teoricamente, poder-se-ia identificar a ação de matar para assegurar a extorsão mediante seqüestro, ou para assegurar roubo ou extorsão.

Única explicação para este *plus* na quantidade do mínimo das penas cominadas para tais condutas é a exacerbação do valor do patrimônio, a minimizar ofensas à vida e à liberdade, quando desvinculadas de afetação da propriedade privada.

A tendência de máxima proteção da propriedade privada, presente no Código Penal em vigor, cuja Parte Especial data de 1940, mais do que

3 Veja-se seu artigo “O DIREITO PENAL A SERVIÇO DA CULTURA DA SATISFAÇÃO”, in Boletim do IBCCrim nº 33, setembro 1995 (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo).

persistir nos dias atuais vai assim se acentuando.

Não é só a Lei 8.072/90, com os dispositivos apontados, a reveladora da atualidade de tal tendência. A Lei 9.426, de 24 de dezembro de 1996, vinda no bojo de uma série de projetos de alterações setoriais no Código Penal, é ainda mais exemplar.

Criando nova qualificação para o furto, ao prever a hipótese de subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, introduzida com o § 5º acrescido ao artigo 155 do Código Penal, a Lei 9.426/96 trouxe para essa nova figura a elevação da pena mínima – que, para as demais modalidades de furto qualificado, é de dois anos de reclusão – para três anos de reclusão, pena mínima, que ficou, assim, superior à cominada para a lesão corporal com resultado gravíssimo doloso.

Também para o roubo foi criada nova figura qualificada, tendo em conta aquela mesma hipótese de subtração de veículo que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, com a introdução do inciso IV no § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Sempre voltada para a especial proteção da propriedade de veículos automotores, a Lei 9.426/96 ampliou o rol de condutas configuradoras de receptação, introduzindo, com a nova redação dada ao *caput* do artigo 180 do Código Penal, as ações de transportar e conduzir coisa que sabe ser produto de crime. Criou, ainda, com regra que passou a constituir o § 1º do referido artigo 180 do Código Penal, a figura de receptação qualificada, pelo exercício de atividade econômica, a que cominadas penas de três a oito anos de reclusão, admitido o dolo eventual e acrescidas às ações de adquirir, receber, transportar, conduzir e ocultar a coisa, as de tê-la em depósito, desmontá-la, montá-la, remontá-la, vendê-la, expô-la à venda, ou de qualquer forma utilizá-la em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, equiparada à primeira, como disposto no introduzido § 2º daquele artigo 180, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

Na mensagem, que acompanhou o projeto tornado lei, explicitamente se disse que a criação dessa nova modalidade qualificada de receptação destinava-se primordialmente a coibir a atividade de “desmanches” de veículos automotores, sendo a pena mínima, como visto, triplicada em relação à prevista para o tipo básico, no qual, além disso, permaneceu a exigência do dolo direto, valendo, ainda, remarcar que esta pena mínima triplicada, como a da nova figura de furto qualificado, tornou-se superior à

cominada para a lesão corporal com resultado gravíssimo doloso.

Com a mesma Lei 9.426/96, veio também a instituição de um crime autônomo de falso, no artigo 311 do Código Penal (reagrupadas as figuras previstas neste e no anterior artigo 310), para as hipóteses de adulteração ou remarcação de número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, seu componente ou equipamento, prevista pena de reclusão de três a seis anos, pena aumentada de um terço se o agente comete o crime no exercício de função pública ou em razão dela, e incorrendo nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

Diante de tão eloqüentes preocupações com o patrimônio dos privilegiados proprietários de veículos automotores, em detrimento de outros bens essenciais, o Desembargador Alberto Silva Franco assinalou a distorcida proteção máxima à propriedade privada, ali explicitamente consagrada. Vejam-se seus valiosos comentários:

