

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE? POST-MODERNITY SYMPTOMS: LAW AND (AND) CRISIS?

Gustavo Felipe Berça Ogata¹
Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati²

Resumo: Apesar da crise pós-moderna já ser discutida há algum tempo, seja na Filosofia seja na sociologia, há pouquíssimas obras que aproximam esse tema ao Direito, apontando os sintomas de que tal problemática está ocorrendo e possíveis soluções para a realidade. Assim, nota-se a necessidade de estabelecer esta linha de raciocínio a fim de compreender quais seriam alguns dos indicativos de que essa crise pós-moderna está incidindo no Direito, a partir de uma aproximação da práxis e referenciais teóricos. A presente pesquisa é bibliográfica e se utiliza do pensamento jurídico-reflexivo para abordar a crise vivenciada pelo Direito na pós-modernidade. Como referência teórica, foram utilizados escritos de Zygmunt Bauman, bem como, em específico, a reflexão de Eduardo C. B. Bittar que explicita a relação entre a pós-modernidade e a crise do Direito brasileiro além de textos de conteúdo jornalístico/informativo, que foram de extrema importância para que seja realizado um paralelo, aproximando a crise na pós-modernidade do mundo iuris. Buscou-se explicitar o que é a pós-modernidade e quais as reflexões que ela propicia no âmbito do Direito, apontando alguns sintomas de uma possível crise no Direito e em específico ao Direito Penal. Não houve pretensão de esgotar o tema, que apresenta exacerbada complexidade, mas contribuir para o aprofundamento da questão e a busca de possíveis soluções. Concluiu-se que as propostas do iluminismo não foram atingidas e que há uma deficiência no Direito em ofertar respostas efetivas para a crise trazida à tona com a pós-modernidade.

Palavras-Chave: Sintomas; filosofia; crise.

Abstract: Although the postmodern crisis has been discussed for some time, be it in philosophy or sociology, there are very few works that bring this theme closer to law, pointing out the symptoms that such a problem is occurring and possible solutions to reality. Thus, there is a need to establish this line of reasoning in order to understand which would be some of the indications that this postmodern crisis is affecting the Law, from an approximation of praxis and theoretical references. This research is bibliographic and uses legal-reflective thinking to address the crisis experienced by law in postmodernity. As a theoretical reference, the writings of Zygmunt Bauman will be used, as well as, in particular, the reflection by Eduardo CB Bittar, which explains the relationship between postmodernity and the crisis of Brazilian law, in addition to texts of journalistic/informative content, which will be extremely important for a parallel to be made, bringing the post-modern crisis closer to the iuris world. We will seek to explain what postmodernity is and what reflections it provides in the scope of Law, pointing out some symptoms of a possible crisis in Law and specifically in Criminal Law. There is no intention of exhausting the topic, which has exacerbated complexity, but to contribute to the deepening of the issue and the search for possible solutions. It was concluded that the proposals of the Enlightenment were not reached and that there is a deficiency in the Law in offering effective responses to the crisis brought to light by postmodernity.

Keywords: Symptoms; philosophy; crisis.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pós-modernidade e seus sintomas; 3 Justiça com as próprias mãos: crise na aplicação da justiça e a descrença nas instâncias do poder; 4. A política do encarceramento em massa; Conclusões; Referências.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá; Maringá; Paraná; Brasil; e-mail: ra109227@uem.br.

² Mestre Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati; professora adjunta do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá; Maringá; Paraná; Brasil; e-mail: jspgfrascati@uem.br.

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

1. Introdução e desenvolvimento

O presente projeto é dado por um ponto de discussão fático-teórico que enseja, a partir de uma perspectiva jurídico-filosófica, trazer à tona os possíveis sintomas de uma crise do Direito, refletindo sobre os eventuais rumos de seus institutos e a aproximação ou distanciamento dos preceitos teóricos e aplicação efetiva da norma imposta pelo Estado, pautando-se em uma concepção pós-moderna pela ótica de Zygmunt Bauman, relacionadas, por Eduardo Bittar, à Filosofia do Direito.

Para tanto, deve-se considerar a importância da Filosofia no estudo e compreensão do Direito, principalmente por essa instigar o pensamento a partir da realidade, de modo que o “estar no mundo” de Heidegger passe a ser de forma racional e reflexiva, ponderada. Deste modo, atentando ao fato de que os institutos, valores e preceitos socioculturais estão diluídos e em colapso, torna-se necessária essa aproximação e análise do Direito para que se compreenda o que está ocorrendo ou pode vir a ocorrer.

Ab initio, tem-se observado um sistema entrópico de mutações, advindas da crise valorativa sócio institucional que o Direito não mais consegue gerir, já que muitas delas ocorrem nele e decorrem dele, presentes tanto no ordenamento jurídico, quanto nas compreensões que estudiosos e intérpretes do Direito possuem. Nota-se que esse, em determinados aspectos, é ineficiente, pois com seus desvios de função, abusos de poder, corrupção e as demais atrocidades que ameaçam a existência de um Estado democrático de Direito, muitas vezes, não consegue fornecer um devido processo legal, acesso e promoção da justiça. Buscar-se-á apresentar alguns dos sintomas, por meio de um complexo de indicativos de que a pós-modernidade vem ocupando espaço, junto aos seus entraves, no Direito, compreendendo os embates e complementos dados por aquela no *mundus iuris*.

