

**Poderá a justiça criminal ser emancipatória?
Reflexões a partir do pensamento de Boaventura de
Sousa Santos**

Can Criminal Justice be emancipatory? Reflections based on the thought of Boaventura de Sousa Santos

Criziany Machado Felix

Doutoranda em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI na Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/BR. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul/BR e Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/BR. Advogada.

Cristiane de Sousa Reis

Pós-doutoranda no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra/PT. Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Ciências Criminais pela UCAM - RJ/BR. Especialista em Direito Público pela PUC Rio de Janeiro/BR. Professora universitária ISBB/Coimbra/PT e Universidade Federal Fluminense/Brasil. Advogada.

Artigo recebido e aceito em fevereiro de 2015.

Resumo

Parafrazeando o questionamento que Boaventura de Sousa Santos adota como título do artigo “Poderá o direito ser emancipatório?”, o presente ensaio propõe-se a revisitar o referido texto, baseado, principalmente, em outra obra do mesmo autor, denominada “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”. Transpõe as ilações feitas para um diálogo com a sua concepção de “constitucionalismo transformador”, para indagar se poderá haver espaço para a emancipação na Justiça Criminal brasileira. Formulamos uma resposta positiva baseada na postura contra-hegemônica de alguns magistrados ao analisar questões penais à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Emancipação, Pensamento Abissal, Justiça Criminal, Constitucionalismo Transformador e Contra-hegemonia.

Abstract

Paraphrasing the question Boaventura de Sousa Santos adopts as title of the article “Can Law be Emancipatory?”, this essay proposes readdressing the text mentioned, based, mainly, in another work from de same author named “Beyond Abyssal Thinking: from Global Lines to Ecologies of Knowledges”. It transposes the conclusions achieved into a dialogue with his concept of “transformer constitutionalism” to question if there could be space in Brazilian Criminal Justice to emancipation. We respond it positively based on some judges counter-hegemonic posture while analyzing criminal issues in the light of 1988 Federal Constitution.

Key-words: Emancipation; Abyssal Thinking; Criminal Justice, Transformer Constitutionalism and Counter-hegemonic.

1. Considerações Iniciais

Penso que só há uma solução: a utopia. A utopia é a exploração de novas possibilidades e vontades humanas por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe, em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e por que merece a pena lutar.

Boaventura de Sousa Santos (2002a: 278)

Negar o potencial emancipatório do Direito no âmbito da Justiça Criminal, ainda que o Direito Penal, no seu âmago, seja regulatório por excelência, é negar a existência da utopia, é negar a busca de um Direito Penal menos avassalador (sistema penal alternativo) ou de “algo melhor que o próprio direito penal” (alternativa ao sistema penal)¹.

Reconhecemos e corroboramos o valioso contributo do pensamento criminológico crítico que apontou as mazelas, não apenas do Direito Penal, mas do sistema penal em sentido amplo², não obstante, entendermos que existe a possibilidade de abordagens contra-hegemônicas na Justiça Criminal. Nosso trabalho demonstra que poderá haver, nesta esfera judicial, espaço para desafiar concepções de interesses dominantes em relação ao poder/dever estatal de punir. Este desafio caminha em direção à emancipação social³, que, no contexto analisado, emerge da postura crítica de alguns magistrados⁴.

¹ Neste último contexto, é conhecida a expressão, referida por muitos abolicionistas, de Gustav Radbruch (*apud* Baratta, 1999a: 222), que segue: “a melhor reforma do direito penal não consiste em sua substituição por um direito penal melhor, mas sim por uma coisa melhor que o direito penal”.

² Segundo nos ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli (2002: 70) denomina-se sistema penal “ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou se supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para essa atuação”, incluindo-se, em um sentido mais amplo, nesse controle institucionalizado, as “ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal”.

³ Não é nosso intuito, neste ensaio, entrar no debate acerca de eventual potencial emancipatório existente no recurso por parte de alguns movimentos sociais à utilização simbólica do direito penal em suas lutas, como por exemplo: a demanda pela repressão da violência doméstica, do racismo, da homofobia ou da pedofilia. A vertente a ser discutida aqui não é a da criminalização ou recrudescimento das penas e sim a da emancipação através da oposição às agruras do sistema penal, ou pelo menos da mitigação de seus malefícios, pautada na possibilidade de uma atuação jurídica comprometida com o respeito ao ser humano.

⁴ Acerca do papel do magistrado em relação ao potencial emancipatório do Direito, ver Felix, 2007a, 2009a e Reis, 2007, 2008.

Cumpra ressaltar que Boaventura de Sousa Santos (2003: 42) distingue dois tipos de emancipação social, fina e espessa, que se diferenciam em razão do “grau e a qualidade de libertação ou de inclusão social”, sem olvidarmos que ambos os conceitos são melhor identificados em termos específicos, na medida em que pode “perfeitamente dar-se a circunstância de aquilo que funciona como concepção de emancipação fina para uma determinada luta cosmopolita numa dada sociedade e num dado momento histórico funcionar como concepção de emancipação espessa para uma outra luta cosmopolita noutro contexto geográfico-temporal” (Santos, 2003: 42).

Buscamos a possibilidade de um atuar jurídico emancipatório, no sentido descrito por Celso Luiz Ludwig (2001: 15) ao se referir ao saber jurídico emancipatório, “originariamente porque denuncia o sentido ideológico do discurso cientificista e teoricamente porque permite a produção de uma justiça emergente contra-hegemônica”.

Efetamos uma consulta, concernente à jurisprudência criminal brasileira, nas páginas oficiais dos Tribunais de cúpula (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e Tribunais de Justiça dos Estados, para verificar a viabilidade de nossa premissa e comprovar a hipótese por nós aventada de que poderá haver espaço para contra-hegemonia na Justiça Criminal.

As discussões jurisprudenciais, feitas através da metodologia de análise qualitativa de dados, com vistas à consecução do objetivo delineado neste ensaio, foram enquadradas em quatro tópicos, consoante a natureza da problemática apresentada, embora todos partam da ideia que são os operadores do direito que poderão dar cunho emancipatório ao mesmo. Os dois primeiros dizem respeito às decisões isoladas e os dois últimos versam sobre decisões que foram sendo tomadas de forma reiterada, assumindo um *corpus* jurisprudencial robusto na direção da emancipação na esfera da Justiça Criminal.

No primeiro caso apresentamos uma decisão envolvendo questões inerentes à segregação e às relações de gênero, que rompe com a lógica do fascismo do *apartheid* social, porquanto permite que um condenado saia não

apenas da zona selvagem, o cárcere, como da zona “instituída” para o “masculino”, a fim de cumprir sua pena junto de seu filho, em interpretação extensiva de dispositivo que concedia o benefício de prisão domiciliar apenas às mulheres condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental.

A segunda situação estudada versa sobre uma postura de contra-hegemonia ao fascismo do *apartheid* social e financeiro, pois discorre sobre uma decisão pioneira que, em decorrência de uma interpretação analógica *in bonam partem*, concedeu um privilégio legal, destinado apenas aos chamados crimes do “colarinho branco”, aum praticante de furto tentado, culminando o feito com a extinção de sua punibilidade, baseada em um texto de doutrina com discurso claramente emancipador.

O terceiro contexto analisado, relacionado com o fascismo do *apartheid* e da insegurança, é a questão da tensão criminalização/emancipação dos Movimentos Sociais, no qual centramos nos movimentos agrários, que lutam contra-hegemonicamente, isto é, de baixo para cima, observando a noção de dupla face do Poder Judiciário, que se apresenta em conflito interno de várias ordens, oscilando entre os interesses da maioria da população local e global e os interesses capitalistas, evidenciando-se em várias áreas, como a questão agrária e ambiental.

Por último, discorreremos sobre uma temática que se pode apresentar como transversal aos diversos fascismos estruturais do Direito Penal moderno ocidental, dependendo seu enquadramento das razões que motivaram a condenação dos encarcerados que almejam remir sua pena, qual seja: a questão da possibilidade de remição da pena por meio do estudo, que passou a ser prevista expressamente na Lei de Execução Penal apenas a partir de 29 de Junho de 2011, com a alteração dada pela Lei n.º 12.433. Até então, o benefício era aceito, há mais de duas décadas, pelo Judiciário em virtude da analogia *in bonam partem* à remição em razão do trabalho, este sim previsto legalmente. Foi por meio das reiteradas decisões judiciais e posterior edição da Súmula n.º 341 do Superior Tribunal de Justiça sobre a viabilidade da admissibilidade do estudo formal como causa de remissão da pena, que se oportunizou a emancipação em sede de Execução Penal, alcançando uma

regulação mais digna, demonstrando que ainda se pode ter expectativas quanto ao Poder Judiciário tornar-se mais inclusivo e redistributivo.

O artigo que segue, não obstante interagir com outros autores e demais trabalhos de Boaventura de Sousa Santos, propõe-se, prioritariamente, a rediscutir o texto “Poderá o direito ser emancipatório?” (Santos, 2003), revisitando-o a partir de ensaio posterior denominado “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes” (Santos, 2007a) e transpondo as ilações feitas para um diálogo, com a jurisprudência na esfera penal, processual penal e de execução penal, orientado pelo seu conceito de constitucionalismo transformador (Santos, 2009b, 2010).

Apresentamos a possibilidade de uma mudança no Sistema de Justiça Criminal dar-se por meio do ativismo judicial com potencial constitucional transformador; isto é, através de uma postura judicial de compromisso com uma sociedade mais justa, pautada nos direitos e garantias exarados nos valores estruturais da Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, e símbolo do processo de redemocratização do Brasil, sem, contudo, olvidar que essa mesma Carta Magna, nas palavras de Salo de Carvalho (2003: 195), “alavancou um sistema criminalizador, conformado com um modelo penal programático”, por ele denominado de “Constituição Penal Dirigente” (Carvalho, 2003: 72; 2004: 195).