*(...) a tutela penal concentrou-se apenas no caráter patrimonial do veículo automotor, desprezando-se, por completo, aspectos de maior relevo, como, por exemplo, as conseqüências de sua utilização em relação às pessoas em geral. De novo, no balanceamento entre os bens jurídicos em jogo - vida e integridade física, de um lado e patrimônio, de outro - deu-se especial ênfase ao patrimônio (...) O pensamento, que norteou a proposta legislativa, foi o de proteger, do modo mais abrangente possível, o patrimônio de segmentos sociais privilegiados - o proprietário do veículo automotor - em detrimento dos interesses da grande maioria da população - a vítima do veículo automotor - que sofre os efeitos do emprego de um meio de transporte tão perigoso.<sup>4</sup>*

A priorização da proteção à propriedade privada, em detrimento de outros bens essenciais, também aparece na Lei 9.099/95. Resgatando o papel do ofendido no processo penal, a lei concretizadora da norma constitucional (artigo 98, inciso I da Carta de 1988), que previu a criação de juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, introduziu o instituto da composição civil quanto à reparação do dano e conseqüente encerramento do processo penal (com a renúncia ao direito de queixa ou representação – artigo 74, parágrafo único), nas ações

<sup>4</sup> Tais comentários feitos ao projeto, que logo se tornaria a focalizada Lei 9.426/96, encontram-se em artigo significativamente intitulado “SUA EXCELÊNCIA, O VEÍCULO AUTOMOTOR”, publicado no Boletim do IBCCrim nº 38, de fevereiro de 1996.

de iniciativa privada e pública condicionada. No entanto, o alcance de tal instituto foi limitado, quer pela definição de infrações de menor potencial ofensivo – originalmente, aquelas cuja pena máxima não ultrapassasse um ano (artigo 61 da Lei 9.099/95), ampliado este máximo para dois anos, através da regra, de alcance geral, contida no parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/01, que veio dispor sobre os juizados especiais no âmbito da Justiça Federal<sup>5</sup> –, quer pela extensão da exigência de condicionamento do exercício do direito de ação penal condenatória à representação do ofendido apenas às hipóteses de lesões corporais culposas e dolosas leves (artigo 88 da Lei 9.099/95), assim permanecendo fora do alcance daquelas regras inovadoras crimes patrimoniais, como o furto, para os quais a reparação do dano decerto seria resposta muito mais adequada. Mas, aqui, a adequação, mais uma vez, cedeu às distorcidas idéias dominantes segundo as quais condutas dirigidas contra o patrimônio apresentam potencial ofensivo maior - o patrimônio é tratado como algo mais valioso do que a integridade física da pessoa.

A máxima proteção da propriedade privada se faz eloquentemente presente na criminalização do chamado esbulho possessório, figura típica que, desconhecida de leis penais anteriores, surgiu no Código Penal de 1940, prevista no inciso II do § 1º de seu artigo 161, quando já consolidadas e legitimadas as invasões do passado, origem de muitos dos títulos de propriedade da terra no Brasil.<sup>6</sup>

Criminaliza-se, ali, a ação de invadir terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório (isto é, para o fim de ocupação), realizada com violência à pessoa ou grave ameaça – hipótese em que pode ser um só o agente –, ou mediante concurso de mais de duas pessoas – hipótese em que se dispensa o emprego de violência ou grave ameaça –, cominadas penas de detenção de um a seis meses e multa, previsto o concurso material entre o esbulho possessório e o crime que resultar da violência empregada (§ 2º do artigo 161).

Com a criminalização do esbulho possessório tutela-se a proprie-

5 Sobre o alcance da regra contida no par.único do artigo 2º da Lei 10.259/01, a ampliar a definição das infrações de menor potencial ofensivo, veja-se o que escrevi no ensaio “ANOTAÇÕES SOBRE ASPECTOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS DAS LEIS Nº 9.099/95 E Nº 10.259/01 – LEIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS”, publicado na *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS* nº39, ano 10, junho-setembro 2002, Ed.Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 148-174.