Por fim, dessa forma, é necessário compreender o Direito que temos (como se formou, os influxos ideológicos e eventuais crises decorrentes desses), já que, após o modelo ambivalente e racionalizado do Direito Moderno iluminista, regido por um Estado Centralizador de Poder - que, segundo Zygmunt Bauman, zela pela estética, não pelo conteúdo -, surgem questões que o Pós-moderno precisa lidar e, partindo dessa problemática, desenvolver-se-á um diálogo entre a Filosofia e o Direito, em busca dos indícios de que aquele, em suas teorias, está se distanciando cada vez mais da aplicação, sendo sua efetividade um dilema a ser sopesado.

2. A pós-modernidade e seus sintomas

Inserida em um contexto de indecisões, em que os paradigmas que moldavam nossa percepção da realidade não são mais suficientes para compreender o mundo e o interpretar de maneira eficaz, surge a pós-modernidade, uma categoria do saber filosófico³, sendo compreendida por Jean François-Lyotard (1998) como uma questão epistemológica. Anthony Giddens (1991), de forma extremamente didática elenca alguns dos aspectos possíveis para a compreensão da pós-modernidade, apresentando uma comparação das concepções pós-modernas à modernidade radicalizada. Porém, nesse momento serão apresentados os aspectos somente da pós-modernidade elencados pelo autor, o qual diz que o movimento:

1. Entende a transição corrente em termos epistemológicos ou como decompndo totalmente a epistemologia; 2. Enfoca as tendências centrífugas das transformações sociais correntes e de seu caráter de deslocamento; 3. vê o eu como dissolvido ou desmembrado pela fragmentação da experiência; 4. Afirma a contextualidade das reivindicações da verdade ou as vê como “históricas”; 5. Teoriza a falta de poder que os indivíduos sentem em face das tendências globalizantes; 6. Vê o “esvaziamento” da vida cotidiana como resultado da introdução dos sistemas abstratos; 7. Vê o engajamento político coordenado, impossibilitando pela primazia da contextualidade e dispersão; e 8. Define a pós-modernidade como o fim da epistemologia/ do indivíduo/ da ética (GIDDENS, 1991, p.163).

No entanto, consensual em não gerar consensos, enquanto corrente filosófica, dificilmente apresenta definições tão delimitadas. Na pós-modernidade, podem-se observar ao menos duas vertentes compostas por: a) pensadores que irão apresentar as transformações presentes na realidade, como Zigmund Bauman (1999); b) estudiosos do saber filosófico que buscarão apenas o conceito intelectual, como Lyotard (1998). Uma das principais problemáticas apresentada pela pós-modernidade gira em torno da seguinte indagação: como é possível ter a certeza de que uma teoria está correta em detrimento de outras? Para Jean François-Lyotard, as antigas certezas da humanidade, as utopias e os ideais iluministas são, em verdade, hipóteses, especulações.

No entanto, o que pode ser compreendido é que há uma mudança na forma com que se conhece e define os fenômenos sociais, nas lentes com que se observa o mundo, o que gera certo conflito, vez que, apesar de não haver um tempo específico e consensual para o início do período pós-moderno e da ambiguidade presente em sua denominação⁴, pode-se inferir que ela convive e colide com o que antes era compreendido como verdade universal. Desse modo, “a

³ Neste aspecto, insta enfatizar que neste trabalho irá se considerar essa vertente, o que não é unânime.

⁴ Segundo Bittar (2014), o termo cunhado inicialmente por Lyotard em seu livro “A condição Pós-moderna”, é ambíguo, pois remete a uma historicidade, uma temporalidade que não pode ser delimitada e ao mesmo tempo gera a impressão de que, de alguma forma, tal período compreende ou supera a modernidade, já que, “[...] se sabe menos da pós-modernidade do que efetivamente se especula acerca dela.” (BITTAR, 2014, p. 89).

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

modernidade vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança de valores” (BITTAR, 2014, p. 89).

Nesse sentido, torna-se mais palpável este conflito de conceitos que se busca demonstrar por meio deste trecho de David Harvey, retirado da obra “Condição pós-moderna”:

Os sentimentos modernistas podem ter sido solapados, desconstruídos, superados ou ultrapassados, mas há pouca certeza quanto à coerência ou ao significado dos sistemas de pensamento que possam tê-los substituído. Essa incerteza torna peculiarmente difícil avaliar, interpretar e explicar a mudança que todos concordam ter ocorrido (HARVEY, 1992, p. 47).

Para que haja compreensão dos sintomas que serão apresentados é necessário que seja realizada uma breve lembrança de acontecimentos marcantes que corroboraram para a criação do Direito como o conhecemos atualmente. Trabalhar-se-á com quatro principais pilares, apresentadas por Eduardo C. B. Bittar (2014) que auxiliarão a observar alguns dos acontecimentos essenciais para a compreensão da modernidade: a) A Reforma Protestante (1517) em que houve início da quebra de hegemonia das ideias impostas pela Igreja Católica; b) A Revolução Industrial (1760), na qual houve uma mudança do modelo de produção; c) A Revolução Francesa (1789), em que houve uma mudança dos paradigmas político-econômicos; e d) O movimento de Maio de 1968, no qual estudantes desencadearam uma série de protestos, objetivando a transformação da sociedade, reivindicando, dentre muitos requerimentos, a pluralidade cultural.