Assim, entendemos que, não obstante a tensão descrita, o Magistrado, que tenha por escopo assumir uma postura emancipatória, poderá encontrar no constitucionalismo brasileiro o suporte para essa tomada de decisão. O foco do trabalho é, portanto, o sistema estatal formal de Justiça Criminal representado pelas lentes de magistrados críticos nos Tribunais brasileiros.

2. A matriz teórica de Boaventura de Sousa Santos e a modernidade ocidental jurídico-penal

A modernidade ocidental⁵, objeto de análise que assume papel central em grande parte da produção intelectual de Boaventura de Sousa Santos, (1988, 1989, 1990, 1991, 1995, 1998, 2002a, 2002b, 2002c, 2003, 2006, 2007a, 2007b, 2009a, 2010) fundou-se, conforme o próprio descreve, sob dois pilares: o da regulação e o da emancipação⁶, podendo-se compreender esta também como um espaço de luta por uma melhor regulação, uma regulação mais digna, mais inclusiva. Com o escopo de discutir os termos nos quais se pauta o debate acerca da relação entre ambos os pilares, o autor discorre sobre o papel da Ciência e do Direito e as formas como se articulam para configurar o paradigma da modernidade ocidental e seu percurso, (Santos, 1988, 1989, 1990, 1991, 1995, 1998, 2002a, 2002b, 2002c, 2003, 2006, 2007a, 2007b, 2009a, 2010).

Descreve a existência de uma “relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito, sob a égide da ciência” (Santos, 2002b: 52), onde a ordem social criada está pautada no conhecimento científico, as normas jurídicas resultam das descobertas da ciência sobre a vida na sociedade, especialmente no que alude ao pensamento social do século XVIII e XIX (Santos, 2002b: 54).

Subjacente à tensão existente entre os pilares da emancipação e da regulação encontra-se a dicotomia invisível apropriação/violência⁷ que a

⁵ Releva mencionar que, não obstante Boaventura de Sousa Santos versar sobre o capitalismo e suas consequências, em grande parte de sua obra, em conjunto com a modernidade ocidental, ambos são, como o próprio autor destaca, processos históricos distintos. O advento do paradigma sócio-cultural da modernidade deu-se antes da dominação dos atuais países centrais pelo capitalismo industrial, tendo, a partir daí, ocorrido a convergência e o entrecruzamento dos dois processos, respeitada, todavia, a separação e relativa autonomia de condições e dinâmica de desenvolvimento de cada um deles (Santos, 2002b: 47).

⁶ O pilar da regulação é formado pelo princípio do Estado – Hobbes; do mercado - Locke e Adam Smith; e da comunidade - Rousseau. O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas weberianas de racionalidade: “a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica” (Santos, 2002a: 71, 2002b: 50).

⁷ Boaventura de Sousa Santos (2007: 9) define que “apropriação envolve incorporação, cooptação e assimilação, enquanto a violência implica destruição física, material, cultural e humana. Na prática, é profunda a interligação entre apropriação e violência”.

fundamenta (Santos, 2007a: 04). Essa forma de pensamento moderno ocidental foi denominada por Boaventura de Sousa Santos de “Pensamento Abissal” e implica que

as distinções invisíveis são estabelecidas através de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o universo “deste lado da linha” e o universo “do outro lado da linha”. A divisão é tal que “o outro lado da linha” desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente (Santos, 2007a: 03).

A visível tensão entre regulação e emancipação, vigente “deste lado da linha”, pauta-se epistemologicamente na disputa do conhecimento científico ou não científico direcionado para a comprovação da verdade na dialética verdadeiro/falso e juridicamente na assunção do direito estatal oficial ou internacional como únicos oficialmente válidos na dialética legal/ilegal. “O outro lado da linha” é invisibilizado mediante processos de apropriação e/ou violência, seu universo é considerado inexistente, o conhecimento ali produzido é tido como não-científico, pois está para além do verdadeiro/falso e o direito aplicado é tido como ilegal ou como direito não oficialmente reconhecido, estando para além da legalidade/ilegalidade formalmente vigentes (Santos, 2007a: 03-11).

Para o autor em comento, “o conhecimento e o direito modernos representam as manifestações mais bem conseguidas do pensamento abissal” (Santos, 2007a: 05). No sentido do exposto, é relevante destacar que:

Por ilação ao pensamento de Boaventura de Sousa Santos podemos afirmar que o Direito Penal contemporâneo é a expressão máxima das mazelas da modernidade, em especial na configuração de estruturas que criam, recriam e agudizam as suas linhas abissais (Felix, 2009b).

A alegação supra comporta uma interpretação extensiva ao sistema penal em sentido amplo, pois, à semelhança do Direito Penal, o pensamento abissal lhe é constitutivo.

O pensamento penal moderno ocidental tem entre seus precursores

Cesar Beccaria (2007), cuja obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada pela primeira vez em 1764, na Itália, tem por escopo insurgir-se contra as injustiças do sistema penal da época, questionando a sua legitimidade e posicionando-se em prol de garantias no “Direito Penal” e “Processual Penal” contra o arbítrio punitivo. O autor termina seu livro asseverando: “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis” (Beccaria, 2007: 163)⁸. Essa postura iluminista inaugurada pela obra de Beccaria norteia o Direito Penal clássico, destinado a limitar a intervenção estatal punitiva, trata-se de um Direito Penal determinado, subsidiário e secular.

O Direito Penal clássico alega situar-se dentro de uma perspectiva do contrato social, através da qual “aqueles que têm que viver socializados uns com os outros, renunciam, alternativamente a uma parte de sua liberdade natural e exigem com isto uma garantia de liberdade para todos” (Hassmer, 2003: 56). Ocorre que o ingresso no contrato social pressupõe o abandono do estado de natureza⁹ em detrimento da constituição de uma sociedade civil e silencia que dessa forma, “se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza, um estado de natureza a que são condenados milhões de seres humanos sem quaisquer possibilidades de escaparem por via da criação de uma sociedade civil” (Santos, 2007a: 8). Esses excluídos são invisibilizados através do mito da igualdade, que nada mais é do que uma igualdade formal, restando-lhes apenas a promessa da igualdade e liberdade para todos. Vera Regina Pereira de Andrade (2003: 191) chama-nos a atenção para as exigências invisibilizadas e funções latentes da transformação social

⁸ As conclusões de Beccaria supramencionadas refletem os seguintes postulados, defendidos ao longo de seu texto: abolição das penas infamantes, cruéis ou excessivas, vinculação ao princípio da legalidade dos delitos e das sanções, da proibição da tortura, da livre convicção do julgador, da moderação e pessoalidade das penas, publicidade e imparcialidade dos julgamentos (Beccaria, 2007).

⁹ Importa ressaltar que para o contrato social só tem importância a natureza humana, que deve ser domesticada com as leis do Estado e as normas de convivência da sociedade civil (Santos, 2003: 6-20).

decorrente da reforma iluminista e da subsequente fundação do sistema penal moderno.

O discurso iluminista servia aos interesses da nova classe social de industriais e comerciantes que emergia da revolução industrial, porquanto a burguesia, poderosa e em desenvolvimento, procurava debilitar o poder da velha classe hegemônica (a nobreza e o clero) reduzindo o seu poder punitivo, que constituía uma de suas principais formas de dominação. Nesse prisma, a classe emergente pregava a redução penal a nível discursivo, porém na prática o poder punitivo seguia sendo exercido de modo que fosse funcional ao crescimento daquela, pois os sistemas punitivos encontram-se intimamente ligados aos de produção. Com o aumento da concentração urbana de “indesejados”, em face da industrialização, fazia-se necessário domesticar para a produção e neutralizar os que resistissem. Como não era mais aceitável “matar” em praças públicas, a opção foi encerrá-los em prisões, com altas taxas de mortalidade, admitindo-se inclusive prisões preventivas em processos intermináveis (Rusche & Kirchheimer, 1999: 20-25; Zaffaroni, 2006: 43-45).

Na medida em que mais riqueza se produziu, surgiu a necessidade de encarcerar aqueles que poderiam por em risco a detenção deste acúmulo por parte de alguns, sendo este o real (invisível) fundamento para as punições privativas de liberdade. Associado a esta ideia, passou-se a dar utilidade econômica ao corpo do condenado, que se tornou uma mais-valia por conta da mão-de-obra barata. O aprisionamento tornou-se um instrumento de controle sobre o que os indivíduos, rotulados como “indesejados”, poderiam fazer. A prisão passou a ser cabível pela simples potencialidade de cometimento de infrações penais por aquele já previamente definido como criminoso (Foucault, 2007).

No século XIX, o discurso de contenção do poder punitivo tornou-se desnecessário às classes de industriais e comerciantes à medida que alcançaram a hegemonia social em detrimento da nobreza e do clero (Zaffaroni, 2006: 89). Retornou-se ao sistema inquisitivo, conduzido pelo

positivismo criminológico¹⁰, que foi segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (2006: 89) a virada mais importante em direção ao autoritarismo através do Direito Penal do autor¹¹.

Os “indesejados”, sob o olhar positivista, passaram a ser considerados inferiores por razões patológicas ou de insuficiência evolutiva ou por serem degenerados (Zaffaroni, 2006: 89-93), antropologicamente, o criminoso passou a ser entendido como

um ser de difícil adaptação à sociedade, devido às suas anormalidades que lhes são inerentes e o crime surge, pois, da natureza delituosa do homem. Neste sentido, passa-se a entender o homem delituoso como um doente e a pena como cura, num sentido de defesa da própria sociedade, a pena de prisão, que mais se assemelhava à própria natureza e razão de ser da medida de segurança, não tinha limitação em termos quantitativos, posto que só se extinguiu quando findava as causas que levaram o indivíduo a ser privado de sua liberdade (Reis, 2012: s/n).

