

A DOGMÁTICA PENAL E A PÓS-MODERNIDADE – UM MUNDO INCERTO COM PENAS INSEGURAS

THE CRIMINAL DOGMATICS AND THE POST-MODERNITY - AN UNCERTAIN WORLD WITH UNSECURED FEATHERS

Carlos Aley Santos de Melo¹

RESUMO: A dogmática penal nasceu como salvaguarda do delinquente frente ao absolutismo e ao arbítrio estatal, em um período de desenvolvimento da modernidade, evoluindo a ideia de soberania popular, exercida por meio da vontade geral. Com o Estado Social, e sua revisão de papel e das políticas públicas, inclusive, ela se transformou em um tratamento mais inclusivo, voltando suas preocupações para o ser humano, o seu tratamento e reinserção social do criminoso, com a criação de instrumentos restauradores, sob a perspectiva de que o crime não é o resultado de uma conduta meramente individual, mas o resultado do contexto social no qual o delinquente encontra-se inserido, pensamento que vai ser duramente criticado a partir de meados da década de 1970. Vive-se hoje um período de negação das conquistas e das certezas da modernidade, onde a segurança já não é mais tônica do direito, que sofre as influências da pós-modernidade. A partir disso, o objetivo deste artigo é efetuar uma análise dos diversos estágios do constitucionalismo com o intuito de aferir até que ponto a política criminal e a dogmática penal pós-modernas significam um avanço ou um retrocesso dos direitos fundamentais. Ressalta-se que esta é uma abordagem mais problematizadora do que conclusiva, pois tem por fim trazer luz aos questionamentos da dogmática penal tradicional.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade. Política criminal e dogmática penal. Incerteza punitiva. Pós-modernidade.

ABSTRACT: Criminal dogmatism was born as a safeguard of the delinquent against absolutism and state arbitration, in a period of development of modernity, evolving the idea of popular sovereignty, exercised through the general will. With the Social State, and its revision of paper and public policies, it has also become

1 Especialização em Direito Constitucional pela FEJAL

a more inclusive treatment, turning its concerns to the human being, its treatment and social reintegration of the criminal, with the creation of restorative instruments, from the perspective that crime is not the result of a merely individual conduct, but the result of the social context in which the offender is inserted, a thought that will be harshly criticized from the mid-1970s. today a period of denial of the conquests and certainties of modernity, where security is no longer tonic of law, which suffers the influences of postmodernity. From this, the objective of this article is to make an analysis of the various stages of constitutionalism in order to assess the extent to which postmodern criminal politics and criminal dogmatics mean a step forward or a retreat of fundamental rights. It is emphasized that this approach is more problematizadora than conclusive, since it has in order to bring light to the questions of the traditional penal dogmatics.

KEYWORDS: Modernity. Criminal policy and criminal dogma. Punitive uncertainty. Postmodernity.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem experimentado um período de significativas incertezas, tendo em vista um conjunto de questionamentos decorrentes de uma conflagração de ideias, teorias e métodos que desafiam as certezas e a estabilidade da modernidade, o que tem sido denominado por muitos intelectuais de pós-modernidade.

Na verdade, trata-se de um título provisório para uma enormidade de ideias difusas que questionam tudo que foi produzido nos últimos 200 anos, em uma era pós-industrial, pós-capitalista, pós-revolucionária e, no campo do direito, pós-positivista. Numa época pós-tudo, onde todas as certezas transformam-se em dúvidas, onde até mesmo a verdade é falseável, tornando-se uma pós-verdade, ou uma versão alternativa de fatos verdadeiros, mas que são tomados como se verdade fossem.

É nesse ambiente absolutamente questionador e inseguro que começam a desenvolver-se políticas públicas, teorias jurídicas e dogmáticas que passam a desconsiderar tudo que foi construído pela modernidade e seus ideais antropocêntricos e de desenvolvimento das potencialidades humanas, que significaram segurança jurídica e garantias individuais e institucionais. Questionamentos sobre as conquistas da humanidade e a colocação do ser humano como a centralidade do ordenamento jurídico, responsável não apenas por respeitar os seus direitos, mas também desenvolver suas potencialidades, como ser dotado de direitos e obrigações, virtudes e defeitos, passou a ser a tônica desse processo.

Tudo isso modifica e suscita dúvidas na forma como a política criminal e a dogmática penal encaram o delincente, superando a ideia liberal de

responsabilidade individual e também o pensamento do Estado do bem-estar social de partilha coletiva da responsabilidade e investimento na ressocialização e reinserção do criminoso na sociedade.

É exatamente sobre esse novo paradigma que a presente e breve abordagem pretende debruçar-se, efetuando uma análise dos diversos estágios do constitucionalismo, partindo do período revolucionário do século XVIII até a fluidez das ideias construídas após a segunda guerra mundial, a fim de aferir até que ponto a política criminal e a dogmática penal pós-modernas significam um avanço ou um retrocesso a períodos pré-modernos, pré-liberais ou da pré-história dos direitos fundamentais; ou, ainda, se tudo isso não passa de uma versão retórico-dogmática que joga as garantias penais em uma incerteza e insegurança capazes de eliminar as políticas inclusivas do *welfare state*, e ao mesmo tempo as garantias da dogmática penal moderna, como a magna carta do delinquente.

Pretende-se, na verdade, analisar até que ponto a pós-modernidade e o pós-positivismo não significaram para o direito uma saída meramente casuística, permitindo o surgimento de qualquer decisão, “adequada ao caso concreto”, sem que se saiba quais são as salvaguardas do delinquente, que poderia ser submetido a uma espécie de pós-dogmática, que talvez já venha sendo adotada pelo Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, sem que sequer se tenha dado conta de sua própria pós-verdade.

Advirta-se que se trata de uma abordagem muito mais problematizante que conclusiva, cuja finalidade é jogar luz nos questionamentos propostos pela dogmática penal tradicional, exemplificando com um caso paradigmático julgado pela Suprema Corte brasileira, que suscita intensos debates acadêmicos, dogmáticos, sociais e filosóficos.