Em uma análise desses momentos em conjunto com o surgimento e estruturação do Direito como é conhecido atualmente, notamos alguns dos princípios basilares do Estado de Direito, como separação do Estado e Religião, estabelecendo-se um novo paradigma de governança, em que há uma inovação no que tange a discricionariedade, autonomia do governante em relação à Igreja, posto que, diferentemente do catolicismo, no protestantismo as pessoas não respeitam uma norma por ela ser dada por alguém que possuía uma força maior atribuída pela sua posição social, mas por conta da fé e do pertencimento de grupo, por exemplo⁵ (BITTAR, 2014).

Além disso, com a Revolução Francesa notamos o anseio (da burguesia) pela aplicação de princípios garantidores da liberdade, segurança e igualdade. Já na Revolução Industrial, quebra-se o paradigma feudal de produção, o que culminou, dentre muitas coisas, no êxodo

⁵ Tal tema fora apresentado nas obras de Jean-Jacques Rousseau intituladas “Do Contrato Social” e “Emílio ou da educação”, na última, especificamente em seu capítulo IV tece ferrenhas críticas a intervenção da Igreja católica nas estruturas social, principalmente no governo.

rural, criação de cortiços, burgos e a necessidade de algo para regular, para gerenciar os entraves geradas pela aglomeração de pessoas, como a propagação de doenças, eventuais conflitos, sendo necessário pensar sobre novas questões e para isso, uma estrutura que suportasse a resolução dos conflitos cada vez mais frequentes e que, ao mesmo tempo, conseguisse estabelecer uma ordem social, que a religião, uma vez distante do Estado, já não mais conseguia o fazer (BITTAR, 2014).

O que se pode inferir é o fato de que a sociedade está em constante mutação e, quando os instrumentos de regulação, os saberes, as teorias, as ciências não acompanham as mudanças não são capazes de as acompanhar, o corpo social se revolta exigindo a adequação dos institutos reguladores aos valores vigentes, como ocorreu na reforma protestante ou no Ludismo.

Ocorre que, há um tempo se tem percebido que o Estado passou a necessitar cada vez mais legitimar o Estado de polícia em detrimento do Estado de Direito (ZAFFARONI, 2018), isso porque os dispositivos legais não conseguem se legitimar por si, pois os valores que integram as normas advêm de uma sociedade que está em constante mutação, em uma transição, assim como ocorreu em maio de 1984, a ordem passa a ser quebrada e a lei, não compreendida como verdade universal.

Dessa forma, em tempos de frustração, uma vez que a própria razão não é mais capaz de gerar uma explicação absoluta para os fenômenos observados no mundo, o Direito, assim como diversas áreas do saber voltadas ao estudo e/ou regulação das condutas da pessoa humana, encontra-se com uma notória perda de sentido e, por consequência, de legitimidade, que se apresenta através de alguns sintomas, dentre eles: a) aumento dos casos de justiça privada; e b) a política de encarceramento em massa.

3. Justiça com as próprias mãos: a crise na aplicação da justiça e a descrença nas instâncias do poder

Considerando as múltiplas abordagens e diferentes enfoques que podem ser desenvolvidos, no que tange o tema abordado, direcionar-se-á esta pesquisa pela esfera do Direito Penal. Assim, os rumos deste trabalho, a partir deste parágrafo, terão enfoque nas repercussões que os sintomas apontados podem estar gerando a partir das vias penais, as mais gravosas e de mais clara demonstração de possíveis falhas das propostas modernas para o Direito.

In prima facie, antes de se abordar a possível crise vivenciada pelo sintoma da justiça com as próprias mãos, é substancial apresentar que um dos possíveis entraves que existe no

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

Judiciário, no que tange à efetiva aplicação da justiça aos olhos da sociedade, é o modelo amplamente adotado para se aplicar a pena, qual seja, o retributivo. De acordo com tal compreensão, caberia aquele que cometeu um crime, punição equivalente ao mesmo, o que remete à justiça babilônica, com o código de Hamurabi⁶.

No entanto, esquece-se que tal punição – em sua forma mais gravosa, como quando se amputava a mão de alguém que era pego roubando - ocorria somente quando um subalterno, um escravo, praticava ato atentatório contra seu senhor. Porém, quando o contrário ocorria, aquele que era dotado de posses, pela prática de ato atentatório igual ou pior que o que um escravo ou pessoa sem posses, pagava somente uma indenização ao escravo ou pessoa menos abastada da sociedade, ou seja, a justiça e, conseqüentemente, sua aplicação estava diretamente associada a quem possuía posses que, na época era normal. No entanto, o problema é que tal modelo serviu de inspiração em muitos aspectos na criação do sistema atual de repressão estatal, que retribui um mal com outro, mas nesse meio tempo, quem possui melhor classe, possui, com isso privilégios quando é o sujeito que se submete à aplicação da justiça estatal, por ter influência, acesso à justiça, poder protelatório (utilizando de diversos recursos para atrasar a pena), o que, em tese, é rechaçado pelo princípio da isonomia (GRANADOS, 2020).