6 Sobre a história da formação da propriedade fundiária no Brasil, com especial ênfase na ocupação de terras devolutas, no século passado, veja-se o artigo de Márcia Maria Menendes Motta, “REFORMA AGRÁRIA E TERRAS DEVOLUTAS NO BRASIL”, publicado no nº 73 da Revista Proposta, junho/agosto de 1997.

dade imobiliária, no aspecto de seu livre gozo e posse não perturbada, voltando-se a proteção penal à propriedade e não à posse, o proprietário não podendo ser autor da conduta focalizada, em relação ao possuidor, na medida em que o tipo exige que o terreno ou o edifício sejam alheios.

Há, ainda, a previsão autônoma do esbulho possessório em terras da União, dos Estados ou dos Municípios, vindo no artigo 20 da Lei 4.947, de 06 de abril de 1966, a tipificação da ação de invadir, com a intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados ou dos Municípios, bem como terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à reforma agrária, independendo aqui a tipicidade da conduta do emprego de violência ou grave ameaça ou do concurso de agentes, sendo cominada pena de detenção de seis meses a três anos.

Embora com a Lei 9.099/95 tenha surgido a possibilidade de composição civil, na hipótese de esbulho possessório em terreno ou edifício de propriedade privada, na medida em que ali se identifica infração penal definida como de menor potencial ofensivo, sendo, à exceção da hipótese de emprego de violência, a ação penal de iniciativa do ofendido (§ 3º do artigo 161), com o recrudescimento da luta pela terra, passou-se a atribuir aos processados a imputação do crime mais grave de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal. Como em outros campos, esta figura, de questionável compatibilidade com princípios e regras constitucionais, vem servindo, também aqui, como uma espécie de força criminalizadora de reserva, acionada sempre que buscadas punições provavelmente não alcançáveis com a obediência aos princípios e regras garantidores da tutela da liberdade, passando assim a figura típica em foco a funcionar como um fácil e perigoso caminho para dar aparência de legalidade a prisões arbitrárias ou a acusações e condenações que com ela suprem a falta de demonstração de crimes reais.

### **III. Tendências criminalizadoras supostamente progressistas: o ilusório apelo à intervenção do sistema penal**

O rompimento com o caráter patrimonialista de um direito penal voltado para a máxima proteção da propriedade privada, não irá certamente se fazer com a ilusória e nefasta pretensão de alguns setores aparentemente progressistas de criminalizar severamente condutas características das classes dominantes, especialmente traduzidas na chamada criminalidade dourada, em que são manifestados abusos do poder político e

econômico.

A adesão à reação punitiva de amplos setores, ditos de esquerda, fazendo-se temperar por uma reivindicada e formalmente concretizada extensão do processo de criminalização a condutas afetadoras de bens jurídicos coletivos ou institucionais, a par de fortalecer o quadro ensejador da desmedida ampliação do poder do Estado de punir, que caracteriza a etapa pós-industrial e globalizada das formações sociais capitalistas, naturalmente, em nada modificou a real funcionalidade do sistema penal, enquanto instrumento de manutenção e reprodução dos valores e interesses dominantes.

As campanhas moralistas, a cruzada anticorrupção, as denúncias de “mares de lama”, a caça às bruxas, o furor punitivo, outrora trunfos da direita, deslocaram-se, para se constituir no tema central de um discurso que, pretendendo-se de esquerda, passou a promover uma verdadeira criminalização da luta política, cujas conseqüências, a par de deixar em segundo plano as questões econômicas, políticas e sociais concernentes à estrutura desigual e excludente das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, a par de deseducar para a democracia, na consagração da intolerância e da impaciência com os direitos, as garantias e as regras estruturantes do Estado Democrático de Direito, naturalmente, nada obteve além de prisões, freqüentemente arbitrárias, de um ou outro membro das classes dominantes, convenientemente sacrificado para desempenhar o demonizado papel de “ladrão do dinheiro público” e, assim, desviar as atenções, fazendo crer que o sistema penal e sua pena primordial possam igualmente alcançar dominantes e dominados, incluídos e excluídos, ricos e pobres.<sup>7</sup>

