

LUIZ FERNANDO WINDER FERNANDES

**ÉTICA PÓS-MODERNA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2020

LUIZ FERNANDO WINDER FERNANDES

**ÉTICA PÓS-MODERNA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me Juraci da Rocha Cipriano.

ANÁPOLIS - 2020

LUIZ FERNANDO WINDER FERNANDES

Ética Pós-Moderna e sua influência no Direito Penal Brasileiro

Anápolis, _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho de conclusão da graduação ao meu esforço e tempo empreendidos nestas páginas.

Agradeço ao meu orientador Juraci da Rocha Cipriano, pela paciência e grande apoio na orientação, incentivando-me sempre e tornando possível a conclusão desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho de monografia apresentará o tema: Ética Pós-Moderna e sua influência no direito penal brasileiro, sendo desenvolvido em três capítulos discorrendo sobre a evolução histórica da ética, enquanto ciência. Sua inserção em diversos ramos do pensamento, especialmente no ramo jurídico, a influência especificamente no direito penal, sua evolução histórica até a sociedade pós-moderna, bem como a interação legal e supralegal da pós-modernidade no direito penal. Por fim, este trabalho tem por objetivo, analisar as diversas questões em que a aplicabilidade da norma penal brasileira relaciona-se diretamente com os pensamentos pós-industriais. Assim, conclui-se dando ênfase ao embate do direito penal frente à essas novas noções sociais e morais.

Palavras-chave: Ética. Direito penal. Influência. Pós-moderno. Brasileiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
ÉTICA E HISTÓRIA	03
1.1 Conceito de Ética	03
1.2 Breve classificação da Ética ao longo da história.....	05
CAPÍTULO II – ÉTICA E SUA INFLUÊNCIA LEGISLATIVA	16
1.1 Ética no direito brasileiro contemporâneo	16
1.2 Ética na Constituição Brasileira de 1988	18
1.3 Ética no Código Penal Brasileiro	21
CAPÍTULO III – ÉTICA PÓS MODERNA, LEGISLAÇÃO E SOCIEDADE	26
1.1 O Reconhecimento da Ética Pós-Moderna e sua inserção ao direito brasileiro no século XXI	26
1.2 Pós-modernidade no poder judiciário	30
1.3 Pós modernidade e Direito	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será exposto o histórico da ética enquanto ciência, bem como sua evolução até à pós modernidade, trazendo nesse contexto a junção de preceitos morais pós-modernos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto ao direito penal, demonstrando aspectos jurídicos altamente influenciados pelo desenvolvimento das sociedades pós-industriais e sua moral.

Uma das diversas definições de ética estabelece que, seria o exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade. Um termo que, apesar de ser evocado constantemente em diversos setores, encontra-se em desuso no cotidiano de todas as sociedades modernas, especialmente em nosso país.

A pós-modernidade, traz em seu arcabouço a ideia de “superação” ou negação do pensamento moderno definido por características bem particulares como a ausência de valores e regras, o repúdio à autoridade e a concepções clássicas, relativismo, egocentrismo e diversos outros conceitos pregados constantemente nas mídias sociais e mainstream.

O Direito Penal, em suma é o ramo do Público que conduz o jus puniendi, isto é, o poder de exercer vingança, controle e harmonia social por parte do Estado. Sendo o direito penal ultima ratio, ou seja, só será aplicado quando não for possível

aplicar outra penalidade, tendo em vista que a liberdade humana nas sociedades contemporâneas é um dos valores pilares de todo o ocidente.

Diante desse cenário, é importante realizar uma análise da interação entre a ética criada no pós-modernismo e sua influência em um dos ramos do direito público mais relevante, afinal como um Estado fundado em conceitos completamente relativos irá dirimir suas formas de punição de maneira minimamente proporcional.

CAPÍTULO I –ÉTICA E HISTÓRIA

Para absorver o alcance e influência da Ética no sistema jurídico brasileiro é indispensável perquirir sua evolução e suas principais correntes teóricas, assim, faz-se necessário analisar a Ética desde sua origem à sua aplicação em nosso contexto histórico contemporâneo.

1.1 Conceito de Ética

A Ética possui atualmente diversos significados e classificações. Contudo é de extrema relevância que se faça uma definição desse termo tão amplo. Para VÁZQUEZ (2017, p. 23)

Assim como os problemas teóricos morais não se identificam com os problemas práticos, embora estejam estritamente relacionados, também não se podem confundir a ética e a moral. A ética não cria a moral. Conquanto seja certo que toda moral supõe determinados princípios, normas ou regras de comportamento, não é a ética que os estabelece numa determinada comunidade. A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.