As influências, ora concomitantes ora sucessivas, dos clássicos e dos positivistas assumem papel de relevo no moderno Direito Penal, conduzindo, nos moldes da crítica exarada por Salo de Carvalho (2008: 03), à expectativa das comunidades científica e política do desenvolvimento de “instrumentos capazes de erradicação do resto bárbaro que insistentemente emerge na cultura”.

Os excluídos do contrato social, os delinqüentes, “são considerados os detritos de nossa sociedade, a parte descartável, a parte que não está em conformidade com os demais e por isso devem ser reciclados, ou seja, socializados” (Felix, 2002: 98). Nessa senda, o Direito Penal atual, fortemente vinculado à modernidade ocidental,

¹⁰ No século seguinte, surge a Escola Positivista ou Positiva, tendo como um dos principais representantes Cesare Lombroso (1987), com sua visão antropológica e determinante do criminoso, desenvolvendo uma teoria baseada na frenologia, que entende ser possível determinar o caráter, a personalidade e o grau de criminalidade pela forma da cabeça.

¹¹ O Direito Penal do autor pune a pessoa pelo que ela é, ou seja, em razão do seu estado ou condição existencial e não em virtude da conduta por ela perpetrada (Direito Penal do fato).

vivencia uma grande crise, a falência do sistema penitenciário é o termômetro a evidenciá-la. É cediço que a prisão não consegue atingir seu fim, pois ela não consegue prevenir o crime, nem ressocializar ninguém. Ao contrário de reabilitar alguém à vida em sociedade – se é que podemos definir o que é estar habilitado à vida em sociedade – a prisão constitui uma realidade violenta e opressora (Felix, 2002: 92).

Elucidando essa realidade violenta e opressora, que é estrutural do moderno sistema penal, deparamo-nos com alguns sintomas que demonstram as mazelas da Justiça Penal de nossos dias, dentre os quais destacamos: (i) o tratamento indigno em que se encontram diversos presos definitivos; (ii) o abandono de presos provisórios em condições semelhantes à de presos definitivos; (iii) a seletividade do sistema penal recaindo sobre grupos pré-determinados e (iv) as indagações em torno do ideário de ressocialização.

Os sintomas supramencionados nos remetem ao pensamento de Loic Wacquant (2001: 07) ao aduzir que

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.

Trata-se de uma penalidade “fascista”, pautada na concepção de “fascismo social” identificada por Boaventura de Sousa Santos (2002c: 447-458, 2003: 20-27, 2006: 295-316, 2007: 16-19), que importa trazer à colação, relacionando-a, imediatamente, com as questões identificadas pelo autor em comento que dizem respeito à tríplice forma de sociedade civil.

Boaventura de Sousa Santos (2003: 20-26) informa-nos haver quatro formas de fascismo social. A primeira forma é o “fascismo do *apartheid* social”, que evidencia a segregação social, na qual se verificam as separações sociais, entre o que o autor denomina de zona selvagem e zona civilizada, atuando o Estado, nesta zona, de forma mais atenuada, enquanto na primeira, o Estado Penal e repressor ecoa mais alto; a segunda é o “fascismo para-estatal”, onde temos o abuso das prerrogativas estatais por parte de atores sociais de forte influência, que atuam em conjunto com o Estado. Esta modalidade de

fascismopossuiduas vertentes: “fascismo contratual” (como nos contratos de adesão, a parte mais fraca aceita as condições do mais forte, fazendo, em muitas situações, a iniciativa privada as vezes do próprio Estado) e o “fascismo territorial” (ocorre sobretudo nos Estados pós-coloniais, com novas formas de coronelismo e caciquismo); o terceiro modo de “fascismo” identificado é o “da insegurança”, o qual Santos (2003, p. 22) apresenta como a “manipulação discricionária do sentimento de insegurança das pessoas e grupos sociais vulnerabilizados. O último é o “fascismo financeiro”, sendo a pior forma, pois o controle recai sobre os mercados financeiros, ditando não só as normas dos mercados como dos próprios países. Exemplo desta modalidade é a agência de *rating*, que atualmente está fortemente determinando as taxas de risco dos países europeus, assim como também determinou no Brasil, alta taxa de risco aquando da eleição do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva para o seu primeiro mandato.

Entendemos que poderíamos, fazendo uma interpretação extensiva ao pensamento de Boaventura de Sousa Santos exarado, incluir no fascismo do *apartheid* social outras zonas de segregação social, como por exemplo a zona do “feminino” e a zona do “masculino” onde as discrepâncias nas relações de gênero seriam, muitas vezes, recriadas, pelo Estado ao legislar.

Na mesma linha interpretativa, poderíamos considerar como decorrência do fascismo financeiro as discrepâncias de tratamento jurídico-penal que são dispensadas aqueles que praticam condutas lesivas ao património *lato sensu*, seja ele público ou privado, e que podemos comprovar comparando as sanções atribuídas aos crimes fiscais, econômicos e contra a relação de consumo com as penas previstas para o furto, nas suas variadas modalidades.

Retomando o nosso propósito de revisitar o texto “Poderá o direito ser emancipatório?” (Santos, 2003), a partir da obra “Para além do pensamento abissal” (Santos, 2007)¹², entendemos ser necessária a discussão das questões

¹² Na obra “Para além do pensamento abissal” Boaventura de Sousa Santos (2007: 16-19) alude apenas aos fascismos do *apartheid* social, ao contratual e ao territorial, por considerar que são as formas que “mais claramente reflectem a pressão da lógica de apropriação/violência sobre a lógica da regulação/emancipação” (Santos, 2007: 16).

inerentes à dicotomia apropriação/violência na modalidade do “fascismo social da insegurança”, no qual entendemos deva ser incluída a sensação de insegurança fomentada pela violência.

Nesse sentido, vale destacar a relação entre a sensação social de insegurança e a atuação da mídia em instar a sociedade a acreditar que há uma escalada avassaladora da violência e que a mesma será resolvida com o advento de leis penais mais severas (Felix, 2007b: 1-13). As inúmeras alterações que sofreu a legislação referente aos crimes hediondos, subsequentemente a espetáculos mediáticos, demonstrando o advento de leis penais ao “sabor do momento”, descoladas de uma reflexão crítica são um exemplo dessa complexa relação¹³. Em consonância com o exposto é o postulado por Jesús Maria Silva Sánchez (1999: 24) ao elencar dentre algumas das causas da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, a sensação social de insegurança.

Consideramos que o “fascismo da insegurança” em função da violência é uma forma de pensamento abissal à medida que demanda uma maior onda repressiva e punitiva, incidindo de forma mais severa nos já excluídos, bem como fomenta o medo das pessoas, conduzindo ao “fascismo do *apartheid* social”, asseverando ainda mais às mazelas da exclusão social acarretada pelo Estado.

Tendo em conta a relação entre Estado e sociedade civil, que está na base do pilar da regulação, Boaventura de Sousa Santos (2003: 24-27) traz-nos ainda importante distinção entre três tipos de sociedade civil, característica das sociedades modernas ao longo dos tempos, sendo elas: “sociedade civil íntima”, “sociedade civil estranha” e “sociedade civil incivil”. Na primeira, a zona de contato entre os seus membros e o Estado é a mais próxima de todas, possuindo os mesmos ampla inclusão social; já os membros da “sociedade civil estranha” são incluídos e excluídos ao mesmo tempo, neste aspecto, em

¹³ Para uma análise da relação descrita, bem como do contributo da mídia para a produção legislativa tangente aos crimes hediondos conferir “O Espetáculo como poder legiferante: algumas considerações sobre Sociedade, Mídia, Direito Penal e Processual Penal emergentes e Políticas Criminais contraditórias no Estado Democrático de Direito brasileiro” (Felix, 2007b).

especial quanto aos direitos sociais e económicos. Na “sociedade civil incivil” encontram-se os totalmente excluídos. É nesta última forma que se encontram na área rural os trabalhadores rurais sem-terra, os quilombolas, os indígenas e, na área urbana, os moradores de comunidades, os desempregados de toda sorte, etc.

Para todos esses excluídos do contrato social¹⁴, só resta o “estado da natureza”. Nesta medida, “a luta pela emancipação social passa a ser uma questão de inclusão no contrato social e rechaçamento contra a exclusão do mesmo” (Reis, 2011: 19).

Assim, verificamos que os membros da esfera da sociedade civil incivil, que são aqueles que se encontram do outro lado da linha abissal, e, portanto, são invisibilizados e confinados nas zonas selvagens, onde o contato maior com o Estado não é em zona de conforto e bem-estar, mas, por serem marginalizados, são transformados em uma subclasse de excluídos, em razão do pré e pós-contratualismo, sob os quais o Estado aponta a espada da “Justiça”, marcando fortemente com sua presença criminalizante e repressora a todos aqueles que tentam cruzar a abissalidade da linha.

Dessa forma, não podemos falar do direito de punir sem tocar, brevemente, na grave questão referente à seletividade do Direito Penal, pois transversal à discussão das modalidades de fascismo mencionadas e que foi claramente identificada pelos criminólogos críticos (Baratta, 1999a; Castro, 2005; Marteau, 1996; J. C. dos Santos, 1981; Young, 2002; Zaffaroni, 2001, 2006), mas também por Michel Foucault (2007) e os autores que lhe serviram de fundamento, Georg Rusche e Otto Kirchheimer(1999), na medida em que apontam que há camadas preferencialmente eleitas à inclusão no sistema penal/prisional, onde a condenação dá-se mais pelo ser do que pelo efetivo fazer, partindo esta noção desde as bases do controle informal e adentrando pelo formal.

¹⁴ Devemos lembrar o que nos esclarece Boaventura de Sousa Santos (2003: 3-15) quando afirma que a tensão entre a regulação e a emancipação está assente no contrato social e esta tensão se perfaz pela polarização entre a vontade individual e a geral, entre interesse particular e bem-comum, onde o Estado-nação, o direito e a educação cívica são os garantes de passividade desta tensão no interior da sociedade civil.