O entrave em defender a ideia de que a pena possui caráter retributivo, reparando o mal com o mal foi abordado por Francesco Carnelutti, na obra intitulada “O problema da pena” (2015), quando aborda a lei do Talião. Segundo Carnelutti, “o erro da lei de Talião está, pois, em somar os dois males em lugar de subtrair o primeiro do segundo” (CARNELUTTI, 2015, p. 48).

Observa-se que a ideia trazida pela justiça retributiva, do ponto de vista social, em um primeiro momento, seria um sistema de resultado versus consequência, que gera, dentre diversas marcas, um senso de vingança, de não resolução dos conflitos, um dos fatores que retira a credibilidade da instituição. Assim, na maioria dos casos, recorrer ao Judiciário, acaba por significar danos a ambas as partes do processo, pois, à pena se atribui um sentido de “coerção, que impõe uma privação de Direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI, 2013, p.99).

Quando se observa o sistema de justiça privada, em primeira mão, pode-se inferir que ela é diretamente proporcional ao sentimento de impunidade e de desamparo sentidos pelo

⁶ Um ponto em comum, além do já supramencionado é que erroneamente se imagina que a lei do talião seria a mais justa possível, vez que, aquilo que fazes em contrário ao ordenamento jurídico lhe retornará proporcionalmente, independentemente de quem seja o autor.

corpo social, que inspirado pelo esquadrão da morte⁷, pune pelo Estado, já que se pensa que o sistema é moroso, que os criminosos possuem muitas regalias e que no final terminará impune (MARTINS, 2015).

Desse modo, a mora processual e o baixo índice de resolução de crimes violentos, como o homicídio, contribuem para a ideia de que a população está por si, o que gera revoltas e instiga a justiça privada. De acordo com o portal Observatório Do Terceiro Setor (2018), mais de 90% dos inquéritos de homicídios são arquivados sem solução, o que aumenta o senso de desamparo da população.

Além disso, de acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2016), apenas 29% dos brasileiros confiavam na justiça. Nesse sentido, quando se observa os dados referentes a confiança do brasileiro ao Sistema Judiciário, segundo Pescarolo, "A não credibilidade das instituições e a sensação de impunidade promovem no cidadão a noção de que ele não tem a que instância recorrer" (PESCAROLO, 2018). A falta de credibilidade atribuída ao Poder Público⁸, sobretudo na esfera punitiva, juntamente com a truculência do Estado de Polícia, tem como possíveis consequências o senso de impunidade e/ou injustiça, é tema de diversas pesquisas acadêmicas e novas propostas que tendem, geralmente, a substituir ou minorar o Direito Penal. Uma dessas correntes foi o Abolicionismo Penal, em que se destacam dois autores: Louk Hulsman (1986) e Nils Christie (1977).

De acordo com Louk Hulsman, o sistema penal deveria ser totalmente abolido, vez que, não seria racional a manutenção de um mecanismo contraproducente, que representa mais um entrave social que uma solução viável para a reintegração do apenado, isso porque, como também exposto por Zaffaroni (2013) - conforme supracitado – não cumpre com os objetivos propostos a ele. Hulsman propõe a descentralização do *ius puniendi* Estatal, substituindo-os por uma administração de conflitos, composta por “pessoas que tentam ajudar os interessados a compreender sua situação a encontrar, eles mesmos, a solução” (HULSMAN; CELIS, 2005, p. 267).

⁷ Policiais que agiam – durante a ditadura militar instaurada em 1960 - em nome do Estado, mas que, por deduzirem que as leis eram insuficientes, partiam para ações dentro da ilegalidade.

⁸ Compreende-se que há uma possível atribuição negativa aos três poderes no que tange a efetividade, a moralidade e a eticidade. Isso decorre, dentre muitos aspectos, de uma onda de escândalos os envolvendo e a sensação de que não há um trabalho real voltado à população. Casos exemplificadores mais recentes da primeira observação são: a) o mensalão tucano e o petista; b) escândalo do Banestado; e c) operação lava-jato. Da última constatação, pode-se apresentar os seguintes fatos: a) 48% da população brasileira não possui esgoto tratado (SENADO, 2019); b) em dezembro de 2019, mais de 29% da população carcerária – 222.558 pessoas – estavam em prisão provisória, ou seja, sem sentença penal condenatória transitada em julgada (CNJ, 2019); e c) a violência e letalidade policial, que matou, no primeiro semestre de 2019, 2.886 pessoas (G1, 2019). Segundo as pesquisas divulgadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2007, 83% da população não confiava na Câmara dos Deputados, 80,7% no Senado Federal, 54,5% no Governo Federal e 50% não confiam no Judiciário (SENADO, 2007).

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

As propostas de Husman, em síntese pautam-se na abolição do sistema penal como o compreendemos atualmente, adoção de novos mecanismos para resolução de conflitos, com uma participação mais atuante da vítima e daquele que provocou o dano e, como forma de prevenção da utilização dos mecanismos antigos nesse novo sistema, propõe a adoção de um novo sistema de linguagem (HULSMAN; CELIS, 2005).