Nesse sentido, levando-se em conta a citação acima, a priori, é importante ressaltar a origem da ética, como uma “ideia” que começa no período clássico na Grécia, tendo como *éthos*, a reflexão acerca dos costumes humanos. Desse modo, a contribuição helênica para a evolução do pensamento ético é de extrema relevância, não apenas por seu caráter originário, mas por seu complexo desenvolvimento através da filosofia.

Nesse contexto, a filosofia de Sócrates, Platão e Aristóteles realizam grandes considerações a respeito do homem, fugindo da noção do homem como produto divino, tendo sua definição máxima na expressão aristotélica, o homem é o animal político por natureza, isto é, o homem necessita do convívio social e que por dependermos dessa relação, cada cidadão deve se responsabilizar pela “Polis”, uma clara demonstração de um princípio ético.

Entretanto, hordie, entende-se a ética como uma ciência comportamental em que possui como objeto primário a moral dos homens em seu convívio social, tendo inclusive método e leis que regem esta ciência. A moral objeto da Ética, é um conglomerado de valores comportamentais humanos, tendo sua origem etimológica derivada da palavra romana “mores”, com o mesmo sentido de “ethos” em grego.

Em adição dessa igualdade de significados, frisa-se que não devemos confundir moral e ética, contudo nesse interim, ressalta-se a seguinte ideia: FERRY (2006, p.31) discorre:

uma observação a respeito de terminologia, para que se evitem mal-entendidos. Deve-se dizer 'moral' ou 'ética', e que diferença existe entre os dois termos? Resposta simples e clara: a priori, nenhuma, e você pode utilizá-los indiferentemente. A palavra 'moral' vem da palavra latina que significa 'costumes', e a palavra 'ética', da palavra grega que também significa 'costumes'. São, pois, sinônimos perfeitos e só diferem pela língua de origem.

Nesse sentido, torna-se evidente que a utilização dos termos como sinônimos não mudaria seu significado, contudo faz-se essa diferenciação para um aprofundamento do tema. Tendo ficado definido ética como ciência e moral objeto dessa ciência, lembrando-se que elas são coexistentes e indissociáveis. Nesse sentido, torna-se imperioso destacar a diferenciação dada por KANT (1724-1804, p. 2) que destaca o seguinte:

Uma Metafísica dos costumes é pois rigorosamente necessária, não só por motivo de necessidade da especulação, a fim de indagar a origem dos princípios práticos que existem a priori em nossa razão, mas também porque a própria moralidade está sujeita a toda a espécie de perversões, enquanto carecer deste fio condutor e desta norma suprema de sua exata apreciação. Com efeito, para que uma

ação seja moralmente boa, não basta que seja conforme com a lei moral; é preciso, além disso, que seja praticada por causa da mesma lei moral; de contrário, aquela conformidade e apenas muito acidental e muito incerta, visto como o princípio estranho à moral produzirá, sem dúvida, de quando em quando, ações conformes com a lei, mas muitas vezes também ações que lhe são contrárias

Fica evidente, portanto que, a Ética apresenta um tecnicismo não presente na moral. A ética, direciona-se a uma reflexão sobre os fundamentos da moral, em sentido científico. O que caracteriza ambas, sendo a ética não apenas o comportamento humano, composto por regras e costumes de uma determinada cultura, mas sim uma doutrina de princípios e fundamentos tidos como “universais”.

Tem-se na ética, uma disciplina que não cria valores, mas busca nortear suas interpretações, busca-se com a Ética o sentido “universal” de convívio e costumes sociais, fundados principalmente em questões positivas, como o previsto pelo imperativo categórico de Kant em sua aplicação dentro da ética, sendo o critério supremo da moralidade, em razão do agir ser sempre de tal modo que a máxima das ações possa ser elevada, por sua vontade, à categoria de lei de universal observância.

Desse modo, busca-se sempre uma ética com respaldo em valores empáticos, isso significa, uma ética que respeite a existência do próximo, o que possibilitará uma convivência harmônica entre os pares sociais.

1.2 – Breve classificação da Ética ao longo da história

Para Vázquez (2017, p. 18) muitas teorias éticas organizaram-se em torno da definição do bom, na suposição de que, se soubermos determinar o que é, poderemos saber o que devemos fazer ou não fazer. As respostas sobre o que é o bom variam, evidentemente, de uma teoria para outra: para uns, o bom é a felicidade ou o prazer; para outros, o útil, o poder, a autocriação do ser humano, etc.

Nesse sentido, como observado pelo autor acima, a ética possui múltiplas interpretações e sentidos para diferentes pensadores, desse modo, torna-se evidente a importância de destacar as principais ideias envolvidas nessa ciência tão antiga e de grande importância social.

1.2.1 Ética para os gregos

Esta breve classificação acerca da ética não seria verdadeiramente satisfatória se não mencionasse a contribuição dos gregos para a evolução dessa ciência.