Não foi por acaso que a pena privativa de liberdade surgiu com o advento do sistema capitalista, por ocasião do fim do sistema feudal que, com seu efeito seletivo e estigmatizador, acentua e fixa aquelas camadas sociais marginalizadas, excluídas e invisibilizadas na posição social em que se encontram.

O Direito Penal é um ramo do direito extremamente seletivo, no qual o controle social tende a rotular certos setores sociais. Estes setores sociais estigmatizados e rotulados *a priori* como criminosos e perigosos pertencem à sociedade civil incivil, podendo algumas vezes pertencer também à sociedade civil estranha, englobados pelas formas de fascismo social, acentuadamente a do *apartheid* social, financeiro e da insegurança, que evidenciam ainda mais a estigmatização destes grupos, bem como sua exclusão social, havendo clara identificação dos mesmos como “clientes” preferenciais do sistema penal. A forma dominante de se acentuar essa exclusão social é

a criação de um sentimento de insegurança na população em geral, transformando aquela massa desvalida e expoliada na expressão máxima do perigo. (...) Para estes, muitas das vezes, a única forma de contato com o Estado, é por meio da polícia e da repressão. A cidadania não é para todos. Podemos claramente verificar que uns são mais cidadãos do que outros, enquanto há aqueles que nem este status possuem, pois a inclusão no modelo de sociedade civil incivil, torna este grupo visível apenas para as páginas policiais (Reis, 2012: 04).

Em harmonia com o exposto, aduz Vera Regina Andrade (1995: 32) que os pobres são preferencialmente estes clientes “não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos”.

Lôic Wacquant (2001: 19-20) enfatiza que “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a ‘contenção punitiva’ das categorias deserdadas faz as vezes de política social”. Assim, podemos compreender como as situações que devem ser tratadas como sendo da área política e do campo social viram casos de polícia.

a solução encontrada pelo Estado neoliberal para absorver a população que cada vez mais irrompe as barreiras da miséria, ingressando na sociedade civil incivil, é criminalizando-os e encarcerando-os. Aqueles que mais assistência do Estado precisam, são justamente aqueles que são rotulados como criminosos. Mas não se diz aqui uma assistência paternalista, mas sim aquela que garanta o ingresso à sociedade civil. No entanto, compreende-se que tal situação não se daria e nem se dará no Estado neoliberal (Reis, 2012: s/p).

Diante do exposto, parece-nos que a solução para a problemática apresentada não está na manutenção da racionalidade penal moderna ocidental. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos (2002b: 18) busca “possibilidades de conhecimento, para além da ciência moderna, e possibilidades do direito, para além do direito moderno.” Considera que a imaginação utópica permite reinventar a tensão entre os dois pilares constituintes do paradigma da modernidade para lhe transcender (Santos, 2002b: 19) e deixa-nos a indagação de como “reinventar o direito para lá do modelo liberal e demo-socialista e sem cair na agenda conservadora – e ainda, mais como fazê-lo de modo a combater esta última de maneira mais eficaz” (Santos, 2003: 08).

Em “Poderá o direito ser emancipatório?”, o autor (Santos, 2003: 12) discorre sobre três tipos de concepções e de práticas subalternas implicadas na reinvenção do direito. Interessa-nos neste momento analisar a terceira delas¹⁵, qual seja: “concepções e práticas hoje em dia propostas por organizações e movimentos especialmente ativos no esforço de propor formas de globalização contra-hegemónica”. Vislumbramos que nesta prática insere-se o que denominamos de “Ativismo Judicial Constitucional Transformador” em alusão à expressão “constitucionalismo transformador” de Boaventura de Sousa Santos e que acreditamos ser um instrumento de luta contra o fascismo social.

¹⁵ As duas primeiras são “1) concepções e práticas que, não obstante pertenceram à tradição ocidental e terem-se desenvolvido nos países do Ocidente, foram suprimidas ou marginalizadas pelas concepções liberais que se tornaram dominantes; 2) concepções que se desenvolveram fora do Ocidente, principalmente nas colônias e, mais tarde, nos Estados pós-coloniais” (Santos, 2003: 12).

3. Revisitando a Justiça Criminal a partir de um constitucionalismo transformador

Para revisitar a Justiça Criminal, viabilizando no seu seio espaços de contra-hegemonia, parece-nos importante ter como mote a afirmação de Fabio Konder Comparato (1999: 16), que versa: “no regime democrático, o atributo maior de soberania popular consiste em constitucionalizar a nação”.

Devemos compreender a noção de constitucionalismo que aqui se insere dentro daquilo que Boaventura de Sousa Santos (2009b: 11; 2010: 72) chama de constitucionalismo transformador, tendo por base os anseios do povo, partindo, como afirma o autor, de baixo para cima, inscrito sob novos paradigmas e normas que apontem valores e princípios mais dignos e inclusivos (Santos 2009b: 11) e cujos protagonistas sejam os excluídos e seus aliados (Santos, 2010: 72).

No contexto brasileiro, a redemocratização, após longo período de regime militar, deu-se simbolicamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente o rol de direitos individuais, difusos e coletivos, dentre os quais: direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e ambientais (Santos, 2007b: 17), ficando popularmente conhecida como “Constituição Cidadã”.

A Magna Carta brasileira contém, em seu ideário, a expectativa de realização de direitos até hoje ceifados de grande parte de “excluídos”, composta por membros da sociedade civil incivil e por vezes até da sociedade civil estranha, dando, na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, “maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos” (Santos, 2007b: 18) e abrindo espaço para “uma maior intervenção judicial a partir do controlo de constitucionalidade do direito ordinário” (Santos, 2007b: 20).

No que alude ao Sistema de Justiça Criminal, consideramos ser necessário pensá-lo à luz dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima do direito penal, da proporcionalidade das penas, da legalidade estrita e o da culpa como limite da

punição, devendo o Estado Democrático e de Direito seguir e atender aos princípios básicos e inerentes à esfera penal, qual seja a proteção dos direitos fundamentais (Reis, 2012), no sentido preconizado por Luigi Ferrajoli(2002), na esfera do garantismo penal. Entendemos a própria Constituição como sendo o limite, formal e material, da atuação do *ius puniendi* estatal.

Nesse contexto, podemos destacar que a Constituição brasileira tutela os seus cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal, limitando-o nos moldes garantistas do Estado Democrático de Direito, entretanto, paralela e paradoxalmente, ao ampliar o rol de garantia e proteção de direitos individuais, difusos e coletivos prevê ingerência penal em várias dimensões, pautada na perspectiva da resolução de conflitos pelo aumento do espectro punitivo (Rosa & Silveira Filho, 2008: 57-58).

Esse fenômeno de contradição entre o garantismo e o autoritarismo é descrito por Salo de Carvalho (2003: 72, 2004: 195) como componente de uma “Constituição Penal Dirigente”, constituída por um “núcleo constitucional-penal programático” com o escopo de unir diferentes projetos políticos edificantes de um Estado Penal em lugar do ausente Estado Social, sob a denominação de Estado Democrático de Direito.

Esta lógica descrita é a reinante e está na própria gênese do Direito Penal. No entanto, podemos claramente reconhecer possibilidades contra-hegemônicas, dentro da perspectiva de um constitucionalismo transformador, e que levam à emancipação pelo Direito, nomeadamente, para o que nos interessa aqui, na esfera da Justiça Criminal.

Um pensamento jurídico contemporâneo, que se identifique como crítico deve simultaneamente estar apto a reconhecer essas vicissitudes do constitucionalismo brasileiro, “criticando a suposta unicidade e continuidade da tradição jurídica moderna – hermenêutica negativa” (Santos, 1990: 31) - e apto a propor um pensamento alternativo de alternativas para trabalhar com as ambivalências e complexidades de nossa sociedade, como propugna Boaventura de Sousa Santos ao longo de sua obra.

Propomos assim que a efetividade do constitucionalismo transformador dê-se por meio do ativismo judicial pautado numa hermenêutica crítica,

partindo, conforme define Boaventura de Sousa Santos (1990: 31), “da idéia que o projeto da modernidade, sendo embora a herança cultural hegemônica da nossa contemporaneidade, não é contudo a única”. Na esteira desse pensamento, buscamos, no item subsequente, demonstrar possibilidades de agir dentro da Justiça Criminal brasileira, que sejam orientadas por posturas contra-hegemônicas, inclusivas de movimentos sociais, organizações e grupos cosmopolitas subalternos, que recorram à lei como instrumento de emancipação social ou individual.

4. Os Tribunais e a Emancipação na Justiça Criminal Brasileira

Apresentamos alguns casos que identificamos como sendo indicadores da potencialidade emancipatória do Direito em relação ao Sistema Penal, onde a reinvenção contra-hegemônica faz-se presente, especialmente devido à vontade do operador jurídico. Destaca-se que “na crise da tensão entre regulação e emancipação, onde os Tribunais¹⁶ tem mais visibilidade e onde são mais recrutados é justamente na área criminal, sendo a estigmatização uma forte aliada neste processo” (Reis, 2008: 07). Nesta medida, demonstraremos abaixo a evidente contradição interna do sistema judicial, que ora exclui, ora enseja a potencialidade emancipatória do Direito na Justiça Criminal, concretizada, em especial, na atuação dos magistrados, permeando a esfera da emancipação social fina no utópico caminho da espessa.

¹⁶ Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2006), sob coordenação de Boaventura de Sousa Santos, ao analisar a reforma da organização judiciária, em Portugal, afirma que a primeira reforma necessária consiste em recolocar os tribunais como órgão julgador de casos de alta intensidade (promoção da cidadania e alta criminalidade), deixando os demais às soluções alternativas de conflito. A segunda é tornar o processo menos burocrático e mais célere. Em um terceiro enfoque, deve-se apostar na modernização da gestão e administração da justiça. Apesar de localizar a questão em Portugal, entendemos que tais reformas também se adequariam ao caso do Brasil, cabendo ao Judiciário a adoção de uma nova postura frente aos processos que lhe cabem à análise e, sem dúvida alguma, a questão da terra se insere na esfera de casos de alta intensidade.