1 A CONSTRUÇÃO DA MODERNIDADE E DA LEGALIDADE

1.1 OS ESTADOS MODERNOS

A formação dos Estados modernos parte de um modelo que tem como bases teorias convergentes e divergentes da filosofia política que justificam e fundamentam o exercício do poder, com a sua capacidade de impor a vontade de um ou de alguns a todos, principalmente pela concentração de poderes em um soberano, que o exerce de forma limitada ou ilimitada, a depender do modelo adotado. Na verdade, segundo Norberto Bobbio, a chamada passagem do estado da natureza para o estado civil não passa de uma abstração do intelecto, na medida em que se

evoluiu do Estado feudal para o Estado dos estamentos e dele para as monarquias absolutistas, seguido da democracia representativa².

Nesse sentido, em uma perspectiva do contrato social, o Estado seria formado através de um pacto entre os homens, que sairiam do estado da natureza e passariam para o estado civil³.

Hobbes⁴ defendia a ideia de que originalmente os homens viviam em estado de total liberdade, sem encontrar limites aos seus anseios e desejos, o que permitia a exacerbação de todos os seus instintos. Na medida em que o homem não encontrava limites, era-lhe permitido buscar a sua satisfação infinita, com a utilização dos bens e recursos disponíveis na natureza. Todavia, em que pese a busca pela satisfação humana seja infinita, os bens e recursos naturais são escassos e insuficientes para satisfazer a todos os indivíduos, que, portanto, passavam a empreender uma luta sem fim, levando a imposição da força pelo mais forte, mais isso somente até que outro mais forte ainda o subjugasse e tomasse o poder, numa ciranda de sucessivas batalhas, onde a paz não seria senão um breve lampejo entre duas guerras. Nessa situação, segundo Hobbes aponta no *Leviatã*, as noções do bem e do mal, de justiça e injustiça não são bem definidas, diante da ausência de um poder comum a impor as leis. Para ele, “Justiça e injustiça só existem entre os homens em sociedade, nunca no isolamento. É natural, também, que não exista propriedade ou domínio, nem distinção entre o que é seu e o que é meu. Apenas pertence a cada homem o que ele é capaz de obter e conservar.”⁵.

Hobbes era extremamente pessimista em relação ao ser humano e acreditava que ele seria capaz das piores atrocidades para nutrir as suas paixões, “uma vez que a condição humana é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa lançar mão para ajuda-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio”⁶.

Portanto, o homem precisava ser contido por um poder que lhe fosse superior e dele não dependesse, sob pena de não ser capaz de conter-lhes o impulso e a empáfia, visando a assunção da paz permanente, o que somente seria possível com a renúncia a todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade concedida aos demais, vindo a formar o Estado, com a finalidade de garantir a sua própria conservação e uma vida mais estável e feliz⁷.

2 BOBBIO, Noberto. **Tomas Hobbes**. COUTINHO, Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 2.

3 BOBBIO, Noberto. **Tomas Hobbes**. COUTINHO, Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 33.

4 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 111.

5 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 110.

6 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 111.

7 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 138.

A esse ambiente sem limites e em estado permanente de guerra, o referido autor deu o nome de estado da natureza, do qual a humanidade precisava livrar-se rapidamente, entrando em um estado civil, de ordem e paz.

Para tanto, afirma que os homens efetuaram um pacto de união, onde teriam aberto mão de todos os seus direitos em favor de um poder soberano, exercido por um homem ou por um grupo de homens, mas em todo caso exercido em nome próprio e sem dependência com os indivíduos, visando resguardar o exercício do poder das oscilações das paixões políticas cotidianas⁸.

O contrato social, portanto, importa na celebração de dois pactos, o pacto *societas* e o pacto *subserviciones*, sendo que, pelo primeiro, os homens resolviam acordar viver em sociedade e, pelo segundo, submeterem-se ilimitadamente a um poder soberano, detentor de todos os poderes, salvo sobre a vida dos indivíduos, visto que o próprio pacto *societas* visava exatamente a preservação da vida de cada um dos seres humanos contra os demais, que se encontravam ilimitadamente livres no estado da natureza⁹.

Enfim, ao firmar o contrato social, os homens abriram mão de sua liberdade, mas encontraram a paz, livrando-se das guerras sem fim e garantindo, por consequência, a preservação da sua vida, razão pela qual a própria existência do poder soberano seria a preservação da vida dos contraentes¹⁰.

Observe-se que essa teoria sustenta e legitima o exercício de um poder absoluto, exercido de forma ilimitada, por não ter o soberano que prestar contas de seus atos a ninguém, sob pena de solapar a ideia de soberania concebida por Hobbes, pois, segundo ele, as virtudes naturais são contra as paixões humanas, “[...] que nos inclinam para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes, se não houver o temor de algum poder que nos obrigue a respeitá-las. Sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, que não dão a mínima segurança a ninguém”¹¹.

Com a mesma visão contratualista, John Locke¹² vai concordar com Hobbes em relação ao pacto *societas*, pelo qual os homens resolveram viver em sociedade, mas discordar parcialmente quanto ao pacto *subserviciones*, ao entender que o poder soberano não pode ser ilimitado. Norberto Bobbio traz importante lição sobre a matéria ao afirmar que

[...] o que caracteriza o contrato social de Locke, em confronto com o de Hobbes, é o fato de que a renúncia aos direitos naturais, em vez de ser quase total – abran-

8 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 138.

9 BOBBIO, Norberto. *Tomas Hobbes*. COUTINHO, Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 41.

10 BOBBIO, Norberto. *Tomas Hobbes*. COUTINHO, Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 02.

11 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 138.

12 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. DANTAS, Tradução de Marsely de Marco. São Paulo: Edipro, p. 101.

gendo todos os direitos, exceto o direito à vida -, é parcial, compreendendo o direito somente o direito de fazer Justiça por si mesmo, o qual [...] era o motivo principal da degeneração do estado da natureza em estado de guerra: em vez de renunciar a todos os direitos, exceto um, na concepção de Locke, os associados conservam todos eles, com um única exceção¹³.