Em primeiro plano, de maneira cronológica, os ensinamentos socráticos foram legados principalmente por seu discípulo Platão, que cultua seus ensinamentos, ressaltando-se a “a virtude é saber” e a “ignorância é inerente ao homem”, sendo a ética socrática fundada em tais princípios elementares. (NALINI, 2009)

Dessa forma, a reflexão ética de Sócrates pretende que o saber do bem seja universal e objetivo, porém sem anular a múltipla variedade de suas manifestações. Quer dizer, a universalidade do bem, dos valores humanos, não procede do consenso que se lhe preste, senão de sua racionalidade implícita que o diálogo deve fazer emergir (YARZA, 1996, p. 298).

Nesse plano, vemos claramente uma visão eudemonista característica intrínseca aos helênicos, pois faz da felicidade o objetivo de nossa existência, porém evidencia a todo momento que só se pode alcançar a felicidade pelo caminho correto e harmonioso

Nesse conteúdo, a ética de Sócrates é erigida sobre um tripé elementar o saber, a virtude e a felicidade. O conhecimento do bem implica a prática da virtude e o exercício desta faz felizes os homens. A sabedoria é o valor supremo para os helênicos cuja importância é de extrema importância para o desenvolvimento da

ética ocidental, sendo a ética o conhecimento capaz de conduzir o homem à felicidade.

Em contrapartida, Platão estabelece uma ética “ideal”, tendo em vista que sua ética não é fundada na realidade, mas em um mundo inteligível, tendo na alegoria do Mito da caverna, retirada de “A República” sua definição básica. O pensador não dedica seus esforços as condutas e costumes humanos, pois está centrado em algo maior que seria ideia perfeita, o que define basicamente o filósofo como sendo um racionalista, realista, idealista e dualista. (NALINI, 2009).

O mundo das ideias cria essa visão ética platônica e que todos esses valores humanos são inerentes ao ser humano, dessa maneira, o homem obtém os princípios éticos que governam o mundo social por meio de da reflexão, pois os valores bons e justos são carregados conosco desde o nascimento, sendo a ética, o saber que dirige a conduta humana a justiça.

Para Aristóteles, a ética encontra suas fundações no que é tangível e real, sendo sua ética considerada realista e empirista diferentemente da visão de seu mestre Platão que era idealista e racionalista. Sendo assim, nada é inato aos homens, tão pouco seus valores, e apenas pode-se alcançar o “bem” com a prática constante das virtudes, sem a prática, não há a possibilidade de o homem ser bom e virtuoso. (VÁZQUEZ, 2017)

Desse modo, fica evidente que a ética aristotélica se baseia em duas questões principais, o bem e a prática do bem, nas palavras do filósofo: (ARISTÓTELES, 1094a 1 -5)

Toda arte e todo saber, assim como tudo que fazemos e escolhemos, parece visar algum bem. Por isso, foi dito, com razão, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem, mas há uma diferença entre os fins: alguns são atividades, ao passo que outros são produtos à parte das atividades que os produzem.

Assim, através desse pensamento, entende-se que a ética para Aristóteles é um tipo de arte, mais especificamente a arte de viver, em que se deve buscar o “bem”, por meio das virtudes morais em harmonia com os prazeres em busca da felicidade. Portanto, a Ética deve ser compreendida como o conhecimento que propicia ao homem alcançar a virtude cardeal, que nada mais seria do que a ação justa, corajosa e temperada.

Para os epicuristas tudo se baseia no prazer, dessa maneira a felicidade se encontra nos prazeres. Nesse sentido, a Ética Epicurista se volta para o individualismo o interesse do bem-estar é de cada um, não dos outros. Mas este individualismo leva a muitas guerras e, para acabar com os confrontos, surgiu então a justiça que servia para não prejudicar ninguém. O Estado tem o dever de cumprir com suas obrigações, punindo os infratores. Dessa forma, torna-se notável que a Ética Epicurista é composta por um eudemonismo hedonista, além de ser individualista e egoísta. (PIÇANCO, 2009).

1.2.2 Ética empírica.

Conforme determinado por Eduardo García Máynez, a Ética empírica pode ser subdividida em quatro tipos: anarquista, utilitarista, ceticista e subjetivista. Contudo, nesse trabalho faz-se necessário apenas abordar o conceito de Ética empírica não sendo necessário um aprofundamento tão grande.

Nesse enfoque, de acordo com a doutrina empirista, tudo que conhecemos provem da experimentação. Desse modo, a Ética empirista terá sua fundamentação na análise da vida moral dos seres humanos dos fatos. Nas palavras de um dos principais empiristas John Locke (1632-1704): “As ações dos homens são as melhores intérpretes de seus pensamentos. “

Contudo, ressalta-se que a diferenciação entre filosofia empírica e filosofia pura se deve a Kant. Para ele, empírica é a filosofia baseada na experiência e pura a fundada em princípios racionais.