Já Nils Christie, diferentemente de Hulsman e Celis, não propõe a integral abolição do sistema penal, já que, para o pesquisador, há algumas situações atípicas em que seria necessária a repressão Estatal. No entanto, Christie sugere a minoração do Sistema Penal e, como Hulsman e Celis, também defende um conjunto descentralizado de resolução de conflitos⁹, bem como buscas alternativas à prisão (CHRISTIE, 1981, p.11). Outrossim, Christie (1986) ainda critica a forma de gerar ambiguidades do sistema penal (culpado/inocente; bom/mau; vítima/agressor), o que, segundo aquele se dá por uma visão rudimentar do ser humano e sua complexidade.

Ocorre que, em uma análise voltada a realidade brasileira, como aponta Claus Roxin (1997), a descentralização do poder punitivo, com a aplicação das medidas alternativas de resolução de conflitos, como a mediação, ou até mesmo com a criação de tribunais comunitários, como propõe Christie (1977, p. 8), aumentaria ainda mais a pena, principalmente para crimes hediondos, cujo desvalor da ação é muito maior e a justiça social acabaria reprimindo e aplicando medidas muito mais desproporcionais (por conta do apelo emocional que certas condutas podem gerar no homem médio)¹⁰.

Essa irracionalidade em julgar por parte da sociedade pode ser facilmente observada na cultura dos linchamentos no Brasil, que possui início após a segunda guerra mundial, se consolida após a Ditadura de Getúlio Vargas e Militar, ocorrendo até os dias atuais (MARTINS, 2015). Segundo o desembargador e sociólogo José de Souza Martins (2015), autor da obra “Linchamentos: a justiça popular no Brasil”, há no Brasil, em média, um linchamento por dia, crescimento que se deu, segundo o pesquisador, após as manifestações de junho 2013¹¹ (antes de tal data, havia de três a quatro linchamentos ou tentativas de linchamento por semana). Tal

⁹ Christie visa devolver o conflito às partes (CHRISTIE, 1977, p.8), propondo até mesmo um tribunal comunitário (neighbourhood courts), o que afastaria o poder dos profissionais e transferiria a justiça para mais próximo da população.

¹⁰ Ainda mais que em modelos como o de Nils Christie (1977), afastar-se-ia a mão-de-obra de profissionais, assim, de forma utópica, a sociedade resolveria conflitos existentes de forma conjunta, o que seria excelente, no entanto, dificilmente aplicável.

¹¹ As manifestações de junho de 2013 tiveram início com pequenos protestos contra os aumentos das passagens de ônibus e o número de adeptos cresceu exponencialmente, junto às pautas motivadoras. Segundo o sociólogo Ruy Braga, “junho de 2013 expressou uma resistência às formas de mercantilização do trabalho e das terras urbanas manifestada por um desejo de mais democracia e investimentos públicos” (GALILEU, 2018).

mudança na taxa de linchamentos pode ser um indicativo de que a sociedade possui o sentimento de estar desprovida de justiça, de tutela Estatal (PESCAROLO,2018).

À luz do que foi apresentado, observa-se que a visão construída de justiça adotado para a exercer gerou inúmeras repercussões, dentre elas, o senso de impunidade e com ele, possível descrença no Judiciário, vez que, por mais que haja leis, elas não são efetivas na prática. Esse fator, acaba por criar a sensação de que não se há instâncias para recorrer, de que a pena não consegue se equiparar ao dano, o que pode levar à justiça com as próprias mãos.

4. A política do encarceramento em massa

Ab initio, antes de se desenvolver o tema principal deste capítulo, a política do encarceramento em massa, é imperativo que se apresente alguns dos principais fins da pena, aqueles que são os principais indicativos de que a pós-modernidade está tomando o direito penal, em específico. São diversas as atribuições de finalidades da pena, as principais, que aqui serão citadas, são: a) a retribucionista (com um dos principais defensores, Francesco Carrara), que estipula como objetivo da pena o reestabelecimento da ordem externa do corpo social, aproximando-se do viés Hegeliano, com a teoria retributiva da pena; b) a kantiana, que aborda a pena como um imperativo categórico, ou seja, há um fim em si mesmo, possuindo a pena caráter ético, não jurídico (BITTENCOURT, 2018, p. 152); e c) a da escola de política criminal, cujo principal expoente é Franz Vonz Lizst, para essa escola, a pena passa a ser observada como uma medida que visa a reintegração do encarcerado ao convívio social, agindo como uma espécie de aperfeiçoadora do apenado (MIRABETE, 2014).

Observando a práxis, o que irá ser realizado ao decorrer deste capítulo, pode-se inferir que ideais como o reestabelecimento da ordem social ou como uma ferramenta de reintegração social e aperfeiçoamento do ser, não são atendidas pelo sistema punitivo, o qual gera um fim da pena embasado na realidade, apresentado por Eugénio Raul Zaffaroni na teoria negativa ou agnóstica da pena. Tal teoria, ao invés de partir de referenciais externos, como a sociedade, a moral, a ética, pauta-se no ser, incorpora referenciais ônticos e trata a pena como uma “coerção, que impõe uma privação de Direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI, 2013, p.99).

Partindo da teoria agnóstica, observar-se-á a população prisional brasileira e a situação dos presídios deste país. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de julho a dezembro de 2019, o Brasil contava com um total de 748.009 pessoas em situação de restrição de liberdade, sendo de maior incidência crimes contra o patrimônio (entre os homens) e tráfico de entorpecentes (entre as mulheres). Ademais, 33% é de presos

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

provisórios (sem sentença condenatória transitada em julgado) e apenas 3,36% se encontra em regime aberto (DEPEN, 2019).