Na verdade, para Locke¹⁴, o indivíduo é detentor de direitos inerentes à sua natureza humana, e a passagem para o estado civil visava atribuir ao Estado a obrigação de preservar esses direitos. Não caberia ao poder soberano conceder e dispor sobre os direitos individuais, mas apenas garantir a proteção de direitos pré-existentes, na medida em que, como afirma Bobbio, “A sociedade civil – ou política – não suprime a sociedade natural, porém a conserva e aperfeiçoa.”¹⁵.

Nesse sentido, o exercício do poder soberano encontraria limite nos direitos naturais, razão pela qual os indivíduos não estariam absolutamente submetidos ao poder do Estado, podendo opor-lhe a preservação dos referidos direitos, que vão muito além de unicamente preservar a vida, conforme se vê da seguinte passagem do Segundo Tratado Sobre o Governo Civil:

[...] embora os homens, ao entrarem na sociedade, renunciem a igualdade, a liberdade, e o poder executivo que tinham no estado da natureza, em favor da sociedade, para que o legislativo disponha à medida que a sociedade necessite, cada um age de acordo com o estabelecido, sempre com o propósito de melhor preservar a si mesmo, bem como sua liberdade e propriedade (pois nenhuma criatura racional deseja mudar seu estado para pior)¹⁶.

Conforme se vê, Hobbes e Locke têm visões bem distintas em relação ao papel do Estado dentro da sociedade, sendo que o primeiro sustenta a teoria do Estado absolutista e o segundo sendo considerado o pai do Estado liberal.

Segundo Bobbio, para Locke, o Estado surgiria não como um instrumento para impor limites aos homens e, nessa extensão, conceder-lhes direitos, mas sim como instrumento de preservação e garantia de direitos já existentes no Estado da natureza¹⁷. Assim, para a teoria lockeana, esse Estado de natureza não seria um ambiente de absoluta ausência de direitos ou pior, onde todos teriam direito a tudo, de maneira que a busca e a preservação dos bens da vida necessários à sobrevivência humana e a satisfação de suas necessidades seria uma eterna luta

13 BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. BATH, Tradução de Sergio. 2. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 222.

14 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. DANTAS, Tradução de Marsely de Marco. São Paulo: Edipro, p. 85.

15 BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. BATH, Tradução de Sergio. 2. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 223.

16 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. DANTAS, Tradução de Marsely de Marco. São Paulo: Edipro, p. 103.

17 BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. BATH, Tradução de Sergio. 2. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 101.

pela imposição do poder do mais forte, diante da ausência de limites que importariam na ausência de direitos.

Na verdade, de acordo com a teoria em descortino, os direitos já existiriam, não tendo todos direito a tudo, portanto havendo os limites necessários à preservação dos direitos alheios. Caberia ao Estado e ao exercício do poder soberano, portanto, precipuamente a preservação desses direitos, que deveriam ser respeitados por eles mesmos, razão pela qual importa em uma teoria limitativa da atividade da soberania estatal, onde o soberano poderia dispor sobre os mais diferentes aspectos da vida em sociedade, desde que respeitasse um conjunto mínimo de direitos naturais dos indivíduos, intangível pelo Estado.

1.2 A SOBERANIA POPULAR (LEGALIDADE)

Por outro lado, conforme a leitura de Norberto Bobbio, Rousseau, também filósofo do contratualismo, concordava com Hobbes quanto à necessidade dos homens saírem do Estado da natureza e ingressariam no estado civil, onde um poder ilimitado iria garantir a segurança e a paz¹⁸.

Entretanto, diferentemente do pensamento hobbesiano, Rousseau discordava da ideia de que os homens, no estado da natureza, eram capazes de viver eternamente no estado de guerra em busca da satisfação de suas necessidades básicas, diante da escassez de bens suficientes a atender as necessidades de todos¹⁹. O responsável pelo arbítrio seria exatamente o detentor do poder, ao exercê-lo sem compromissos com a sociedade, afastado das disputas políticas, sem a obrigação de atender os anseios sociais, pois a sociedade moderna era a responsável pela degeneração social, por ser opressora, hierárquica e profundamente desumanizadora²⁰.

Não tinha o soberano, na visão hobbesiana, que se envolver na disputa política, preocupando-se em atender as necessidades públicas, pois, ao assim proceder, estaria justamente igualando-se aos indivíduos e permitindo que as disputas políticas levasse ao retorno do estado da natureza, onde a guerra imperava e a paz seriam senão o espaço entre duas guerras e enquanto durasse o domínio temporário de um indivíduos sobre os outros. Por isso, para Hobbes, seria preferível abrir mão da liberdade e da igualdade em nome da preservação da paz.²¹

A esse dilema, paz sem direitos ou direitos sem paz, Rousseau desenvolve a teoria da vontade geral, transferindo o poder soberano das mãos de uma pessoa

18 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. FAIT, Tradução de Alfredo. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 39.

19 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012, p. 115.

20 BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. ALENCASTRE, Tradução de Saulo. São Paulo: Madras, 2011, p. 292.

21 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 153.

ou grupo, descompromissado com a sociedade, para o povo, que deveria exercê-lo em sua plenitude e diretamente, ao advertir que

[...] há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta considera apenas o bem comum, enquanto a outra prende-se ao interesse privado, não sendo senão a soma das vontades particulares: porém, se retirarmos dessas mesmas vontades os mais e o menos que se destroem mutuamente, resta como soma das diferenças a vontade geral²².

Para a teoria da vontade geral, o exercício do poder deveria dar-se de forma direta e as deliberações tomadas por consensualidade, pois, mesmo quando houvesse divergência, e prevalecesse a vontade da maioria, a minoria acabaria se convencendo de que estaria errada e iria aderir ao pensamento majoritário, conforme se colhe das lições de Jean Rivero e Hugues Moutouh, arrematando, ainda sobre a vontade geral, que “O voto revela à minoria que ela se enganou sobre a vontade geral no caso considerado. Desse modo, liberta de seu erro, ela tem que aliar-se à verdadeira vontade geral que a maioria definiu.”²³.

Por isso, ela não se confunde com a vontade da maioria, pois resulta do debate qualificado entre todos os integrantes da sociedade, que detém a capacidade de apresentar propostas e opiniões e tentar influenciar a tomada de decisão, ainda que a deliberação da maioria lhe seja contrária, mas lhe convencerá do acerto do resultado, por conta do prévio debate qualificado²⁴.