4.1 Semeando outra hermenêutica: A execução penal e a não discriminação pelo gênero

A primeira situação que apresentamos remete-nos para a complexa questão das desigualdades decorrentes das relações simbólicas relativas ao gênero. Nesse sentido, parece-nos oportuno destacar que os dois gêneros, feminino-masculino, não são biologicamente determinados (sexo), mas sim construídos socialmente¹⁷.

Esse paradigma do gênero, contraposto ao paradigma biológico, deve muito ao contributo crítico do trabalho de Sandra Harding e das cientistas feministas que se debruçaram sobre sua teoria epistemológica (Baratta, 1999b: 20-22). Alessandro Baratta, (1999b: 20) pautado na teoria feminista de Harding, destaca que “o paradigma da ciência moderna assegura a dominação masculina e, ao mesmo tempo, a esconde, mantendo assim, a diferença de gênero ignorada”, porquanto estruturada no modelo dominante da oposição entre sujeito e objeto, entre razão e emoção e entre espírito e corpo, sendo que nos três casos o primeiro termo, correspondente à qualidade masculina, deve prevalecer sobre o segundo, correspondente à qualidade feminina, reservando, na esfera privada, a esfera pessoal da atenção e do cuidado às mulheres (Baratta, 1999b: 20).

O direito constituído, também, no paradigma moderno contribuiu e ainda contribui, segundo Teresa Pizarro Beleza (2010: 76), “poderosamente para a divisão das pessoas em dois sexos, fomentando e em larga medida comandando as relações sociais de gênero”. Existem várias leis que elucidam essa separação fascista.

Uma norma que nitidamente corrobora a afirmação acima é a descrita no artigo 117, inciso III da Lei n.º 7.210/84, denominada Lei de Execução Penal (LEP), que versa: “Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do

¹⁷ Teresa Pizarro Beleza (2010: 63) chama-nos a atenção à complexidade inerente aos conceitos de sexo e gênero, destacando que “nenhum deles é isento de problemas ou questões”. Para a autora (Beleza 2010: 65) “a identidade de gênero é construída, relacional, e até mutável”, pois entende que “sexo e gênero influenciam-se mutuamente nas nossas concepções e a sua distinção é, na melhor das hipóteses, tendencial” (Beleza 2010: 66).

beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...) III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental”.

Em sentido contrário ao exposto, merece alusão, pelo seu elevado potencial emancipatório, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Desembargador Aramis Nassif, na qual o direito à prisão domiciliar foi concedido a um condenado, ainda que a previsão legal seja expressa no sentido de ser um benefício para condenadas. Segue a ementa do caso:

Ementa: LEP, art. 117, III. Prisão domiciliar. Filho menor. Benefício exclusivo para apenada. Constituição. Discriminação. Concessão para apenado. Possibilidade. A pretensão do apenado em alcançar o benefício do art. 117, III, LEP, reservado as apenadas, é viável a luz de preceitos constitucionais, que veda a discriminação de gênero, entre outros. A emancipação da mulher nos tempos modernos obrigou o homem a ocupar o espaço doméstico, principalmente na responsabilidade com a segurança e formação dos filhos. O apenado, pela estigma de sua origem carcerária, tem maiores dificuldades para conseguir emprego, obrigando a mulher a buscar a subsistência da família fora do lar. Justo que o varão ocupe tarefas que eram, inclusive nos textos legais, destinadas as "donas de casa". Defere-se o benefício condicionando-o aos exames psico-sociais pertinentes. Agravo provido. Unânime (TJ/RS, Agravo de Execução 70000804104, Rel. Aramis Nassif - Agravo de instrumento originário nº 70000804104, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 22/03/2000).

A fundamentação do acórdão baseou-se numa hermenêutica constitucional transformadora, porquanto pautada no princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, previsto no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, concedeu uma interpretação extensiva ao preceito da Lei de Execução Penal, rompendo com a lógica instituída pelo sistema penal moderno, fortemente vinculado ao direito positivado, que ignora a carga axiológica dos princípios constitucionais.

4.2 A lei protege as elites, e a Justiça a quem deve proteger?

Consoante demonstrado ao longo deste ensaio a Justiça Penal é seletiva,

recaindo preferencialmente na sociedade civil incivil e algumas vezes na sociedade civil estranha, porém as motivações dessa seletividade não aparecem expressas na lei. Elas fazem parte do “outro lado da linha abissal” e sua invisibilidade dá-se pelo enaltecimento do princípio da igualdade (formal) de todos perante a lei.

Ocorre que, no contexto pátrio, em alguns momentos a proteção das elites torna-se tão flagrante que culmina com a edição de leis que não conseguem mais invisibilizar “a opção ideológica do tipo de bem jurídico que resolve (des)proteger” (Streck, 1996: 484), a exemplo dos crimes do “colarinho branco”, levando Lênio Luiz Streck a aduzir que há “uma opção preferencial pelos nobres feita pelo legislador brasileiro” (1996: 484).

A afirmação de Lênio Luiz Streck foi efetuada a propósito da edição da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995, que permite, nas palavras do autor, “àquele que sonegar impostos ou contribuições sociais escapar da punição, com o simples pagamento do valor sonegado antes do recebimento da denúncia” (Streck, 1996: 484).

O artigo 34 da referida lei, ainda vigente, versa: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990¹⁸, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965¹⁹, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

Essa norma vem apresentar um tratamento privilegiado àqueles que cometem crimes contra o sistema tributário, contra a ordem econômica ou contra as relações de consumo em detrimento dos crimes contra o patrimônio, que ficam condicionados à norma geral do artigo 16 do Código Penal pátrio que rege:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

¹⁸ Essa Lei define crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e contra as relações de consumo.

¹⁹ Essa Lei define o crime de sonegação fiscal.

A análise dos dispositivos legais mencionados acima indica um evidente descompasso entre o tratamento dado a sociedade civil íntima, através da extinção da punibilidade em caso de quitação da dívida, e o tratamento dispensando à sociedade civil incivil ou estranha, que são destinatárias da mera redução da pena prevista na parte geral do Código Repressivo.

Adotando uma postura contra-hegemônica à essa legalidade penal elitista a 2ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul²⁰, acatou, na íntegra, parecer do Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, pautado num texto seu publicado no Livro Doutrina 1 (1996), intitulado “A nova lei do imposto de renda e a proteção das elites: questão de coerência”, no qual o autor critica o tratamento desigualitário dado às diferentes camadas da população brasileira, assevera que o jurista deve recriar o direito e indaga:

Se o empresário que sonegou milhões de reais não responde pelo crime de sonegação se pagar o valor sonegado antes do recebimento da denúncia, por que razão não dispensar o mesmo tratamento a alguém que cometeu um delito contra o patrimônio, sem violência, na hipótese de a vítima não sofrer prejuízo (por devolução ou apreensão da res furtiva)? (Streck, 1996: 495).

Por fim Lênio, no texto mencionado(1996: 495-496), propugna pela extensão da *ratio* do benefício instituído para o sonegador aos demais delitos contra o patrimônio, como forma de respeito à norma constitucional do artigo 5ª, *caput*, que estabelece a igualdade de tratamento de todos perante a lei. Parece-nos evidente que ao propor o respeito ao princípio da igualdade o autor está preocupado com a igualdade material e não apenas com seus aspectos formais.

O caso sob análise versava sobre um jovem preso em flagrante ao furtar uma bicicleta e cujo processo foi extinto pelo magistrado de primeiro grau, o Juiz Claudenir Missagia, com base numa interpretação do artigo 34 da Lei nº. 9.249/95 à luz da garantia constitucional exarada no *caput* do artigo 5º da

²⁰O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul foi extinto e sua competência incorporada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela Lei 11.133, de 15.04.98.

nossa Carta Maior. Em que pese o representante do Ministério Público em primeiro grau haver interposto recurso, o seu representante em segundo grau, Lênio Luiz Streck, sustentou a decisão recorrida com base na sua postura crítica anteriormente publicada no Livro Doutrina 1 e que mencionamos acima. Por maioria de votos, em decisão inédita no país, a Câmara decidiu manter a decisão atacada (Streck, 1999: 98), nos seguintes termos:

Proc. nº. 296026750 – Alvorada/RS. Recurso em Sentido Estrito. Extinção da Punibilidade. Tentativa de Furto. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, e artigo 34 da Lei 9.249, de 26.12.95, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie. Rel. Alfredo Foerster.

Assim, por meio da situação apresentada, o extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul assumiu uma postura contra-hegemônica, que rompeu com a lógica do fascismo financeiro e do *apartheid* social, confirmando a possibilidade emancipatória do Direito advinda dos seus operadores.

4.3 O “campo” jurídico como espaço de luta contra-hegemônica

Foi em especial no início da década de 90, quando o Brasil teve à frente de seu governo o ex-presidente Fernando Collor de Mello, que o Movimento dos Trabalhadores sem Terra – MST - passou a sofrer as mais fortes repressões, não se limitando

às ações da força policial, valendo-se também da intervenção do Poder Judiciário como uma nova cerca para impedir as ocupações. Deu-se início à criminalização das ações das famílias sem-terra, com a judicialização da luta pela terra e pela reforma agrária, resultando em prisões e massacres de camponeses sem-terra (Reis, 2008: 02).

O principal mote das imposições de prisões preventivas/condenações dos membros do MST dá-se por conta da sua forma de atuação,

consubstanciada nas ocupações. O processo de criminalização deste grupo social “indesejado” tem por escopo “desterritorializar a luta, desmobilizar os manifestantes e, para o público em geral, mostrar sua insensatez e descabimento”, visando deslegitimar a própria reforma agrária (Reis, 2008: 06).