Desviadas as atenções, não se percebe que, como definitivamente já mostrou Zaffaroni,<sup>8</sup> a retirada da cobertura de invulnerabilidade ao sistema penal dos membros das classes dominantes, ou daqueles que se colocam a seu serviço, só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitam o sacrifício de um ou outro que colida com o poder maior, a que já não sirva. A eventual imposição da pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum condenado enriquecido e assim supostamente poderoso), decerto serve tão somente para legiti-

7 Sobre a indiferenciação entre preocupações, discursos e práticas de direita e esquerda, relacionados ao sistema penal, reporto-me ao que escrevi no ensaio “A ESQUERDA PUNITIVA”, publicado às p. 79-92 do primeiro número da Revista DISCURSOS SEDICIOSOS - CRIME, DIREITO E SOCIEDADE (Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1º semestre 1996).

8 Vejam-se, na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, especialmente os comentários constantes à página 113 de *EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

mar o sistema penal e melhor ocultar, sem maiores perdas, seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação da formação social na qual surge, papel esse que se expressa, fundamentalmente, através da responsabilização individualizada que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

O sacrifício de um ou outro membro das classes dominantes, ou de alguém que se coloque a seu serviço, em nada altera aquela real funcionalidade do sistema penal. Só não percebe isso quem se esquece de que - dada a função da pena de manifestação de poder de um Estado, que constitui fator da organização e do equilíbrio global de uma determinada formação social - a distribuição do *status* de criminoso, feita através de sua imposição, haverá de obedecer às regras básicas de distribuição de bens vigentes naquela determinada formação social, e que a reação punitiva necessária e prioritária há de se dirigir aos excluídos, aos desprovidos de atributos positivos e de poder.

Nas formações sociais capitalistas, a regra básica e constante de todas as etapas de seu desenvolvimento é, como não se deve esquecer, a desigualdade na distribuição de bens. Um atributo negativo, que, dentre outras coisas, ainda serve para a construção e propagação de uma imagem que se identifica com o mal, o inimigo, o perigoso - como ocorre com o *status* de criminoso - necessariamente haverá de ser, em tais formações sociais, distribuído, de forma preferencial, entre os membros das classes subalternizadas - hoje, no capitalismo pós-industrial e globalizado, recaindo mais especialmente sobre os excluídos da produção e do mercado -, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes.

A posição precária no mercado de trabalho (desempregados, subempregados, empregados com baixa qualificação profissional), os defeitos de socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, presentes nas classes subalternizadas, constituem, não como se costuma apontar, causas da criminalidade, mas sim características com influência determinante na distribuição do *status* de criminoso, a dar o perfil global da regular clientela do sistema penal.<sup>9</sup>

No Brasil, o intocado e intocável perfil dos que recebem o *status*

---

9 Sobre este ponto, é sempre indispensável a leitura da *CRIMINOLOGIA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL* de Alessandro Baratta, edição em espanhol da Siglo Veintiuno Editores, México, 1986, em tradução de Álvaro Búnster.

de criminoso, a partir de tais características, é facilmente constatável, bastando um olhar para dentro dos muros e grades das prisões. De todo modo, alguns dados podem ajudar a reforçar este olhar.