Rousseau, portanto, acreditava na ideia de que o povo, ao exercer o poder soberano, decidiria por consenso, deliberando de forma pacificada. Assim, não seria possível que tomasse decisões que viessem a contrariar os seus próprios interesses e direitos. As deliberações populares seriam sempre boas simplesmente por isso. O povo não estaria submetido a um agente externo à sociedade, que dela não fazia parte e com ela não tivesse compromisso, mas sim a uma imposição de limites autovinculativo²⁵, não sendo capaz de impor a si próprio limites à sua liberdade que não fossem absolutamente necessários para preservar a convivência social e respeitar os direitos dos outros, pois “[...] o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais [...]”, concluindo ser falso que, pelo contrato social, os indivíduos operem uma verdadeira renúncia²⁶.

22 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012, p. 45.

23 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. GALVÃO, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 42.

24 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012, p. 45.

25 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012, p. 49.

26 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012, p. 50.

Com isso, a teoria da vontade geral pretendeu superar o dilema hobbesiano, preservando os direitos e a paz social, sem abrir mão do exercício do poder soberano a impor legítimos limites à sociedade, sendo que neste caso, em uma atividade autovinculativa, pois, por meio da vontade geral, os homens escolheram obedecer apenas a si mesmo, recuperando a plena liberdade da natureza, tornando impossível a opressão²⁷.

Entretanto, embora a vontade geral partisse da ideia de unanimidade ou ao menos consenso, não foi exatamente o que prevaleceu entre os revolucionários franceses após a revolução, na medida em que sedimentaram um sistema representativo, onde o exercício formal da soberania era praticado por uma assembleia nacional de representantes do povo, que deveria deliberar por maioria, desvirtuando as bases da vontade geral roussoiriana, fundada na deliberação direta e consensual²⁸.

Na verdade, apesar de ser considerado o fundador da democracia moderna, Rousseau partia de uma ideia romântica e até mesmo dissociada da realidade da vida e da natureza humana, ao idealizar que os vencidos no jogo democrático iriam convencer-se de que estariam errados e adeririam à deliberação da maioria²⁹, decorrendo daí a vontade geral, que não deixa de ser um conceito de matriz poética, na visão de Peter Hebler³⁰, como se as frações sociais fossem ser debeladas pelo mero debate e confronto de ideias, o que evidentemente não encontrou comprovação histórica ao longo do desenvolvimento de suas ideias, especialmente a partir das deliberações da Assembleia Nacional Francesa.

O que se observou foi a implantação de uma democracia formal³¹, cujas deliberações, ao fim e ao cabo, decorriam da mera vitória das maiorias eventuais, vitórias essas que não seriam capazes de encerrar o debate pelo convencimento das maiorias vencidas, mas sim aprofundavam as frações sociais, ao obrigarem os perdedores a cumprir a vontade da maioria, muitas vezes às custas do sufocamento dos seus próprios interesses e a discriminação de suas posições sociais, levando, no fundo, a uma verdadeira ditadura das maiorias.

Rousseau, na verdade, estava muito mais próximo de Hobbes do que de Locke, na medida em que não reconhecia a existência de direitos do homem preexistentes, os chamados direitos naturais. Entendia que o povo deveria exercer uma soberania absoluta, cujo arbítrio seria contido pela própria deliberação popular, pois o povo, os indivíduos coletivamente deliberantes, não seria capaz de impor a si próprio um conteúdo limitativo ruim, de modo que suas deliberações

27 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. GALVÃO, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 41-42.

28 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. GALVÃO, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 44.

29 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. S GALVÃO, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 42.

30 VALADÉS, Diego (Org.). **Conversas Acadêmicas com Peter Hablerle**. ALMEIDA, Tradução de Carlos dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

31 MATOS, André Salgado de. **A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 90.

seriam boas simplesmente por representarem a vontade geral, virtuosa por sua própria natureza³².

2 O SURGIMENTO DA DOGMÁTICA PENAL

É nessa perspectiva que nasce a dogmática penal, como produto direto da modernidade, construída sobre a ideia de que o Estado deve ser limitado e de que esse limite é exatamente a esfera individual de cada ser humano, sobre o qual ele não pode avançar sem o instrumento legitimador da lei. O direito penal, no paradigma liberal-garantista, passou a assegurar a incidência dos direitos individuais em face do Estado, sendo o direito penal a magna carta do delinquente, permitindo que ele fosse punido apenas diante de predeterminados pressupostos e requisitos³³.

Como instrumento de garantia contra o arbítrio, a dogmática penal preocupa-se apenas com a ordenação e positivação das condutas criminais, de modo a sistematizá-la na defesa do indivíduo, mantendo-se um sistema fechado, em um conjunto técnico-jurídico de conceitos básicos ascendentes até a organização do conhecimento dentro da ciência do direito penal, garantindo a uniformidade e a justiça na aplicação da lei³⁴.

O que se buscava era exatamente a superação da ideia da pena como vingança, adequada especificamente a cada uma das condutas delitivas praticadas, com o foco na política criminal de combate à criminalidade. A finalidade da pena passou a cingir-se a “[...] impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.”³⁵, mas tudo isso observando-se a necessária proporcionalidade entre a pena aplicada e o modo da sua aplicação, de modo a impressionar a sociedade, sendo, de outra banda, o menos tormentosa possível ao corpo do réu³⁶.

O ideal de segurança e previsibilidade buscava alternativas uniformes e abstratas para o direito penal, aplicando o direito a um indivíduo desenraizado, desconsiderando a sua condição de ser de carne e osso, como todos as suas virtudes, fraquezas e idiossincrasias, em uma visão asséptica de ordenamento jurídico, assim como apontado por Daniel Sarmento³⁷.

32 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. FAIT, Tradução de Alfredo 3. ed. Brasília: 1995, p. 46.

33 ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. GRECO, Tradução de Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 03.

34 ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. GRECO, Tradução de Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 08.

35 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 52.

36 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 52.