Cumpramos ressaltar que “o Poder Judiciário também tem pouca tradição democrática, com sua atuação marcadamente repressora sobre as camadas populares, bem como suas íntimas ligações com as grandes oligarquias”. Essa dialética repressiva exara o flagrante descompasso de tratamento entre a sociedade civil incivil, bem como, em alguns momentos a sociedade civil estranha, e a sociedade civil íntima que goza de privilégios (Reis, 2008: 07).

Nesta medida, os movimentos sociais agrários sofrem diretamente este processo histórico de dominação e repressão, sendo mais sensíveis os órgãos jurisdicionais de primeira instância das áreas de conflito, em virtude da sua proximidade com os latifundiários.

Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) identificou dois tipos de discurso sobre a temática entre juízes e promotores de justiça. Uma corrente se auto-denomina “legalista” e prefere adotar a via da criminalização da luta pela reforma agrária, defendendo a imparcialidade política da justiça ao mesmo tempo em que critica as concepções de direitos humanos. Uma outra linha adota uma postura de hermenêutica crítica e reconhece a existência da parcialidade nas decisões²¹, que pesam contrariamente ao Movimento, bem como admite a incapacidade da Justiça em tratar a questão agrária, decidindo contra-hegemonicamente e reconhecendo a problemática como expressão de cidadania (Reis, 2011).

Podemos exemplificar²² o alegado supra com a decisão de 11 de julho de 2002, proferida pelo Juiz Átis de Araújo Oliveira, da Comarca de Teodoro Sampaio, conhecida área de conflito na região do Pontal do Paranapanema

²¹ Francesco Carnelutti (1995: 34) nos chama a atenção para a ficção do princípio da imparcialidade do julgador quando aduz: “A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade”.

²² Para saber mais sobre outras análises acerca desta temática do processo de criminalização dos movimentos sociais agrários e a dupla face do Poder Judiciário, ver Cristiane de Souza Reis (2008, 2011).

(São Paulo), no processo n.º 196/1999, onde um integrante do MST foi denunciado por co-autoria, em tese, de furto qualificado de duas cabeças de gado, ocorrido em março de 1999, na Fazenda Nova Esperança III, município de Euclides da Cunha Paulista, Comarca de Teodoro Sampaio.

Na referida decisão, acolhendo a manifestação do *parquet*, o Juiz Átis decretou a prisão preventiva do militante, sob o argumento de que o mesmo estava foragido, pois não se conseguia localizá-lo. Em 07 de maio de 2003, a referida prisão foi revogada, por meio do *Habeas Corpus* n.º 439.012/0, impetrado perante o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, sob a alegação de falta de motivação para decretação da prisão preventiva:

Com o devido respeito, a circunstância de não se conseguir localizar o réu para intimação pessoal, e mesmo sua eventual evasão do distrito da culpa, não se mostram por si sós, isoladamente, suficientes para a medida extrema. (...)
Fosse a garantia de aplicação da lei penal, por si só, motivo bastante à prisão preventiva, esta haveria de ser decretada em todo e qualquer caso no qual citado o réu por edital e se fizesse revel, ou – como na espécie – em que não fosse localizado após a citação para ser intimado de atos processuais.

Não raras vezes, nas decisões de primeira instância, em relação às questões agrárias, fica evidente que a punição se dá em razão de quem são, isto é, por serem membros dos movimentos sociais aos quais pertencem.

Como dissemos, o Poder Judiciário possui uma contradição interna no que tange a este assunto. Corroborando o exposto, trazemos um importante trecho da ementa do acórdão proferido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, (HC n.º 5574/SP – 97.0010236-0), que bem demonstra o que aqui apresentamos:

Movimento popular visando implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o Patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático. (...)
A Constituição da República dedica o Capítulo III do Título VII à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.
No amplo arco dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade e, de outro, gera direitos. É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade – tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei em Habeas Corpus anterior, não pode ser confundida, identificada com esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, que o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o Patrimônio. Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas. (...) Tenho o entendimento, e este Tribunal já o proclamou, não é de confundir-se ataque ao direito de patrimônio com o direito de reclamar a eficácia e efetivação de direitos, cujo programa está colocado na Constituição. Isso não é crime; é expressão do direito de cidadania”.

Percebendo a contradição existente no Poder Judiciário e a possibilidade de emancipação fina pelo mesmo caminho, em especial por meio do ativismo judicial constitucional transformador, releva mencionar que

A partir dos anos 90, a luta foi judicializada e o Judiciário passou a servir aos propósitos dos grandes interesses econômicos, sendo mesmo utilizado de forma conservadora e hegemônica, criminalizando os movimentos sociais. O MST não ficou longe deste processo. Entretanto, logo se verificou que o melhor caminho era a utilização da mesma arma e contra-atacar com instrumentos garantidos pelo próprio sistema judicial. É o uso contra-hegemônico do Judiciário (Reis, 2008: 18).

Devemos ter atenção ainda aos vários movimentos dentro e ao redor do Poder Judiciário, podendo apontar a criação do IBCCrim, em 1992, a Rede de Advogados e Advogadas Populares, (RENAP) em 1996, a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, que engloba juristas que procuram buscar resultados práticos contra as denúncias de violações de direitos humanos ocorridas no Brasil. Mencionamos ainda a Associação dos Juízes para a Democracia, as Promotoras Legais Populares, a Assessoria Jurídica Universitária Popular.

Todos estes órgãos, assim como outros não citados, são espaços ideais para a utilização contra-hegemônica do sistema judicial e que reforça a ideia de que a potencialidade emancipatória do mesmo encerra-se nos próprios operadores, em direção à “responsabilidade social do Judiciário, buscando uma nova versão, uma nova roupagem e caminhar na direção de uma justiça mais voltada para as questões sociais de extrema relevância, sendo mais redistributiva” (Reis, 2008: 26).

4.4 Estudar para Emancipar: uso contra-hegemônico do direito

Por último, vale observar a questão da remição da pena pelo estudo, esclarecendo, desde já, que não cabe neste artigo analisar o instituto da remição em si, enquanto fenômeno jurídico-penal, mas sim enquanto instrumento com potencial de emancipação, porquanto através da aplicação da analogia com a remição da pena pelo trabalho, alguns magistrados prolataram decisões contra-hegemônicas, que foram progressivamente se expandindo pelo país, desde a década de noventa, até tornar-se um benefício expresso na Lei de Execução Penal em 2011. O caminho foi lento, mas uma melhor regulação sobreveio, demonstrando que a emancipação pelo Direito também se dá pela via da regulação mais digna, conforme aponta-nos Boaventura de Sousa Santos (2003).

Assim, comporta uma breve descrição do instituto da remição pelo trabalho até a sua equiparação com a remição pelo estudo. Os artigos 126 a 130 da Lei n.º 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP), regulam o instituto da remição pelo trabalho²³, como instrumento de contribuição, na visão hegemônica, à ressocialização do condenado.

Consiste a remição no abatimento de um dia da pena para cada três dias de trabalho, referentemente ao condenado que cumpre pena privativa de prisão nos regimes fechado e semi-aberto²⁴. E o estudo? Teria ou não direito à

²³ Importa ressaltar que o trabalho do preso é remunerado, na forma do artigo 29, da LEP e artigo 39 do CP.

²⁴ Não cabe este abatimento da pena em relação ao condenado que cumpre sua pena de prisão em regime aberto e nem em livramento condicional, tendo em conta que o trabalho já é

remição? Neste aspecto, divergia a doutrina e a jurisprudência, sendo concedida caso a caso e conforme o entendimento do magistrado que analisasse o feito. Paulatinamente, a convicção da equiparação do estudo ao trabalho para fins de remição foi se tornando postura frequente, num percurso que levou quase 20 anos até conseguir-se sua regulamentação.

Os primeiros casos de requerimento de equiparação da remição da pena pelo estudo ao trabalho que encontramos, em nossa pesquisa jurisprudencial, são do começo da década de noventa e foram os dois casos indeferidos, em virtude da ausência de cominação legal expressa, corroborando o que foi descrito acerca do direito penal moderno, estreitamente vinculado ao direito positivado. São as palavras expressas no processo n.º 692013642, oriundo da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento ocorrido em 01 de abril de 1992: “Remição da pena concomitantemente entre trabalho e estudo. (...) Falta de previsão legal para remição do tempo pelo estudo”.²⁵

Em 19 de março de 1997, a postura do referido Tribunal foi alterada para permitir a equiparação, desde que houvesse aproveitamento escolar, nos moldes da decisão encartada no processo n.º 697011393, julgado pela Quarta Câmara Criminal. O julgamento foi no sentido de atribuir o referido benefício em sede de Execução Penal, ao condenado, considerando que “não há como negar que o estudo serve como estímulo para a ressocialização do preso, que, em tese, retornara à sociedade mais adaptado ao seu convívio” e entendendo que a “ocupação do preso é interesse da sociedade, nisso incluindo, sem dúvida, o aprimoramento intelectual” (processo n.º 699058962, julgado em 29 de abril de 1999, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Percebe-se nessas decisões uma maior preocupação com o ideal ressocializador e com a forma como o preso vai retornar à sociedade do que propriamente com o condenado. Consideramos tratar-se de uma situação

condição precípua para a este regime/livramento.

²⁵ Em sentido semelhante a decisão proferida pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 12 de março de 1992, nos autos do processo n.º 692003197.

contra-hegemônica, na medida em que rompe com a racionalidade moderna de necessidade expressa de autorização legal, porém é forçoso reconhecer que se trata de uma emancipação muito fina, pois embora apta a diminuir o tempo de encarceramento do condenado, pauta-se na falaciosa defesa do já por nós criticado ideal ressocializador.