Dessa forma, ética empírica é aquela que busca por meio da observação dos fatos se atendo ao que realmente ocorre, a partir, portanto, do efeito concreto da atuação humana. Sustentam os empiristas que as teorias da conduta se baseiam no exame da vida moral. Os preceitos disciplinadores do comportamento estão implícitos no próprio comportamento. Não se deve questionar o que o homem deve fazer, senão examinar o que o homem normalmente faz. Pois o homem deve ser como naturalmente é, e não se comportar como as normas queiram que ele seja. (NALINI, 2009, p.27).

1.2.3 Ética dos bens.

Para Miguel Reale (1999) “O bem é a força ordenadora da Ética e momento culminante da vida espiritual, isto é, a vida humana é o percurso em busca do bem”. Desse modo, tem-se na Ética dos Bens a busca por um valor supremo, uma verdade absoluta, no caso da ética um “bem” de valor supremo.

Assim, a Ética dos bens encontra-se presente principalmente na filosofia helênica dos antigos pensadores, caracterizado em três principais manifestações que são o eudemonismo, o idealismo ético e o hedonismo, que apontam como fim, o valor maior, que é a grande finalidade da humanidade.

Nesse contexto, toda e qualquer ação humana visará a obtenção de bens. Luta-se para atingir um ideal, e este é o nutriente que faz suportar as agruras da existência. Trabalha-se para conseguir uma vida digna. Ingressa-se na universidade para se aprimorar no processo educativo e para obter maior qualidade de vida. Dessa forma, resta evidente, que a Ética dos bens é a totalidade da existência. O supremo bem da vida consistirá na realização do fim próprio da criatura humana.

Esse objetivo, na hierarquia dos bens, é o que se chama bem supremo (NALINI, 2009).

1.2.4 Ética Formal ou Kantiana.

Immanuel Kant (1724-1804), destaca em sua filosofia que sua ética não se funda em resultados externos, mas na pureza da vontade e na retidão dos propósitos do agente considerado, em que Kant “defende que uma genuína, mesmo que não total, compreensão do princípio fundamental da moralidade é refletida na nossa compreensão comum de boa vontade e dever e nos juízos morais que fazemos sobre casos particulares da ação humana”

Dessa forma, para uma melhor compreensão da ética formal, deve-se definir os principais conceitos abordados por Kant que são os imperativos categórico e hipotético. De maneira sucinta, o imperativo categórico, também conhecido como princípio da universalidade, impõe uma conduta por si mesma, enquanto o imperativo hipotético ordena comportamento como meio para atingir uma finalidade. Exemplo: deves amar a teus pais - imperativo categórico; se queres ir de um ponto a outro pelo caminho mais curto, deves seguir a linha reta imperativo hipotético. (MÁYNEZ).

Nesse entendimento, conforme a ética kantiana, para sabermos se uma determinada ação certa ou errada, deve-se indagar a possibilidade daquela ação ser tomada como lei universal:

Decorreu, porém, também a consciência de uma lei de acção que diz que os princípios subjectivos das acções, isto é, as máximas, têm que ser sempre tomados de modo a valerem também objectivamente, quer dizer a valerem universalmente como princípios e, portanto, a poderem servir para a nossa pró-pria legislação universal. Mas porque é que devo eu subme-ter-me a este princípio, e isso como ser racional em geral, e portanto todos os outros seres dotados de razão? Quero conceder que nenhum interesse me impele a isso, pois daí não poderia resultar nenhum imperativo categórico; e, contudo, tenho necessariamente que tomar interesse por isso e compreender como isso se passa; pois este dever é propriamente

um querer que valeria para todo o ser racional. (KANT 1724-1804, p 103)

A citação acima exprime duas exigências: 1) a exigência da autonomia; e 2) a exigência da universalidade. O ato só é moralmente valioso quando representa observância de uma norma que o sujeito se deu a si mesmo. Se a conduta não atende a um mandato oriundo da vontade própria, mas procedente de vontade alheia, carece de valor do ponto de vista ético. E para que o ato valha moralmente é indispensável possa aplicar-se a todo ser racional. A lei moral não pode ter fundamento subjetivo, contingente e empírico, mas deverá estar racionalmente fundada. E o fundamento objetivo dela somente pode encontrar-se no conceito da dignidade pessoal. (MÁYNEZ).