37 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

A primeira fase da implantação do constitucionalismo moderno, o chamado Estado liberal, legou ao ser humano a proteção na esfera da sua individualidade, impedindo que o poder soberano lhe aplicasse uma pena sem respeitar a dogmática penal, caracterizada por um conjunto de salvaguardas, criando um verdadeiro obstáculo a ser transportado pela persecução punitiva estatal.

2.1 A PERSPECTIVA SOCIAL

Ocorre que ao final do século XIX, a enorme desigualdade social franqueada pela igualdade formal, o *laissez faire, laissez passer* do liberalismo burguês, associada a própria derrocada da economia capitalista de matriz eminentemente individualista, promove uma revisão no padrão constitucional até então vigente, demandando uma reaproximação do Estado com a sociedade, seja para reimpulsionar a roda da economia, ou para garantir direitos as classes menos favorecidas, com a utilização de instrumentos de intervenção nas relações econômicas e sociais, visando equalizar as desigualdades e impedir o exercício arbitrário dos poderes privados, funcionalizando institutos clássicos do modelo privatístico oitocentista.³⁸

Isso leva a um retorno à própria origem do constitucionalismo moderno³⁹, como instrumento de limitação do poder, que via nas mãos do Estado a garantia dos direitos dos mais fracos contra os mais fortes, com a ideia hobesiana⁴⁰ de saída do estado da natureza para o estado civil, que garantiria a paz em detrimento da guerra, e que para Locke⁴¹ seria também o fiador dos direitos naturais, não passando despercebido à Rousseau⁴² também essa função estatal, como garantia da soberania popular, sufragada na vontade geral.

Luigi Ferrajoli afirma que o constitucionalismo não é somente uma conquista do passado, mas sim o maior legado do século XX, devendo, portanto, ter uma dupla garantia, a dos direitos de liberdade e a dos direitos sociais, “[...] no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados[...]”, arrematando com a necessidade de proteção na órbita interna e internacional.⁴³

A conquista dos direitos sociais é o segundo *ethos* do constitucionalismo, também chamado de direitos de segunda dimensão, a consagrar o segundo lema da Revolução Francesa: a igualdade, neste caso, de amplitude material, influenciando nos

38 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188.

39 SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 129.

40 BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. COUTINHO. Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 33.

41 LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. DANTAS. Tradução de Marsely de Marcos São Paulo: Edipro, 2014, p. 38.

42 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Público – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. 2. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.

43 FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los Derechos Fundamentales**. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Teoria del nooconstitucionalismo*. Madri: Trota, 2007, p. 73.

direitos econômicos, sociais e culturais, conforme esclarece Ingo Sarlet⁴⁴, sobre a atribuição de comportamentos ativos do Estado na realização da Justiça Social.

Essa assunção de compromissos sociais pelo Estado deita reflexos na política criminal e na dogmática penal que lhe é subjacente. O paradigma liberal-garantista, em que que pese tenha criado um escudo protetor ao indivíduo em face do arbítrio do Estado, impedindo-lhe de atingir a liberdade individual do ser humano sem o respeito a determinadas salvaguardas, especialmente a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, continuou mantendo a responsabilidade pela prática do crime e a sua prevenção exclusivamente no âmbito da responsabilidade individual, exonerando a sociedade e o Estado de qualquer responsabilidade pela ocorrência de práticas ilícitas penais. O crime era visto como uma transgressão individual às pautas de conduta previamente estabelecidas pela vontade geral, por meio da lei, conforme assevera Beccaria⁴⁵, pois somente a autoridade do legislador, representando toda a sociedade unida por um contrato social é capaz de criar o crime, sempre de modo racional, abstrato e uniforme, sendo, por outro lado, o próprio indivíduo quem seria capaz evitar e impedir a prática de um crime.

Da mesma forma que as relações pessoais entre os particulares e o Estado eram vistas como o exercício da autonomia da vontade, sendo o indivíduo livre, os ilícitos penais nada mais eram do que uma opção equivocada no exercício de uma ampla liberdade, mas o único responsável por suas escolhas, devendo arcar com as consequências, não cabendo ao Estado adotar políticas públicas com o intuito de prevenir as condutas delituosas, inclusive na seara da política criminal, sendo a pena uma reprimenda punitiva e exemplificativa para que outros não adotassem comportamentos transgressores da mesma natureza, mas tudo baseado em uma exclusiva escolha pessoal, pois o melhor método de prevenir o delito é punir o agressor⁴⁶.

Com a implantação do constitucionalismo social, a posição do Estado e da sociedade modificou a forma de encarar o indivíduo e a responsabilidade pelas suas escolhas, visando uma efetiva igualdade material. Houve um reconhecimento de que as pessoas não são absolutamente iguais no plano dos fatos, uma necessidade de superação do velho paradigma liberal da igualdade perante a lei, devendo ela dar-se também por meio da lei e por ações estatais concretas que com vistas a socorrer os mais necessitados, como a implantação de serviços públicos e a intervenção nas relações privadas, adotando um sentimento de solidariedade social. Com isso, as escolhas individuais deixaram de ser um problema exclusivamente do indivíduo e passou a ser compartilhada por toda a sociedade, especialmente nos casos em que esse indivíduo estivesse em uma condição de

44 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

45 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

46 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1997, p. 48.

vulnerabilidade social. Coube ao Estado adotar mecanismos para promover uma efetiva igualdade nas relações sociais⁴⁷.

Essa mudança de visão, com a adoção do componente da solidariedade social, promoveu uma mudança na política criminal, que deixou de ver o crime exclusivamente como uma transgressão individual às pautas de conduta adotadas pelo contrato social, adotando uma ideia de que toda a sociedade também é responsável pela conduta criminosa e que o agente delitivo não deve ser objeto apenas de uma punição como castigo pela sua opção infracional. Nesse sentido, a dogmática penal passou a adotar, em paralelo às salvaguardas contra o poder punitivo do Estado, que vieram a minora ou mesmo exonerar o delinquente da reprimenda penal, por não ser a sua conduta uma mera escolha pessoal, mas inserida dentro de um contexto socioeconômico que partilha a responsabilidade pelo injusto⁴⁸.