Merece, ainda, alusão o acórdão proferido em 30 de julho de 2000 nos autos n.º 70000881375, oriundo do Quarto Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em virtude da sua fundamentação, que orientada pela postura proclamada em Encontro Estadual de Juízes de Execução Penal com Jurisdição sobre Presídios, nesse ano, rompe com a lógica de dominação vigente no Sistema Penal Moderno para considerar que “no mundo globalizado com emprego formal, mais importa a instrução, de preferência, profissionalizante do que a exploração do trabalho penitenciário”, admitindo, pois, a remição pelo estudo. A hermenêutica do julgador assumiu uma postura crítica que propiciou uma emancipação mais espessa em relação aos julgados anteriores na esfera punitiva, porquanto refletiu sobre a exploração do trabalho no universo prisional e preteriu-o em prol do conhecimento que ensejou redução na sua pena. Interessa ainda mencionar a pergunta efetuada pelo relator deste processo, o Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo, em flagrante crítica à utilização da mão de obra dos “indesejados” estruturante do Sistema Penal e que transcrevemos: “Vale mais limpar latrinas do que educar?”

As decisões posteriores proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul regrediram quanto a sua intensidade emancipatória, porquanto seguiram a tendência anterior daquela corte em equiparar a remição da pena pelo trabalho à remição da pena pelo estudo, fundamentadas, na sua maioria, na demanda de ressocialização por já analisada.

Adotando, também, a ressocialização como fundamento da equiparação mencionada, encontra-se a postura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Podemos apresentar como exemplo jurisprudencial o acórdão referente ao processo n.º 2006.076.00050, que tramitou na Primeira Câmara Criminal, o qual afirma que:

1. A interpretação analógica ou extensiva do vocábulo “trabalho”, inscrito no art. 126 da LEP, para alcançar a atividade estudantil do preso, atende perfeitamente à finalidade educativa e de ressocialização do instituto da remição;
2. Na sociedade contemporânea é patente a necessidade de maior grau de instrução e de especialização, pelo que a atividade estudantil vem se mostrando indispensável à inserção social do preso.

Assim, o condenado, para assemelhar o trabalho ao estudo no sentido da concessão do abatimento da pena, requer a equiparação da atividade estudantil ao “trabalho intelectual”, tendo este entendimento sido acompanhado pelo próprio relator Desembargador Roberto Guimarães. Nota-se que a própria inscrição da palavra trabalho entre aspas já denotava, no seu contexto, uma ampliação do seu entendimento, que extravasava o aspecto braçal/físico.

Neste mesmo acórdão, teve voto vencido proferido pelo Desembargador Moacir Pessoa de Araújo, que não concordava com a cumulação da remição entre o trabalho e o estudo, mas sem negar a possibilidade da extensão da remição ao estudo. À postura adotada pelo pretório paulista destina-se a crítica já exarada à questão da ressocialização, quando analisamos decisão do Tribunal gaúcho, quando adotou essa razão como fundamento de alguns de seus acórdãos, comportando uma emancipação fina.

A favor da concessão do benefício em discussão, que vinha sendo adotado por vários tribunais no país, foi editada, em 13 de agosto de 2007, a Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”. A súmula vislumbra regular e unificar a ambiguidade existente em relação à possibilidade ou não do estudo poder remir a pena do condenado, gerada a partir de posturas que ousaram romper com a racionalidade hegemônica vigente.

Destacamos que o entendimento predominante era que o estudo constituía uma mais-valia ao condenado, contribuindo eficazmente com o objetivo ressocializador da punição, tanto que a Lei n.º 12.245, de 24 de maio

de 2010 veio acrescentar o parágrafo 4º ao artigo 83 da LEP, determinando a instalação de salas de aulas com fim a realização de cursos de ensino básico e profissionalizante nos estabelecimentos prisionais.

No ano subsequente, em 30 de junho de 2011, promulgou-se a Lei n.º 12.433, alterando os artigos 126 a 129, da LEP, finalmente incluindo no diploma legal o estudo pelo condenado como passível de remição, na proporção de um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, correspondendo a um mínimo de três dias de atividade letiva, que pode ser tanto em ensino fundamental, médio, profissionalizante ou superior, englobando, ainda, os cursos de requalificação profissional, podendo ser presencial ou à distância, desde que haja certificação dos cursos frequentados, conforme inciso I dos parágrafos 1º e 2º do artigo 126 da LEP.

Cumprе esclarecer que o leque de abarcados pela possibilidade de remição pelo estudo é mais amplo, pois abrange não só os que se encontram em regime fechado e semi-aberto, mas também os que estão em regime aberto e em liberdade condicional, bem como ao que se encontra preso cautelarmente²⁶, conforme parágrafos 6º e 7º do artigo 126, da LEP, ficando, pois, sem efeito a restrição sumular do STJ.

O parágrafo 3º do artigo 126, da LEP admite ainda a acumulação de ambas as causas de remição, isto é, estudo e trabalho, desde que compatíveis. Assim, a cada três dias de trabalho/estudo remirá dois dias de pena.

O progressivo reconhecimento institucional da equiparação do estudo ao trabalho deixou clara a potencialidade da emancipação do Direito por meio de um Poder Judiciário mais atento e mais pautado pela responsabilidade social, tendo, por força de sua conduta ativista gerado uma regulação mais digna, que é também uma forma de emancipação social.

Releva, ainda, aduzir que essa emancipação através da equiparação do estudo ao trabalho para fins de remição de pena, inicialmente baseada na jurisprudência, conduziu o legislador pátrio a adoção de uma lei mais benéfica em relação aos presos que estudam do que o previsto para os que trabalham,

²⁶ O trabalho para o preso cautelar é facultativo, mas caso trabalhe, terá direito à remição, caso a condenação venha a se efetivar.

porquanto mais abrangente seu espectro de incidência.

Nesse contexto, o Poder Judiciário novamente foi acionado, agora, buscando-se a emancipação através da equiparação do trabalho ao estudo. Muitas decisões têm sido proferidas no sentido de conceder a equiparação com fulcro no respeito devido ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, bem como do princípio da proporcionalidade. Elucidando nossa afirmação apresentamos a ementa de decisão da corte gaúcha:

Ementa: Agravo em execução. Remição da pena. Trabalho realizado por apenado do regime aberto. Possibilidade. Ausência de vedação legal expressa. Princípio da igualdade. A entrada em vigor da Lei 12.433/2011 que modificou a redação do art. 126 da LEP, junto com o seu §6º, trazendo a possibilidade da remição da pena pelo estudo nos regimes aberto e semi-aberto e na liberdade condicional, não exclui a possibilidade de remição pelo trabalho no regime aberto. Ao contrário, de acordo com os princípios da igualdade e proporcionalidade, não pode ser feita qualquer discriminação entre o estudo e o trabalho, pois tanto um quanto o outro são de suma importância para a ressocialização dos apenados, devendo ser igualmente incentivados. Agravo provido. (Agravo nº 70050324664, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Francesco Conti, Julgado em 05/09/2012)

No que alude ao potencial emancipatório da decisão supra, entendemos que, assim como as anteriores que realizavam a equiparação inversa, ela gera uma emancipação fina, porquanto, em que pese a sua fundamentação estar pautada na densidade axiológica dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, seu principal mote é a ressocialização.

A partir de todos os casos aqui apresentados, verificamos que

A classe dominante, para manter o status quo, sempre necessitou de um direito que legitimasse e a garantisse. Assim, todo o sistema jurídico e seu aparato material e instrumental, serviu a este intento. Neste sentido sempre ocorreu o uso hegemônico do direito. (...) Para se romper com este paradigma, deve-se apostar em uma justiça transformadora, opositiva e contra-hegemônica, indo em busca da necessária legalidade cosmopolita subalterna, restaurando, diminuindo, ainda como afirma Santos (2003), a distância entre as expectativas e experiências sociais, com atenção voltada à intensa politização do direito. (Reis, 2008, p. 25)

Entendemos assim que o ativismo judicial permitirá constituir uma nova emancipação, a emancipação pelo direito constitucional transformador, devendo os magistrados, para tanto, tomar consciência de sua parcialidade²⁷, assumindo posições e não sendo meros aplicadores de regras positivadas, ignorando a existência dos princípios e sua densidade axiológica.

5. Considerações Finais

Consideramos que a obra de Boaventura de Sousa Santos discutida ao longo deste texto elucida a relevância do seu contributo no que concerne à análise da Modernidade Ocidental, especialmente ao defini-la como uma forma de pensamento abissal, porquanto permite desvelar a existência de questões latentes e subjacentes ao que nos é apresentado como realidade social.

Constatamos que a Modernidade Ocidental está impregnada de antinomias e paradoxos, onde a emancipação foi paulatinamente se transformando numa forma de regulação do capital e pelo capital, sendo que o Direito Penal, instituído através da racionalidade científica moderna, não apenas reproduz essas contradições como cria, recria e agudiza as linhas abissais, geradas pela seletividade de um Sistema Penal fascista e neoliberal, estigmatizando e rotulando aqueles que são pertencentes à sociedade civil incivil, e em alguns momentos à estranha, de modo a invisibilizá-los, sendo a designação de perigosos e o cárcere a expressão máxima da violência estatal e institucional modernas.

Nesta afastada relação entre os “indesejados” e o Estado, a aproximação deste dá-se pelo Estado Penal e repressor, sendo a concretização do fascismo do *apartheid* social e o da insegurança, bem como do fascismo financeiro. Neste sentido, a emancipação também se dá pela luta contra a profunda

²⁷ Na década de 50, do século passado, Francesco Carnelutti (1995: 34) já nos chamava a atenção para a ficção do princípio da imparcialidade do julgador quando aduzia: “A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade.” e prossegue, ainda, o autor italiano revelando o seguinte desejo: “Mais do que ler muitos livros eu queria que os juízes conhecessem muitos homens; se fosse possível, sobretudo, santos e canalhas, aqueles que estão sobre o mais alto ou mais baixo degrau da escada” (Carnelutti, 1995: 34).

exclusão social e na ultrapassagem da linha que os invisibiliza, apontando a fragilidade do próprio Sistema Penal construído na intimidade com os processos produtivos, nos quais intensas permanências das ideias burguesas são ainda encontradas, mais que não seja na apontada falácia da ressocialização.