Os Censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça, têm classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% dos internos no sistema penitenciário brasileiro. Esse perfil aparece de forma ainda mais eloqüente quando se consideram dados colhidos em dois Estados da região sul, em que o nível de vida das populações se encontra entre os melhores registrados no país. Em Censo, realizado no Paraná em 1992, a posição precária no mercado de trabalho, quando da prisão, se expressava nos seguintes percentuais: 69% dos presos não tinham emprego fixo, sendo que 28% nunca tiveram carteira assinada; dos que estavam regularmente empregados, 26% trabalhavam na construção civil. Do total de presos, 95% ganhavam menos de um salário mínimo, quando da prisão. A baixa escolaridade também se revelou no mesmo Censo: 86% dos presos tinham apenas o 1º grau incompleto. Dados encontrados no relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos, promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, permitem constatar que, no ano 2000, nada havia mudado: na segunda maior penitenciária do Rio Grande do Sul, além de 12% de presos analfabetos, outros 73% possuíam apenas escolarização primária incompleta.

Esse quadro revelador da preferencial distribuição do *status* de criminoso entre membros das classes subalternizadas, não é, naturalmente, exclusivo de países periféricos, como o Brasil, fazendo-se presente sim – por ser de sua essência – em qualquer formação social capitalista.

Nos Estados Unidos da América, pesquisa conduzida pelo *US Department of Justice* em cadeias de condados (estabelecimentos destinados a condenados a penas privativas de liberdade inferiores a um ano), a partir de uma amostragem de seis mil presos em quatrocentos e trinta e um destes estabelecimentos prisionais, constatou que somente 49% dos presos dispunham de um emprego em tempo integral no momento da prisão. Na mesma proporção, metade dos presos não havia completado os estudos secundários. Mesmo considerando aquela metade integrada ao mercado de trabalho, a renda de dois terços dos presos não atingia mil dólares mensais, o que significa que estavam abaixo do limiar de pobreza oficialmente considerado naquele país. No que concerne às prisões federais e estaduais, a mesma situação de pobreza revela-se pelo fato de 80% dos presos

condenados terem sido representados, no processo, por defensor público.<sup>10</sup>

Na Europa, tome-se o exemplo da França: quase a metade dos presos estava desempregada, no momento da prisão, proporção que, em relação a jovens de menos de 25 anos, sobe para 62 %; um terço tinha dificuldades de leitura, sendo que um sexto apresentava esta dificuldade até mesmo para decifrar palavras ou fragmentos de frases; 80%, ao chegarem à prisão, tinham necessidade de tratamento dentário urgente.<sup>11</sup>

A função real e permanente do sistema penal, propiciadora da identificação das classes subalternizadas como classes perigosas – e hoje, mais especialmente dos excluídos da produção e do mercado –, através da construção e propagação da imagem do criminoso, formada especialmente a partir da seleção, naquelas classes, daqueles que irão sofrer a mais visível pena privativa de liberdade, aparece claramente nos dois países apontados. Da mesma forma que, nos Estados Unidos da América, é a população de afro-americanos a mais atingida, simultaneamente pela desigualdade na distribuição de bens e atributos positivos e pelo sistema penal – a elevadíssima proporção de 690 presos por cem mil habitantes, considerada a população norte-americana como um todo, sobe para 3.408 por cem mil habitantes, quando considerada apenas a população de homens afro-americanos<sup>12</sup>–; na Europa são os imigrantes os principais selecionados para receberem o *status* de criminoso, correspondendo, em média, nos diversos países membros da União Européia, a 25% de suas populações carcerárias.

Esse paralelismo entre os sistemas penais das diferentes formações sociais capitalistas centrais foi assim registrado por Loïc Wacquant: “por toda a Europa, os estrangeiros, os imigrantes não-ocidentais ditos da ‘segunda geração’ (e que justamente não o são) e as pessoas de cor, que compõem as categorias mais vulneráveis tanto no mercado de emprego quanto face ao setor assistencial do Estado, em virtude de seu recrutamento de classe mais baixo e das discriminações múltiplas que lhes são infligidas, estão maciçamente representados no seio da população carcerária – e isso num nível comparável em muitos lugares à ‘desproporcionalidade’ que atinge os negros

10 Dados encontrados no trabalho de Loïc Wacquant, publicado, em português, sob o título *PUNIR OS POBRES: A NOVA GESTÃO DA MISÉRIA NOS ESTADOS UNIDOS* (Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2001).