Ao lado da pena, adotou-se também um discurso ressocializante, cabendo ao Estado reinserir o delinquente no convívio social em condições de adequar-se validamente ao ordenamento jurídico, sendo a reincidência um verdadeiro fracasso da política criminal. O delinquente deixou de ser um objeto de punição do Estado, com o resguardo da sua dignidade humana, passando a ser um sujeito de direitos destinatário de políticas públicas que viessem a ressaltar a sua condição de ser integrante da sociedade, e não um inimigo a ser afastado e punido.

Essas políticas são o que David Garland⁴⁹ chama de previdenciarismo penal, adotadas especialmente na primeira metade do século XX, tendo seu auge nas décadas de 1960 e 1970, na esteira de um conjunto de políticas públicas que vieram a melhorar a condição e o padrão de vida da população dos países que enveredaram por esse caminho, no denominado Estado do bem-estar social.

2.2 OS QUESTIONAMENTOS DA PÓS-MODERNIDADE

Ocorre que esse modelo começou a ser questionado a partir do fim da segunda guerra mundial, com uma demanda por uma mudança no papel adotado pelo Estado, ganhando ênfase nas décadas de setenta e oitenta do século passado, com um crescente questionamento das chamadas conquistas da modernidade, o que tem sido apontado como o surgimento de uma nova era, a pós-modernidade, que seria, na visão de Zigmunt Bauman⁵⁰, um nome provisório para uma porção de mudanças, indicando que a modernidade já não é a nossa forma de vida, apesar

47 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 211.

48 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 198-199.

49 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 207-208.

50 BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**: Sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. AGUIAR, Tradução de Renato Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 11.

de não se ter ainda a ideia exata da identidade dessa outra forma de viver que é a pós-modernidade, de suas próprias regras, lógica e características definidoras, de modo que “[...] a ideia de “pós-modernidade” pareceu-me desde o início uma solução provisória para o dilema. Sem dúvida não há solução satisfatória e muito menos definitiva para a nossa questão.”

David Garland⁵¹ aponta significativas mudanças que a pós-modernidade trouxe para o tratamento do crime e do controle social, especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980. Segundo o autor, as taxas de criminalidade nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha aumentaram exponencialmente desde a década de 1950, passando de 1 crime para cada 100 pessoas, para 10 crimes para cada 100 pessoas em 1994. Aponta como causas para esse aumento as mudanças sociais estruturais ocorridas ao final do século XX, com o aumento nas oportunidades para a prática de crimes, controles situacionais reduzidos, aumento da população em situação de risco e a redução da eficácia dos controles sociais e individuais, como consequência das mudanças na ecologia social e nas normas culturais, especialmente o *boom* do consumismo das décadas pós-guerra, que além de colocar em circulação um número exponencial de bens, veio a clarificar paulatinamente aqueles que estavam incluídos e excluídos do mercado de consumo.

É como base nessa divisão que Bauman vai sustentar que as políticas públicas e os novos arranjos sociais vão tratar os não consumidores, aqueles que não têm acesso ao mercado de consumo, como a sujeira da pós-modernidade⁵², de modo que:

Aqueles que a expansão da liberdade do consumidor privou das habilidades e poderes do consumidor precisam ser detidos e mantidos em xeque. Como são um sorvedouro dos fundos públicos e por isso, indiretamente, do “dinheiro dos contribuintes”, eles precisam ser detidos e mantidos em xeque ao menor custo possível. Se a remoção do refugio se mostra menos dispendiosa do que a reciclagem do refugio, deve ser-lhe data a prioridade. Se é mais barato excluir e encarcerar os consumidores falhos para evitar-lhes o mal, isso é preferível ao restabelecimento de seu status de consumidores através de uma previdente política de emprego conjugada com provisões ramificadas da previdência. E mesmo os meios de exclusão e encarceramento precisam ser “racionalizados”, de preferência submetidos à severa disciplina da competição de mercado: que vença a oferta mais barata [...]⁵³

51 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 203-204.

52 BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 23.

53 BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 24-25.

3 AS INCERTEZAS DOGMÁTICO-PENAIIS

3.1 O DESMONTE DAS POLÍTICAS INCLUSIVAS

Nesse sentido, juntamente com o desmonte do Estado do bem-estar social, ocorre uma revisão do previdenciário penal, como resultado de um reenquadramento da responsabilidade exclusivamente individual pela prática de um crime, deixando o Estado de preocupar-se com a reabilitação e a reinserção social do criminoso, revendo sua política criminal para afastá-lo e eliminá-lo do convívio em sociedade⁵⁴.

Os anos de prosperidade entre 1950 e meados dos anos 1970 fizeram com que a população deixasse para trás a memória da escassez, desemprego maciço e empobrecimento das décadas anteriores, quando foi necessária a atuação do Estado para reinventar a roda da economia, custeando educação, saúde e habitação e promovendo investimentos que garantiram a prosperidade global, deixando para trás a insegurança e a incerteza dos anos de depressão⁵⁵.

Esse esquecimento, ironicamente, criou um ambiente para que o Estado do bem-estar social fosse atacado por conta das condições pós-modernas por ele mesmo proporcionadas. As pessoas deixaram de atribuir a melhoria da qualidade de vida às políticas públicas sociais e passaram a acreditar que tudo decorria do seu próprio esforço individual, de modo que os contribuintes começaram a gradualmente dissociarem-se do Estado do bem-estar social, por não se verem mais beneficiários de suas políticas públicas, encarando-o como um ralo por onde escorrem seus impostos⁵⁶.

Portanto, o sentimento de solidariedade social que orientou a construção de uma dogmática penal voltada não apenas a salvaguardar o indivíduo do arbitrário exercício do poder estatal, mas também comprometida com o ser humano, reconhecendo seus pecados e suas fraquezas e acreditando na sua reabilitação e aproveitamento social, começou a sofrer os mesmos questionamentos do Estado do bem-estar social, na medida em que até meados dos anos 1970, as propostas de reforma mais comuns mantinham relação com o aperfeiçoamento dos serviços voltados à reabilitação, à redução do controle opressivo e ao reconhecimento dos direitos do suspeitos e presos, visando diminuir a criminalização, minimizar o uso do encarceramento e humanizar a prisão, e, sendo possível, tratar o criminoso no seio da sociedade.