Nesse interim, determinadas qualidades morais, que aparentemente são virtudes, não podem ser consideradas boas sem limitação e que somente uma boa vontade que age por respeito às leis práticas é incondicionalmente boa. Segundo Kant, talentos do espírito (discernimento), qualidades de temperamento (coragem), dons da fortuna (honra) não são virtudes, mas vícios, se não existir, como vimos, uma boa vontade agindo a partir de regras legitimadas pelo Imperativo Categórico (BORGES, M. L.; DALL'AGNOL, D.; DUTRA, 2002)

Portanto, para Kant a humanidade deve buscar um rigor moral, porém, Kant criou algo completamente impar as duas linhas da filosofia do século XVIII. Os racionalistas e os empiristas possuíam suas fraquezas lógicas o conhecimento obtido através da razão pura pode ser indubitavelmente verdadeiro, mas diz pouco sobre como é o mundo. Já o conhecimento empírico, se pode dizer muito sobre o mundo, em troca sacrifica a certeza. Dessa forma, "os esforços de Kant promoveram nada menos que uma revolução, conhecida como Copernicana na filosofia. Onde os filósofos haviam falado previamente dos objetos ou das percepções que deles tínhamos, Kant compreendeu que o meio pelo qual essas duas coisas se encontram é especialmente importante". (NALINI, 2009)

1.2.5 Ética dos valores

As razões para se buscar uma alternativa tanto ao kantismo quanto ao utilitarismo são diversas. Nesse contexto, surge a ética dos valores sustentam, por exemplo, que tanto a Ética de Kant e a Empírica apresentam preceitos universais que são formais e, portanto, vazios de conteúdo moral. “Sustentam que um kantiano poderia, por exemplo, pregar uma moral formalmente rigorosa, mas abstrair-se de promover o bem comum ou que um utilitarista poderia, somente para ilustrar, torturar um inocente para maximizar o bem-estar da maioria (BORGES, M. L.; DALL’AGNOL, D.; DUTRA, 2002)

Nesse plano, José Renato Nalini assevera que a discussão a respeito de valor e de seu conceito é interminável e complexa. Primeiro porque valor é um daqueles termos que tiveram o seu significado bastante inflacionado. Tentou-se fundamentar uma teoria do conhecimento, em especial da história e das ciências sociais, com recurso à existência de valores objetivos ancorados na razão prática. Foi H. Rickert, neokantista logo seguido por Max Weber, o formulador dessa tese. Weber, talvez sob influência de Nietzsche, passou a declarar a relatividade de todos os valores, inclusive os epistemológicos. Foi a sociologia funcionalista de Talcott Parsons que, recebendo à sua maneira a perspectiva weberiana, terminou esvaziando o termo de todo significado referencial para transformá-lo em vocábulo operacional.

Infere-se, nesse contexto, que os valores se resignam a uma organização prática na visão de Johannes Hessen, o moralista procura determinar o valor 'bem moral' e extrair daí normas para a ação prática. Tais normas serão o metro para medir, neste ponto de vista, os atos humanos. Aquilo que lhe interessa é precisamente poder demonstrar que tal valor é positivo, tal outro é negativo; e, se for positivo, fixar a sua altura numa escala axiológica com relação a todos os outros, marcando-lhes a sua hierarquia. Não que possam ser eleitos, mas a hierarquia é objetiva. Entre os critérios determinativos dessa escala, narra SCHELER:

Um valor é tanto mais alto: a) quanto mais duradouro é; b) quanto menos participa da extensão e da divisibilidade; c) quanto mais profunda é a satisfação ligada à intuição do mesmo; d) quanto menos fundamentado se acha por outros valores; e) quanto menos relativa seja sua percepção sentimental à posição de seu depositário. (NALINI, 1999, p. 59)

Assim, fica delimitado e organizado os ditos “valores” possibilitando uma escolha mais assertiva, tornando-se uma ética de valores ditos afirmativos.

1.2.6 Ética Pós-Moderna

Por fim, chegamos ao tópico central deste trabalho, em primeiro plano, ressalta-se que o pós-moderno, enquanto condicionante da cultura nesta era, caracteriza-se exatamente pela incredulidade perante o filosófico-metafísico, com suas pretensões atemporais. Desse modo, o cenário pós-moderno é essencialmente cibernético informático e científico. Sem dúvidas, tudo isso é produto direto do progresso das ciências exatas e naturais, porém tal evolução, por sua vez, a gera uma crise da filosofia metafísica e a da instituição universitária que dela dependia. Nesse cenário pós-moderno, a linguagem ganha destaque e a informação ganha imenso destaque. (LYOTARD, 2009).

Para o filósofo Jean-François Lyotard (1924-1998) a pós-modernidade decorre da perda de nossa fé em visões totalizantes da história, que prescreviam regras de conduta política e ética para toda a humanidade. Em razão dessa descrença a desconfiança e incertezas são características maiores em um ambiente pós-moderno, em razão dos projetos fracassados que prometiam uma utopia impraticável, enfim, fracassaram porque não cumpriram suas promessas históricas de se conquistar a felicidade humana, em especial os ideais iluministas e marxistas que prometiam um verdadeiro céu na terra.