11 Dados constantes de Relatório, elaborado por comissão, criada por resolução do Senado da França, para investigar as condições dos estabelecimentos penitenciários daquele país, relatório este divulgado em 29 de junho de 2000.

12 Dados do Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice.

nos Estados Unidos.(Wacquant, 2001, p.107)

Tão vazio quanto a ilusória e nefasta pretensão de criminalizar condutas características das classes dominantes é o discurso que veicula clamores contra a impunidade.

A impunidade é regra essencial à operacionalidade do sistema penal, que, por mais intensa que seja sua intervenção, nunca irá pôr fim à criminalidade de qualquer natureza, até porque não é este seu objetivo. O sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pelas condutas criminalizadas, residindo, ao contrário, sua real eficácia, exatamente, na excepcionalidade simbólica de sua atuação.

Nunca é demais repetir que a imposição da pena não passa de pura manifestação de poder, destinando-se a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada formação social. Não seria, pois, funcional fazer recair a reação punitiva sobre todos os responsáveis pelas condutas conflituosas e socialmente negativas, qualificadas como crimes. Ao contrário, é imperativa a individualização de apenas alguns dos autores de crimes, de modo que, sendo presos, processados ou condenados, identifiquem-se, exemplar e simbolicamente, como criminosos, assim emprestando sua imagem à personalização da figura do mal, do inimigo, do perigoso, tal individualização possibilita a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.

A lógica da intervenção do sistema penal rege-se pela seletividade, que permite a individualização do criminoso e sua conseqüente e útil demonização, processo que se reproduz em relação a qualquer forma de criminalidade, venha das classes subalternizadas, venha das classes dominantes e de seus agentes. A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro responsável por condutas conflituosas ou socialmente negativas, a que se dá a qualificação legal de crimes, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e a conseqüente identificação da pessoa do inimigo, do mal, do perigoso, não só afasta a busca de outros instrumentos mais eficazes para a verdadeira e definitiva solução dos conflitos e situações negativas, como dispensa a investigação das razões que os ensejam, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estará satisfatoriamente resolvido.

É aí que se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, enquanto instrumento de manutenção e reprodução da estrutura econômica e social dominante. Ao trabalhar com a imposição da pena a individualizados autores de condutas conflituosas ou socialmente

negativas, qualificadas como crimes, o sistema penal torna invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, venha essa das classes subalternizadas, venha das classes dominantes e de seus agentes, assim permitindo e incentivando a crença em desvios pessoais a serem combatidos, ao mesmo tempo que encobrindo e deixando intocados os desvios estruturais que os alimentam.

Esta lógica do funcionamento do sistema penal, baseada na seleção de um ou outro responsável por condutas conflituosas ou socialmente negativas, a que se dá a qualificação legal de crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, faz da excepcionalidade de sua atuação uma condição de sua própria existência, demonstrando, mais do que a ineficácia da repressão penal, a injustiça que lhe é inerente e que acaba por produzir, direta ou indiretamente, um enorme volume de violência e de dor, sob a forma de estigmatização, privação da liberdade e morte.

#### **IV. Transformação social e abolição do sistema penal**

Não é apenas a inutilidade do apelo à repressão penal que deve sugerir o abandono de quaisquer tendências criminalizadoras.

Pense-se na questão da propriedade da terra, ainda incrivelmente atual no Brasil. Certamente, muito mais importante e eficaz do que eventualmente punir proprietários de terras, agentes a seu soldo, ou policiais autores de homicídios e lesões corporais contra trabalhadores sem-terra, é evitar que se produzam os conflitos e as situações negativas no campo. A inversão do processo de concentração da propriedade fundiária, a concretização da reforma agrária é que são sim passos prioritários e indispensáveis ao rompimento e à superação, não só daquelas específicas manifestações de violência, mas também da igualmente violenta negação dos direitos fundamentais à habitação, do acesso e utilização dos recursos naturais, do desenvolvimento espiritual e corporal, da proteção à saúde, ao trabalho que atingem os que são expulsos e privados da terra.