Os dados apresentados, já em um primeiro momento trazem algumas reflexões, quais sejam: I) o não cumprimento do fim de reestabelecimento da ordem social; e II) a não ressocialização do preso. Se não se consegue assegurar a vida digna, qual o sentido do Direito Penal? Proteger o indivíduo do criminoso ou criar criminosos para que possa punir e reafirmar o poder Estatal? O questionamento torna-se válido ao notarmos que o Estado não consegue atribuir um sentido eficaz para a pena, justamente porque, com acertadamente observa Eugênio Raul Zaffaroni (ZAFFARONI, 2011, p. 127), essa criminalização “[...] visa a pessoa criminalizada, não para melhora-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social”.

Nesse sentido, de acordo com E. Zaffaroni, o “leque ideológico” que busca legitimar a pena e, por consequência, o Direito penal, não é capaz de fazê-lo, visto que as “ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação” (ZAFFARONI, 2011, p. 126), ao se observar a prática, não existem. Para tanto, demonstra-se com a utilização da porcentagem de reincidência do Estado do Mato Grosso do Sul, que, segundo a Câmara dos Deputados é de 80% (BRASIL, 2009, p. 159). Ademais, apenas 20,02% dos mesmos trabalham e somente 12% estudam, índices preocupantes para a efetividade das “ideologias re”.

Tais dados carregam algumas reflexões, sendo a principal sobre o percentual de reincidência e sua relação com a porcentagem que apenados que trabalham ou que estudam e uma política de produção em escalas de animais que deverão ser explorados e marginalizados para que a sociedade permaneça sentindo-se segura e temendo o Estado por meio de uma alienação exacerbada.

Isso porque, ao serem analisados em conjunto, os dados se correlacionam tendendo sempre ao bem dos governantes, não da população ou do apenado, que, nem mesmo como cidadão é visto, como no seguinte raciocínio: os criminosos que trabalham vão possuir um melhor comportamento, a fim de angariar diminuição da pena e progressão de regime, no entanto, quando for liberto, não conseguirá facilmente um emprego, já que, se nem mesmo de concurso público podem participar, na iniciativa privada, mais difícil será. Assim, boa parte não encontra empregos e acaba delinquindo novamente e sendo encarcerada, como ocorre também no caso dos que buscam estudo.

No exemplo citado, dois dos possíveis beneficiários são: a) o Estado, que ao além dos acordos que firma com as empresas que se instalam nas penitenciárias, ainda possui justificativa

para ser cada vez mais agressivo, truculento, já que em tese deu oportunidades e o criminoso não as aproveitou, sendo aplaudido pelo povo e legitimado a não só culpar a pessoa do delinquente e não assumir seus deveres, como também o eliminar; e b) as empresas que possuem módulos de trabalhos nos presídios, já que a mão de obra é extremamente barata e existem uma série de isenções, como a não aplicação de muitas das leis trabalhistas.

Assim, resta ao Estado legitimar-se, “proteger a população” não só neutralizando como eliminando o apenado, vez que, “os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superior ao da vida em liberdade” (DAIGLE, 1999, p. 303)¹⁰, além da morte por doenças como tuberculose ou imunodeficiência humana (HIV) como divulgado recentemente no jornal O Globo (2019), as pessoas em situação de cárcere respondem por 10,5% dos casos de tuberculose no país (seis mil quinhentos e noventa e um casos), com sete mil duzentos e onze detentos portadores de HIV e quatro mil novecentos e quarenta e seis portadores de sífilis.

Dessa forma, o Estado utiliza das prisões como quartos de despejo, em que se abandonam objetos até que eles pereçam. Nesse sentido, faz-se alusão à metáfora utilizada pelo Prof. Eduardo C. B. Bittar, na qual, refere-se ao Estado como uma espécie de jardineiro que “planifica o terreno para que a grama viceje bela” (BITTAR, 2004), no entanto, por debaixo da grama, o germe se prolifera. Portanto, a política do encarceramento em massa, como anteriormente mencionado, não passa de uma distração que visa ocupar a mente, o imaginário social e aguçar senso de justiça ou vingança. A verdade é que, no fim, para legitimar-se, necessariamente, o Estado precisa do Estado de polícia, que atua com brutalidade, através da coação, em detrimento do Estado de Direitos (ZAFFARONI, 1991).

Aplicando-se a mesma lógica, em um processo criminal, soma-se o dano do ofendido à pena¹², o que no caso específico do Brasil quase uma sentença de morte velada, vez que, quanto mais tempo em um presídio, maior é a chance de contrair doenças contagiosas, tais como a tuberculose e a Síndrome da imunodeficiência adquirida (HRW, 2019), o que se comprova com os casos de COVID-19 que cresceram em 82% em 30 dias, nas penitenciárias (UOL, 2020).