Assim, resta evidente que, enquanto a modernidade fundava-se, no que dá consistência ao seu pensamento filosófico, mas, quando se constata a anulação desses fundamentos, o niilismo nos é apresentado. Aos olhos de Vattimo:

É com esta conclusão niilista que se sai de fato da modernidade, segundo Nietzsche. Pois a noção de verdade não mais subsiste e o fundamento não mais funciona, dado que não há fundamento algum para crer no fundamento, isto é, no fato de que o pensamento deva “fundar”: não se sairá da modernidade mediante uma superação crítica, que seria um passo ainda de todo interno à própria modernidade. Fica claro, assim, que se deve buscar um caminho diferente. (VATTIMO, 1996, p. 173)

Conforme a citação acima descrita, apresenta-se com Nietzsche um rompimento com modernidade, principalmente no evento que se pode chamar de inauguração da pós-modernidade que surge com a “morte” de Deus anunciada por Nietzsche, nesse interim, Vattimo, para se diferenciar da modernidade, deve afirmar, como sua característica, o pensamento fraco, que é se propor o repensamento de todas as questões sem pretender uma superação, mas sim uma sustentação dos mesmos. Fora de qualquer possibilidade de se absolutizar um pensamento ou tomá-lo como fundamento, o pensamento fraco se mostra sem força, unidade e predeterminação, pelo fato de querer ser ultrametafísico, ou seja, viver na consumação do niilismo (GOMES, 2009)

Nesse contexto, em meados do século XX, surge a expressão Ética pós-moderna dada por Zygmunt Bauman, inclusive sendo o título de uma de suas obras que diante desse território moral contemporâneo esboçou o que seria definido como ética pós-moderna. Como Hans Jonas, um dos mais profundos analistas de nosso presente predicamento moral, observou: 'Nunca houve tanto poder ligado com tão pouca orientação para seu uso, paradoxalmente precisamos mais de sabedoria quando menos cremos nela.

Dessa maneira, o pensamento dos moralistas modernos de "que a moralidade, antes de ser 'traço natural' da vida humana, é algo que se precisa planejar e inocular na conduta humana". Por isso a frustração na tentativa de se

elaborar um código de ética insuscetível de falhas. A ética pós-moderna deriva da descrença nesse modelo, assim como sua descrença em quase tudo. (NALINI, 2009).

Ademais, deve-se destacar a grande complexidade da ética pós-moderna, posto que o niilismo, uma de suas bases elementares, possui como seus pilares a ausência de um fundamento e uma constante enfrentamento a verdades universais e a própria racionalidade. Por fim, Para Zygmunt Bauman, a ética pós-moderna é aquela que abandonou a ilusão da universalidade para leis morais e, assume que é a competência moral de seus membros que torna possível a existência contínua e o bem-estar da sociedade.

Portanto, diferentes sistemas ou doutrinas morais oferecem uma orientação imediata e concreta para a vida moral das pessoas, contudo isso não é delimitado na ética pós-moderna, não possuímos uma busca pelo bem ou um imperativo categórico. Assim, durante toda a história, as teorias éticas não pretendem responder à pergunta “o que devemos fazer?” ou “de que modo deveria organizar-se a sociedade “, mas refletem sobre “por que existe moral?” “Quais motivos justificam o uso de determinada concepção moral para orientar a vida? “. As teorias éticas querem dar conta do fenômeno moral, porém, existem diferentes leituras do fenômeno moral, principalmente com a ética pós-moderna. (CORTINA; MARTINEZ, 2005. p. 07).

CAPÍTULO II –ÉTICA E SUA INFLUÊNCIA LEGISLATIVA

Comentário: figura-se imperioso destacar a relevância da Ética e seu contexto jurídico, tendo em vista a importância da delimitação temática, em razão da complexidade do objeto tratado

2.1 Ética no direito brasileiro contemporâneo

O Direito brasileiro enquanto instituto inicia-se com a colonização portuguesa, tem-se nesse contexto que a princípio, por óbvio, todas as normas aplicadas em território brasileiro não eram de fato brasileiras, em virtude da relação metrópole-colônia, as normas aqui aplicadas eram de direito lusitano.

Nesse sentido, destaca-se que primeira Constituição de fato brasileira, surge apenas em 1824, ocasião em que foi outorgada durante o Brasil Império,

sendo a Constituição de 1988 a sétima Constituição brasileira a vigorar, o que demonstra certa instabilidade política em nossa nação

Entretanto neste trabalho, manteremos nosso foco apenas no período pós redemocratização, momento em que foi promulgada nossa última e atual Constituição que traz em seu âmago valores democráticos, sociais e progressistas.

Como já visto anteriormente temos que Ética, enquanto ciência, possui diversos significados, mas a entendemos como uma ciência comportamental que analisa um conglomerado de valores comportamentais humanos visando uma conduta satisfatória ou boa.