Mas, mais do que isso, são, fundamentalmente, a violência e a injustiça inerentes à reação punitiva e a perigosa ampliação do poder do Estado de punir, conseqüente à legitimação de uma maior intervenção do sistema penal, que tornam imperativo o abandono do caminho repressor na busca da utopia transformadora, que faça realizável o ideal de construção de sociedades mais justas, mais iguais e mais generosas.

A satisfação das necessidades fundamentais à sobrevivência digna de todos os indivíduos e a garantia dos direitos delas decorrentes, que se fazem indispensáveis à superação do quadro de violência e desigualdade que marca a história da formação social brasileira, vinculam-se àquele ideal de construção de sociedades, que, sendo mais justas, mais iguais e mais generosas, hão de ser, por isso mesmo, mais livres e mais tolerantes.

O caminho transformador não pode ser trilhado com a reprodução de mecanismos excludentes, violentos, dolorosos e injustos, como o são os mecanismos em que se sustenta o sistema penal.

A opção por uma renovada utopia de construção de sociedades mais justas, mais iguais e mais generosas há de caminhar junto com a proposta de imediata redução do sistema penal, de forma a viabilizar a criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder do Estado de punir, contenção esta que há de seguir um caminho de mão única, através do deslocamento da ênfase dada à repressão e à reação punitiva, seja em relação a condutas características das classes subalternizadas, seja em relação a condutas realizadas por membros das classes dominantes ou agentes a serviço de seus interesses, estas como aquelas, em sua maior parte, ligadas e determinadas pelas próprias características fundamentais da formação social capitalista, e, portanto, não controláveis pela fácil, falsa e perversa solução penal.

O rompimento e a superação do quadro de violência e desigualdade, que marca a história da formação social brasileira, há de implicar no rompimento e na superação da violência e da dor produzidas por um sistema que, como o penal, tem em seu centro a idéia da exclusão e do sofrimento, consubstanciada na irracional e seletivamente aplicada reação punitiva. O caminho, verdadeiramente transformador, não poderá ser trilhado com a reprodução da lógica da reação punitiva, que, fundada na violência, na submissão e na exclusão, não se compatibiliza com a generosidade, com a igualdade e com a justiça, que hão de presidir a concretização das novas sociedades.

A contenção do poder do Estado de punir é tarefa que se faz indispensável e há de ser efetivamente buscada, sem quaisquer concessões. Mas, decerto esta é apenas a tarefa urgente e imediata, como é urgente e imediata a contenção dos efeitos mais danosamente excludentes gerados na atual etapa do desenvolvimento capitalista.

No entanto, assim como não devem os horizontes da transformação social se esgotar nos estreitos e nocivos limites do modo de produção

capitalista, assim como não se deve abandonar a perspectiva de construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais – construção talvez longínqua, pouco importa –, da mesma forma, há de se compreender que a imediata e urgente contenção do poder do Estado de punir, o imediato e urgente resgate de um ordenamento penal, consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, constituem apenas os primeiros passos dentro de um caminho muito maior e mais longo, que, conduzindo ao rompimento com os sentimentos de vingança e de culpa, com o maniqueísmo divisor das pessoas entre boas e más, com o desejo do castigo e a busca de bodes expiatórios, conduzindo ao rompimento com a própria idéia de crime, ao rompimento com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva, possa conduzir a uma futura – talvez longínqua, pouco importa – abolição do sistema penal.

#### BBLIOGRAFIA

Loïc Wacquant, *AS PRISÕES DA MISÉRIA* (edição em português de Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2001, p. 107). Ali também, à página 109, encontram-se dados de pesquisa realizada em 1997, pelo Conselho da Europa, a registrar aquela média de 25% de estrangeiros entre os presos dos países membros da União Européia.