Não bastando isso, é conhecido o reino do poder paralelo exercido pelas facções criminais dentro dos presídios (ONU, 2017), que exercem grave violência contra aqueles que participam da facção, o que coage o encarcerado a escolher entre adentrar na criminalidade mais profunda, que envolve crimes de natureza mais gravosa (considerando que os crimes mais

¹² Ao invés de subtrair a dor infligida, o mau causado da pena, soma-se mais mal a pena, funcionando como justificativa o indivíduo ter delinquido, ou seja, não basta ter a liberdade restrita, veladamente há também uma série de Direitos violados, o tratamento desumano é justificado pelo erro inicial, no sentido de “[...] é só você não estuprar, não sequestrar, não praticar latrocínio que você não vai pra lá [...]” (BOLSONARO, 2018).

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

recorrentes são de tráfico de drogas e contra o patrimônio) ou ser morto ou agredido diariamente.

Assim, tanto a pena não repara o mal cometido como não reestabelece a ordem social, pois, soma o resultado do delito à pena, aloca o infrator penal em quartos de despejo e os abandonam a própria sorte, o que incide no terceiro ponto apontado acima, a ressocialização do preso. Para abordar esse aspecto é antes necessário falar sobre o caráter da reclusão. A princípio, somente a liberdade de ir e vir deveria ser tolhida daquele que contrariasse a lei penal, porém, é retirado muito mais, como o Direito ao acesso à saúde, à integridade física e mental, ao saneamento básico, ao mínimo de higiene e até mesmo Direitos trabalhistas (nos casos em que há módulos de trabalhos dentro das penitenciárias)¹³.

Os campos de concentração modernos e suas mazelas são reconhecidos pelo Informativo n.º 798 (STF,2015), originado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 MC/DF, apresenta o Estado de Coisa Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro. No entanto, de 2015 para 2020, a população carcerária está em progressão acelerada, crescendo em mais de 56 mil presos e as penitenciarias continuam com o mesmo problema de superlotação, falta de médicos/ profissionais da saúde, falta de saneamento, falta de estrutura, dentre outros pontos.

Dessa forma, verifica-se que, quando o Estado não está se ocupando na manutenção da vida indigna, está provendo recrutas para organizações criminosas (se não simultaneamente), que se ocupam em os capacitar dentro do presídio para que possam exercer violência também fora das grades, não só não há uma manutenção da ordem social, como também a quebra da mesma, sendo necessária, cada vez mais, a legitimação do Estado através do exercício truculento da força, sobrepondo o Estado de Direito ao Estado de polícia (ZAFFARONI, 2018, p.23).

Tal compreensão, principalmente quando se direciona o olhar ao Direito penal, gera diversos óbices, vez que atua através de uma solução paliativa, como as medidas de restrição de Direitos ou privação de liberdade, em que não se resolve o problema em si, apenas o afasta por um espaço de tempo. Essa ineficiência da justiça retributiva fica evidente quando se observa

¹³ Nesse contexto, parece que o Brasil não mudou tanto do período Regencial à República, permanecendo intacto o sentido atribuído a expressão “coisa para inglês ver”, atribuída para as leis demagógicas, sem efetivação, o que possibilitava o contínuo tráfico de escravos. Atualmente, as leis trabalhistas, a Constituição Federal, muitas vezes trazem o mesmo sentido, pois, é vedada pena de morte, é vedada tortura, é vedado trabalho análogo à escravidão, mas mesmo assim ocorrem, executadas pelo próprio Estado. No caso dos módulos de trabalho, por exemplo, não há férias, não há décimo terceiro, não há qualquer auxílio ou seguro ao preso, que recebe um salário mínimo e se ocorrer qualquer problema no decorrer do processo de trabalho é substituído, como se fosse a peça de uma máquina.

que a taxa de reincidência no Brasil é de 70% (IPEA, 2015, p. 11) e que a população carcerária aumentou em 83 vezes em setenta anos (IPEA, 2015, p. 10). Assim a resposta apresentada é insuficiente para todas as partes do processo, pois, para a vítima a punição não é suficiente¹⁴ e para o agressor, a pena não é eficiente para o recuperar (no sentido de arrependimento e mudança de comportamento), já que, quando se verifica a taxa de reincidência o que deveria ser regra (não reincidir) é exceção.

5. Conclusões

À luz de tudo que fora abordado na presente pesquisa, de fato, observa-se que a pós-modernidade está se apresentando ao Direito Penal, através de sintomas, quais sejam: a) Justiça privada; e b) política de encarceramento em massa. Através da utilização de dados fornecidos pelo poder público, livros e matérias de crivo jornalístico, pode-se reunir uma série de fatores que indicam a quebra de expectativas atribuídas pela modernidade ao Direito.

Infere-se que muitos dos ideais propostos pelo iluminismo ao Direito, sobretudo ao Direito Penal, não foram atingidos. O Direito, como compreendido a partir da modernidade, não é uma ferramenta que aperfeiçoa o ser humano, mas que, nos termos aqui postos, gera um senso de vingança, cumula sofrimentos, gera insegurança social e é diminuído cada vez mais pelo Estado de Polícia. A pena, em específico a de restrição de liberdade, não só não reintegra o delinquente como inflige uma série de princípios fundamentais à dignidade humana.

O brasileiro cada dia que passa menos tem a sensação de que há alguma instância para recorrer. Dessa forma, a presente pesquisa possui o intuito de instigar ao pensamento sobre essa crise de valores, costumes, significados, dentre outros aspectos, que está incidindo sobre o Direito, vez que, as respostas apresentadas tradicionalmente não são suficientes para sanar tais questionamentos. É preciso repensar as formas de abordagem do Direito, as formas de resolução de conflito, as formas de aplicação da justiça. É preciso um novo olhar para a sociedade, verificando aquilo que está falhando, que não está conseguindo apresentar resultados eficientes e mudar ou descontinuar sua aplicação.