Sendo qualquer norma carregada de valores humanos, é imperioso destacar a influência ética na formação jurídica pós 1988, em um país de altos contrastes, valendo ressaltar o entendimento de Bittar (2017, p. 574):

(..) o Brasil é, ao mesmo tempo, uma nação que possui uma Constituição avançada – a qual impede qualquer forma de discriminação –, mas pratica um preconceito silencioso e perverso. O fato é que, no país, o moderno convive com o arcaico; o tradicional com o cosmopolita; o urbano com o rural; o exótico com o civilizado – e um persiste no outro”

Neste sentido, como a ética atuaria em conformidade com o direito em um país com essas características? Apesar de excêntrica, a resposta está na qualidade essencial das leis éticas que expressam o intuito de se obter uma conduta constante no plano cultural (mundo do dever-ser). Sendo imperativas e indicativas. “Ela é uma indicação de caminho, e não o relato do caminho percorrido. (ALMEIDA e CHRISTMANN. Pg. 18)

Nessa lógica de ser e dever-ser, o Brasil enquanto sociedade pretende alcançar todos os mais nobres objetivos fundamentais previstos em nossa carta magna, contudo não é o quadro que observamos na realidade cotidiana e apesar

de ser um problema estrutural, nossa nação traçou objetivos fundados em diversos preceitos éticos de extrema relevância.

Neste sentido, destaca-se a forte a influência do Cristianismo sobre o direito brasileiro, que mesmo atualmente orientou as formulações éticas e exerceu nítida influência sobre outras éticas não cristãs. Não há quem possa recusar valia ao pensamento de Santo Agostinho, de Santo Tomás de Aquino, de Teilhard de Chardin e no Brasil, o pensamento de Gustavo Corção, Alceu Amoroso Lima, D. Hélder Câmara, Frei Beto, dentre muitos outros, evidencia a contribuição cristã para o redesenho do convívio social e jurídico, afinal é inconcebível a dissociação entre norma e sociedade. (NALINE pg. 79).

Desse modo, tem-se que Moral e Direito possuem aspectos em comum: ambos são regras de conduta e comportamento; têm por escopo o bem-estar dos indivíduos. Mas divergem em alguns pontos: o campo da Moral é mais amplo (a frase supra de Paulo bem ressalta isto); o Direito tem coação e a Moral é incoercível. Ainda as diferenças: o Direito objetiva evitar que se prejudique ou lese a outrem, e a Moral visa à abstenção do mal e prática do bem. (PAES 1997, p. 35-36).

2.2 Ética na Constituição Brasileira de 1988

A princípio torna-se fundamental entender o que é Constituição, em decorrência de sua vasta carga de concepções para diversos autores e variações em razão do contexto estabelecido.

Sob esse prisma, no plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é a multiplicação entre o iluminismo e o jusnaturalismo racionalista com triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja

existência e validade independem de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento, de paixão e conveniência, entre o poder econômico – que já havia sido conquistado pela burguesia – e o poder político. (BARROSO, P. 91)

No contexto sociológico, Ferdinand Lassalle sustentou que Constituição seria o produto da soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade e a correspondência entre a Constituição real e a escrita seria situação ideal, em decorrência do ordenamento jurídico ser compatível com a realidade que ela pretende normatizar. Deste modo, para Ferdinand Lassalle, só é, pois, eficaz aquela Constituição que corresponda aos valores presentes na sociedade, algo completamente divergente do vivenciado na sociedade brasileira. (MASSON, 2019, pg.29)

Ademais, Ferdinand Lassalle elucida essa situação por meio de uma interessante metáfora:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu Tronco um papel que diga: "Esta árvore é uma figueira". Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse fruto, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos (FERDINAND, 2009, p. 21)

Sob o viés político, diferente do social apresentado por Lassalle, pouco interessa se a Constituição corresponde ou não aos fatores reais de poder, o importante é que ela se apresente enquanto o produto de uma decisão de vontade que se impõe, que ela resulte de uma decisão política fundamental oriunda de um

Poder Constituinte capaz de criar uma existência política concreta, tendo por base uma normatividade escolhida. (MASSON, 2019, p.30)

Por outro lado, Constituição *lato sensu*, isto é, em sentido amplo, é o ato de firmar; ou se compor algo. Contudo, de maneira jurídica, é imperioso compreender Carta Magna como lei essencial e máxima de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado de maneira ampla. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas (MORAES, 2019, p.06).