Adotando os ideais burgueses, a Constituição Federal brasileira de 1988 ampliou a ingerência penal em várias dimensões, engendrando possibilidades de construções repressoras de certos grupos sociais. Simultânea e paradoxalmente protege os cidadãos do arbítrio do poder de punir do Estado, através de um largo rol de garantias e direitos, sendo considerada como um grande avanço. Assim, podemos, aproveitando o seu potencial emancipador, propugnar por um Sistema de Justiça Penal orientado por um constitucionalismo transformador, posto que o presente pouco ou nada atende às necessidades que aqui se colocam de superação do paradigma vigente e ampliação do potencial emancipatório do Direito na própria Justiça Criminal, superando as mazelas de suas linhas abissais.

Comprovamos, por fim, que há espaço para a emancipação na esfera penal e que seu emergir depende de um pensamento pós-abissal, engendrado pelos movimentos sociais, pelas entidades sociais e demais atores judiciais, mas sobretudo pela adoção de uma postura de hermenêutica crítica por parte dos magistrados cujo horizonte seja a perspectiva utópica de atuar, evidenciando, segundo exarmos, que já estamos a caminhar neste sentido, conforme demonstrado pelas situações apresentadas, ao menos dentro da emancipação social fina, quiçá de uma regulação mais digna (sistema penal alternativo), cujo horizonte utópico seja uma emancipação espessa (alternativa ao sistema penal).

Referências Bibliográficas

ANDRADE, V. R. P. de. (1995). Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na

ciencia e no senso comum. *CCJ*, (30), 24-36.

ANDRADE, V. R. P. de. (2003). *A Ilusão de Segurança Jurídica: do Controle da Violência à Violência do Controle Penal* (2. ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BARATTA, A. (1999a). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. (J. C. dos Santos, Trans.) Coleção Pensamento Criminológico (2ª ed.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia.

BARATTA, A. (1999b). O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. Em C. H. Campos (Org), *Criminologia e Feminismo* (pp 19-80). Porto Alegre: Sulina

BECCARIA, C. (2007). *Dos Delitos e das Penas*. (J. de F. Costa, Trans.) (2nd ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BELEZA, T. P. (2010). *Direito das Mulheres e da Igualdade Social: A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra: Almedina.

CARNELUTTI, F. (1995). *As Misérias do Processo Penal*. (J. A. Cardinalli, Trans.). São Paulo: Conan.

CARVALHO, S. de. (2003). Intervenção Salo de Carvalho. *Canotilho e a Constituição Dirigente* (pp 69-74). Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar.

CARVALHO, S. de. (2004). A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). Em R. C. Gauer (Ed), *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas* (pp 179-211). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO, S. de. (2008). *Anti Manual de Criminologia*. Instituto Transdisciplinar de Ciências Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CASTRO, L. A. de. (2005). *Criminologia da Libertação*. (Sylvia Moretzsohn, Trans.) Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan.

COMPARATO, F. K. (1999). Réquiem para uma Constituição. *O desmonte da nação*. Petrópolis: Vozes.

FELIX, C. M. (2002). A crise da pena de prisão sob um enfoque antropológico. *Revista do Direito*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Campus Uruguaiana, II(II), 91-102.

FELIX, C. M. (2007a). *Entre a Ordem e o Progresso. Poderá o Magistrado Ser um Emancipador? Considerações acerca do papel do Magistrado no Estado Democrático de Direito Brasileiro* (Seminário de Doutorado). Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI (p 22). Coimbra: Universidade de Coimbra.

FELIX, C. M. (2007b). *O Espetáculo como poder legiferante: algumas considerações sobre Sociedade, Mídia, Direito Penal e Processual Penal emergentes e Políticas Criminais contraditórias no Estado Democrático de Direito brasileiro* (Seminário de Doutorado). Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI (p 37). Coimbra: Universidade de Coimbra.

FELIX, C. M. (2009a). *¿Entre la orden y el progreso podrá el juez ser un emancipador?* Comunicação apresentada na Reunião Conjunta Complejidad, Conflictos, Justicia - 20 años de Sociología Jurídica, Oñati - País Basco.

FELIX, C. M. (2009b). Será a legislação penal contemporânea de emergência uma legislação de «linhas abissais»? Análise da problemática brasileira à luz de espetáculos mediáticos. *Sociedades desiguais e paradigmas em confronto*. Apresentado no X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Braga.

Obtido de <http://www.xconglab.ics.uminho.pt>

FERRAJOLI, L. (2002). *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais.

FOUCAULT, M. (2007). *Vigiar e punir: nascimento da prisão: [história da violência nas prisões]* (34 ed.). Petrópolis: Editora Vozes.

HASSEMER, W. (2003). Característica e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, (8), 54-66.

LOMBROSO, C. (1987). *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, all'giurisprudenza e dall psichiatria (causa e remedi)*. Progetto Manuzio. Torino: Fratelli Bocca Editori. Obtido de <http://www.e-text.it/>

LUDWIG, C. L. (2001). Prefácio. *O Direito e os Direitos: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad.

MARTEAU, J. F. (1996). Práticas Punitivas: um Pensamento Diferente - uma Entrevista com o Abolicionista Penal Louk Hulsman. (H. Singer, Trans.) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (14), 13-26.

Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2006). *A geografia da Justiça – Para um novo mapa judiciário* Vol. 1. Coimbra: Centro de Estudos Sociais- Universidade de Coimbra.

REIS, C. de S. (2007). *A Dupla Face do Poder Judiciário: Por um Poder Judiciário Emancipatório* (Seminário de Doutorado). Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI (p 31). Coimbra: Universidade de Coimbra.

REIS, C. de S. (2008). A Dupla do Poder Judiciário: Por um Poder Judiciário Emancipatório. *Revista Âmbito Jurídico*, Portal Âmbito Jurídico, (53). Obtido de

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2910

REIS, C. de S. (2011). *Os Bastidores da Mídia e os Movimentos Sociais: O caso do MST* (Dissertação de Doutorado). Universidade de Coimbra, Coimbra.

REIS, C. de S. (2012, Abril). *Pobres X Cidadãos: A Face Visível do Crime*. Comunicação apresentada no Colóquio Internacional «Direito(s) e Desigualdades» - CES, Coimbra.

ROSA, A. M. da, & Silveira Filho, S. L. da S. (2008). *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

RUSCHE, G., & Kirchheimer, O. (1999). *Punição e estrutura social*. Coleção Pensamento Criminológico (Vol. 3). Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia.

SANTOS, B. de S. (1988). Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Centro de Estudos Sociais - Universidade de Coimbra, (24), 139-172.

SANTOS, B. de S. (1989). *The post-modern transition: law and politics* (Oficina do CES No. 8) (p 64). Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

SANTOS, B. de S. (1990). O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Centro de Estudos Sociais - Universidade de Coimbra, (30), 13-43.

SANTOS, B. de S. (1991). *A transição paradigmática: Da Regulação a*

Emancipação (Oficina do CES No. 25) (p 36). Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

SANTOS, B. de S. (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. After the Law. New York: Routledge

SANTOS, B. de S. (1998). *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (1ª ed.). Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia: ILSA.

SANTOS, B. de S. (2002a). *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade*. Biblioteca das Ciências do Homem (8ª ed.). Porto: Edições Afrontamento.

SANTOS, B. de S. (2002b). *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Para um Novo Senso Comum (4ª ed.). São Paulo: Cortez Editora.

SANTOS, B. de S. (2002c). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. Law in Context (2nd ed.). London: Lexis Nexis Butterworths.

SANTOS, B. de S. (2003). Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Centro de Estudos Sociais - Universidade de Coimbra, (65), 3-76.

SANTOS, B. de S. (2006). *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*. Para um Novo Senso Comum. Porto: Edições Afrontamento.

SANTOS, B. de S. (2007a). Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Centro de Estudos Sociais - Universidade de Coimbra, (78), 3-46.

SANTOS, B. de S. (2007b). *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção questões da nossa época. São Paulo: Cortez Editora.

SANTOS, B. de S. (2009a). *Sociología Jurídica Crítica: Para un Nuevo Sentido Común en el Derecho*. Colección en Clave de Sur. Bogotá: ILSA.

SANTOS, B. de S. (2009b). *Por que é que Cuba se transformou num problema difícil para a esquerda?* Oficina do CES. Coimbra: CES-FEUC.

SANTOS, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. Colección IIDS Derecho y Sociedad @ Alertanet - Colección Transformación Global. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedade.

SANTOS, J. C. dos. (1981). *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense.

SCHEERER, S. (2003). ¿La pena como herencia cultural de la humanidad? (M. C. Meliá, Trans.) *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, Escola Superior do Ministério Público e Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, (9), 157-167.

SILVA-SÁNCHEZ, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas.

STRECK, L. L. (1996). A nova lei do imposto de renda e a proteção das elites: questão de “coerência”. Em J. Tubenclak (Org), *Doutrina 1* (pp 484-496). Rio de Janeiro: Instituto de Direito

STRECK, L. L. (1999). Criminologia e Feminismo. Em C. H. Campos (Org), *Criminologia e Feminismo* (pp 81-104). Porto Alegre: Sulina

WACQUANT, L. (2001). *As Prisões da Miséria*. (A. Telles, Trans.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

YOUNG, J. (Trans.). (2002). *A Sociedade Excludente*. Coleção Pensamento Criminológico (Vol. 7). Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, E. R. (2001). *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. (V. R. Pedrosa, Trans.) (5ª ed.). Rio de Janeiro: Editora Revan.

ZAFFARONI, E. R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Estudios de Criminología y Política Criminal. Madrid: Dykinson.

ZAFFARONI, E. R., & PIERANGELI, J. H. (2002). *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral* (4. ed., revista.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.