A partir do final dos anos 1970 e enfaticamente na década de 1980, na esteira do desmonte do Estado do bem-estar social, passou-se a repensar esse tipo

54 BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 57.

55 GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 206.

56 GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 208.

de política criminal inclusiva e reabilitadora, que partilhava com a sociedade a responsabilidade do criminoso pela prática delitativa. A responsabilização exclusivamente individual estava novamente de volta à cena, levando a significativos ataques à dogmática criminal construída no entorno do “[...] estilo tributar e gastar de governar, aos imerecidos benefícios da previdência, às políticas brandas com o crime, aos sindicatos ilegítimos que administravam o país, à destruição da família, ao colapso da lei e da ordem [...]”⁵⁷. Se até a década de 1960 a população havia experimentado o período de liberação dos costumes e intervenção social na economia, a ordem passou a ser inversa, conservadorismo social e liberdade econômica, cabendo ao mercado regular o desemprego e a prosperidade da economia, naturalmente por meio de corte de gastos públicos, na medida em que população mais pobre passou a ser vista como um problema que deveria ser resolvido pelo direito penal, por meio de punição dura, por serem os únicos responsáveis pela prática do crime, pois

No discurso político daquele período, justificativas sociais para o problema do crime seriam completamente desacreditadas. Tais justificativas, como se dizia, negavam a responsabilidade individual, exculpavam as falhas morais, mitigavam as punições, encorajavam o mau comportamento e eram emblemáticas de tudo aquilo que havia de equivocado no previdenciarismo. O crime veio a ser visto como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social, algo próprio de indivíduos perversos que precisavam ser detidos e que mereciam ser punidos⁵⁸.

Nesse sentido, o que se observa, em princípio, é um retorno ao pensamento moderno, que muito embora salvaguardasse o indivíduo do poder arbitrário do Estado, imputava-lhe exclusivamente toda a responsabilidade pela prática delitativa. A pós-modernidade busca despojar-se de toda interferência coletiva no destino individual, cabendo àqueles que desrespeitam a lei o ódio social, voltado às classes perigosas, na visão de Bauman, ao referir-se à “[...] ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes.”⁵⁹. Entretanto, esse ambiente pós-moderno traz consigo exatamente um questionamento sobre as certezas da modernidade, com reflexos nas relações sociais e jurídicas, que já não se encontram mais fincadas nas bases sólidas das garantias institucionais.

57 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 214.

58 GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 220.

59 BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 26.

3.2 A PUNIÇÃO INCERTA

Na verdade, a vida contemporânea traz uma assustadora sensação de constante incerteza, por não ser possível antever com razoabilidade os efeitos das ações tomadas no contexto atual, diante da fluidez dos interesses envolvidos, uma verdadeira crise de identidade, onde a vida é feita de uma sucessão de instantâneos, não sendo lastreada em alicerces sólidos e gradualmente construídos ao longo do tempo, de modo que as relações sociais são marcadas pela inconstância das pessoas, que podem entrar e sair de cena sem sequer serem notadas e sem deixar nenhuma memória, podendo ser instantaneamente apagadas, permitindo novos recomeços, numa sensação de autoeternizante incerteza distinta de um mundo voltado para a construção da ordem⁶⁰.

Em que pese tenha havido um retorno à responsabilização individual, não trouxe consigo as certezas da modernidade, de modo que a dogmática penal deixou de ser a magna carta do delinquente, que passou a ser submetido a um processo marcado pelas incertezas da pós-modernidade.

Luís Roberto Barroso, ao comentar a relação entre o direito e a pós-modernidade, sustenta ser ela um rótulo genérico que abriga uma porção difusa de questionamentos quanto ao poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado, a volatilidade das relações, efêmeras e sem conteúdo, a angustiar e causar perplexidades em um tempo sem verdades seguras, “Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxismo, pós-Kelseniana, pós-freudiana.”⁶¹.

Essas incertezas deitam profundos reflexos no direito e nas bases teórica, filosófica e metodológica de sua aplicação, superando as certezas que se buscou gerar com a modernidade, uma vez que a problemática do direito não gravita mais em torno das preocupações com a liberdade individual e seus limites, própria do Estado libera; ou na intervenção estatal e o papel do Poder Público na promoção da igualdade social, característica do *welfare state*⁶². Essas não são mais as preocupações do direito, que passa a despedir-se de algumas tarefas tradicionalmente por ele assumidas, com uma onda de desconstitucionalização, deslegalização e desregulamentação; assumindo outros compromissos até então próprio das relações particulares, com a redefinição do papel do direito privado, com centralidade na liberdade de mercado. Tudo isso, solapa a segurança jurídica, que sofre sobressaltos decorrentes da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, refém dos interesses econômicos. “O paradigma jurídico,

60 BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 37.

61 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 02.

62 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

que se passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.⁷⁶³

Ocorre que esse casuísmo jurídico, próprio da pós-modernidade, pode levar a uma postura solipsista do julgador, em face de uma metodologia pós-positivista, como adverte Lenio Streck, ao assinalar a problemática de como se interpreta, como se aplica e se é possível achar uma resposta constitucionalmente adequada, no direito, para os casos concretos, diante de sua indeterminabilidade e da crise de efetividade da constituição, especialmente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil,

[...] em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém do positivismo exegético, fático e normativista, cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto⁶⁴.

Também sobre essa temática do direito pós-positivista, Barroso sustenta ser um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer à subjetividade da razão própria do jusnaturalismo, elevando os valores à categoria normativa de princípios essenciais aos direitos fundamentais, em uma reaproximação entre a ética e o direito, baseada no pluralismo político e em uma nova hermenêutica fincada na ponderação de interesses, muito embora o mesmo autor reconheça que o grande desafio desse novo paradigma jurídico seja exatamente garantir a segurança, a estabilidade e o controle das decisões judiciais⁶⁵.

Essa incerteza, no Brasil, pode ser verificada em algumas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria penal, que desafiam a estabilidade do processo penal como até então conhecido.