6. Referências

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

BITTAR, Eduardo C. B. **Café filosófico: homem globalizado com que Direito** – Eduardo Bittar.

Youtube. Publicado em: 12 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L74yuOdtWUI>>. Acesso em 25 de maio 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Pós-modernidade. Revista sequência, nº 57. Florianópolis: 2008, p. 131-152.

BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2014.

BOLSONARO, Jair Messias. “É só você não estuprar, não sequestrar, não praticar latrocínio que você não vai pra lá, porra”. Publicado em: 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H-uzBvVgeqk>>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL, Câmara Legislativa. AMB defende reforma estrutural no poder judiciário. 2007. Acesso em: 10 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/107162-amb-defende-reforma-estrutural-no-poder-judiciario/>>.

BRASIL, Câmara Legislativa. Pesquisa mostra que sociedade não confia nos três poderes. 2007. Acesso em: 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/107163-pesquisa-mostra-que-sociedade-nao-confianostres-poderes/>

BRASIL, Congresso Nacional. CPI Sistema carcerário. Brasília: Edições câmara, 2009.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: 2019. Acesso em: 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRYOGRhNmJmZThlMSJ9>>.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias dezembro de 2019. 2019. Acesso em: 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRIN>

mFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência. 2019. Acesso em: 15 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>>.

BRASIL, Senado Federal. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto diz instituto trata Brasil.** Acesso em 30 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-semcoleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo 798. 2015.** Acesso em: 05 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Tradução de Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015. Cf. DAIGLE, Marc. Ver. Sc. Crim. Et Dróit penal comparé. N°2, abril-junho 1999.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as Property.** In: The british Journal of Criminology, vol. 17, n. 1, 1977.

CHRISTIE, Nils. **Images of Man in Modern Penal Law.** In: Contemporary Crises (título atual: Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986.

CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain. The role of punishment in penal policy.** Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981.

GALILEU. **Manifestações de 2013 completam cinco anos, o que mudou.** 2018. Acesso em 20 de abril de 2020. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html>>.

GAZETA do Povo. **A Barbárie de fazer justiça com as próprias mãos.** 2018. Acesso em: 06 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/a-barbarie-de-fazerjustica-com-as-proprias-maos-7hu0qccwpa9ha146efciv9cjw/>>.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

SINTOMAS DA PÓS-MODERNIDADE: DIREITO E(M) CRISE?

GLOBO, G1. **Monitor da violência: assassinatos caem em 2019, mas letalidade policial aumenta e número de presos provisórios volta a crescer. 2019.** <<https://g1.globo.com/retrospectiva/2019/noticia/2019/12/16/monitor-da-violenciaassassinatos-caem-em-2019-mas-letalidade-policial-aumenta-no-de-presos-provisorios-voltaa-crescer.ghtml>>.

GLOBO, G1. **Mulher morta após boato em rede social e enterrada.** Acesso em 15 de abril de 2020. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-mortaapos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html>>.

GRANADOS, Sergio David Fernaández. **Abolicionismo penal** (4ª edición). Módulo tres. Universidad Externado de Colombia: Bogota, 2020.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** Tradução de Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. 17ª ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HULSMAN, Louk. **Critical Criminology and the Concept of Crime.** In: Contemporary Crises (título atual: Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **A Aposta por uma Teoria da Abolição do Sistema Penal.** In: Revista Verve, n. 8, 2005.

Human Rights Watch. **O Brasil atrás das grades.** 2019. Acessado em: 04/05/2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/prefacio2.htm>

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Trad. Ricardo Corrêa Barbosa; posf. Silvano Santiago. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: justiça popular no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2015.

MARTINS, José de Souza. Livros 109: **Linchamentos, a justiça popular no Brasil** – José de Souza Martins. Youtube, 20 de abril de 2015. Acesso em: 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://youtu.be/ao4BeL6a2xM>.

MIRABETE, JulioFabrini, **Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP,** Volume 1, 30ª Edição – São Paulo: Atlas – 2014.

O GLOBO. **Falta de higiene e de assistência são responsáveis por 61% das mortes no sistema penitenciário brasileiro.** Publicado em 24/09/2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-higiene-de-assistencia-sao-responsaveis-por-61-dasmortes-no-sistema-penitenciario-brasileiro-23967579>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

Organização das Nações Unidas. **América Latina precisa combater ‘severa superlotação’ e ‘poder paralelo’ nos presídios, diz ONU.** 2017. Acesso em: 04 de maio de 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/america-latina-precisa-combater-severa-superlotacao-e-poderparalelo-nos-presidios-diz-onu/>>.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte geral – tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. Madrid: Civitas, 1997.

VARGAS, Fundação Getúlio. **Índice de confiança no Judiciário aponta que apenas 29% da população confia na justiça.** 2016. Acesso em: 10 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/indice-confianca-judiciario-aponta-apenas-29-populacaoconfia-justica>>.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. 6ª reimpressão. Trad. Vania Romano Pedroso, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal:** volume 1, parte geral. 10 ed rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.