Como exemplo disso, tem-se a decisão do referido sodalício de relativizar o princípio da presunção de inocência. Concebido como uma salvaguarda do indivíduo contra o poder arbitrário do Estado, que via no suspeito um culpado até prova em contrário, significou uma inversão de polos, para ter-se o acusado como inocente até a formação definitiva da culpa.

Observando-se cuidadosamente o entendimento sufragado, percebe-se que ele se enquadra exatamente nas denominadas incertezas pós-modernas, pois, se por um lado retira a salvaguarda moderna do trânsito em julgado; por outro, não

63 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 04-05.

64 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

65 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

significa um retorno à pré-história dos direitos fundamentais, com a imposição de qualquer tipo de presunção de culpa, criando um mecanismo intermediário e incerto, que permite a punição de alguém cuja culpa não foi ainda formada, mas que também, ao mesmo tempo, não seria inocente. Ao se observar o voto do Min. Celso de Mello⁶⁶, vencido na questão, no bojo da ADC 43/2016-DF, observa-se a sua linha de raciocínio nesse mesmo sentido:

A posição que vem prevalecendo neste julgamento reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.

O referido magistrado, sustenta que a presunção de inocência, representa uma notável conquista histórica dos cidadão na perene luta contra a opressão estatal e o abuso de poder, resultado de um longo processo político-jurídico, com raízes na Magna Carta inglesa, ou mesmo na implantação dos direitos fundamentais do século XVIII, sob os influxos dos ideais iluministas, estando presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Na verdade, trata-se de uma decisão que foge totalmente a dogmática penal tradicional construída na modernidade constitucional, que visa recrudescer a punição, em uma visão de conservadorismo social e liberalismo econômico, sem, entretanto, manter as garantias que esse mesmo sistema adotou em sua origem, significando concretamente uma dupla piora na condição do delinquente.

CONCLUSÃO

Os Estados modernos foram criados em torno da ideia de que o ser humano, no estado da natureza, sem uma força superior que fosse capaz de conter os seus impulsos, viveria eternamente em conflito, sendo necessária a criação de um poder soberano que sujeitaria todos à sua vontade, permitindo a pacificação social.

Após a implementação de variadas teorias, acabou prevalecendo a ideia de que esse poder soberano deveria ser exercido pelo povo, com base na filosofia de Rousseau, cunhando a vontade geral, que seria o resultado da deliberação popular, sufragada por meio da lei, que, em um primeiro momento, não encontrou limites, sendo, por excelência, um instrumento de limitação e conformação das relações dos particulares e entre estes o Estado.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/2016-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Partido Ecológico Nacional e Presidência da República. Sessão Plenária de 05.10.2016. Por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Com a formação desses entes estatais e a consolidação da modernidade, caudatária do princípio da legalidade, nasce a dogmática penal, instituída pelo conjunto de mecanismos jurídicos que viriam a salvaguardar o indivíduo o arbítrio do Estado, que continuava a ter o poder de punir, mas, a partir de então, estaria obrigado a observar determinados limites e direitos inerentes à condição humana do delinquente.

Com o desenvolvimento da modernidade, essa dogmática penal evoluiu para abranger políticas inclusivas, que vieram a comprometer o Estado e sociedade com o resgate e o tratamento do delinquente. O crime deixou de ser visto como uma transgressão pessoal ao ordenamento jurídico, de responsabilidade exclusivamente individual, para incluir também o comprometimento de todo o corpo social, de modo que a punição não deveria ser a única consequência para o crime e o criminoso. Acreditar na sua condição humana e, portanto, na sua ressocialização e reinserção comunitária passaram a ser a tônica da política criminal e da dogmática penal que lhe é consequente, construídas a partir da implantação do Estado do bem-estar social.

Ocorre que superação da escassez e o esquecimento dos anos de depressão, atribuídos ao próprio esforço pessoal, e não às políticas públicas sociais, levaram a profundas críticas ao *welfare state*, que passou a ser desmontado a partir de meados dos anos 1970, na esteira das críticas desferidas à pós-modernidade, sendo resgatada a ideia de responsabilidade exclusivamente pessoal do delinquente, que, portanto, deveria ser simplesmente punido.

Todavia, esse retorno a uma política punitivista estatal, com o abandono da preocupação com a ressocialização e a reinserção social do delinquente, não significou necessariamente um retorno ao Estado liberal, com o resgate da dogmática penal tradicional, que via nas franquias públicas a magna carta do delinquente, o instrumento para impedir o arbítrio do Estado. Em um mundo pós-moderno, marcado pela negação das estruturas tradicionalmente conquistadas pela modernidade, onde impera a fluidez das relações e as incertezas sobre tudo aquilo que até então se acreditava, já não há mais espaço para a rigidez da dogmática liberal.

Tudo isso associado a um direito pós-positivista, onde a decisão judicial deve ser construída com os olhos voltados para o caso concreto, em busca sempre daquela que lhe for mais adequada, permite o surgimento de qualquer alternativa jurídica, retirando do destinatário da norma penal a segurança de saber o que esperar do poder punitivo estatal, padecido das mesmas incertezas e inconstâncias próprias da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**: Sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. AGUIAR, Tradução de Renato Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. GAMA, Mauro; GAMA, Tradução de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. ALENCASTRE, Tradução de Saulo. São Paulo: Madras, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Tomas Hobbes**. COUTINHO, Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **Locke e o Direito Natural**. BATH, Tradução de Sergio. 2. ed. Brasília: UNB, 1998.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. FAIT, Tradução de Alfredo. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/2016-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Partido Ecológico Nacional e Presidência da República. Sessão Plenária de 05.10.2016. Por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. In: CARBONEL, Miguel (Org.). **Teoria del nooconstitucionalismo**. Madri: Trota, 2007.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. NASCIMENTO, Tradução de André. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. D'ANGINA, Tradução de Rosina São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. DANTAS, Tradução de Marsely de Marco São Paulo: Edipro.

MATOS, André Salgado de. **A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2004.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Público – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. 2. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. GALVÃO, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Tradução de Paulo. Porto Alegre: LePM, 2012.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. GRECO, Tradução de Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALADÉS, Diego (Org.). **Conversas Acadêmicas com Peter Haberle**. ALMEIDA, Tradução de Carlos dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2009.