De maneira diversa gostaria de ressaltar o entendimento de Virgílio de Jesus Miranda Carvalho acerca de constituição:

melhor se definirá a Constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo-jurídico específico (neste sentido, total – e não apenas tendencialmente – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade”. (CARVALHO, 1982, p. 13)

Estabelecido algumas das diversas concepções acerca de constituição, destaca-se que este pacto fundante não é um singelo conjunto de regras jurídicas, conquanto núcleo ético, histórico, econômico, político e social, condensado pelo poder constituinte, em determinado momento. Na feliz expressão do Ministro Carlos Ayres Britto, a Constituição é "fonte, bússola e ímã". Há constituições, como a italiana, que dedicam um título inteiro às relações ético-sociais. (NALINE 2009, p. 126)

Quando se trata da atual Constituição brasileira, é imperioso ressaltar sua significativa evolução ao enunciar o princípio da moralidade como um dos pilares da administração pública. Desse modo, a Constituição Brasileira de 1988 ostenta uma singularidade que é manancial profundo de extração de consequências éticas. É uma Carta de Princípios. E essa dualidade temática, tão bem analisada pelo Ministro Carlos Ayres Britto sob a rubrica de princípios/regras e princípios-preceitos, confere uma dimensão ética insuperável para o pacto fundante. É que "as normas que veiculam princípios desfrutam de maior envergadura sistêmica. Elas enlaçam a si outras normas e passam a cumprir um papel de ímã e de norte, a um só tempo, no interior da própria Constituição (BRITTO, p. 166).

Infere-se convergentemente a esse raciocínio que as mensagens normativas éticas do constituinte estão a produzir efeito desde sua promulgação e presentes em todas as emendas apresentadas, afinal se "o raciocínio jurídico estivesse apartado, de uma vez por todas, da ética, estaríamos diante de apenas um pedaço de papel sem valor, sendo nesse sentido a Constituição de 1988 totalmente esvaziada de seu sentido ético, resultado da separação radical entre Moral e Direito no positivismo jurídico, afinal não foi essa a vontade do poder constituinte originário, explicitada num pacto eminentemente ético e principiológico, cujo conteúdo moral subsiste, a despeito de todas as emendas, afora as de revisão, e sob ameaça de vindouras mutilações em seu âmago. (NALINE 2009, p. 130).

2.3 Ética no Código Penal Brasileiro

Diante dessa hierarquia de normas estabelecido pelo constitucionalismo, a Constituição brasileira traça e fixa a forma de Estado e objetivos do país enquanto nação, sendo em suma, definido como um Estado Social Democrático de Direito. Nesse contexto conflitante e integrante de normas, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini delimitam o seguinte:

O Direito Penal embute em si um dramático conflito de direitos fundamentais. De um lado, a liberdade e a segurança jurídica

constituem direitos individuais fundamentais (direitos que protegem o cidadão contra o abuso do poder do Estado, caput do art. 5º da Constituição). De outro lado, a segurança pública constitui um direito social fundamental (direitos que devem ser garantidos ao cidadão pelo Estado – caput do art. 6º da Constituição Federal). Não causa surpresa, portanto, que esse ramo do direito, localizado no ponto de tensão entre duas forças aparentemente antagônicas e sujeito a constantes abalos sísmicos tenha que ser construído sobre uma extensa e sólida base de princípios constitucionais que delineiam seus contornos e limites, conferindo-lhe racionalidade e estabilidade. (JUNQUEIRA & VANZOLINI, 2020, p. 32).

Diante do fato de sermos uma sociedade dirigida por uma Constituição essencialmente composta por uma ética progressista, essas concepções morais e principiológicas recaem em todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, entre eles o do Direito Penal. Entretanto antes de adentrar a relação moral inserido em nosso direito criminal é imperioso definir o que se entende por Direito Criminal ou Penal.

Desde o início dos tempos, a humanidade violou regras de convivência, e em decorrência dessas ações sempre sofreu consequências, no início da sociedade com aplicação de uma punição desumana. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem pois acreditava-se que a ira dos deuses abrangeria todo o grupo e não apenas um indivíduo, aplicava-se a sanção como ira dos deuses, que em muitos casos encontravam-se na própria figura do governante como no antigo Egito.

Nesse contexto histórico, o vínculo entre os membros de um dado grupo era dado pelo totem, que, na visão de PESSAGNO e BERNARDI, “era um animal, uma força sobrenatural (ou uma planta, mas, preferencialmente, um animal) e se considerava vinculado, de modo particular, aos indivíduos integrantes de uma tribo, uma família, uma casta ou um setor da comunidade, que poderiam, ou não, ser transmitidos hereditariamente, quando individualizados. Isto porque, ao lado dos totens individuais, existiam os de grupo, de membros da comunidade, do clã a

estabelecer-se entre eles uma hierarquia e graduação, na relação totêmica, instituiu-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (proibição sagrada, ligada às religiões primitivas). (NUCCI, 2020, p. 30)

A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião – como explica PIERANGELI, o vocábulo vem de talis, expressão de origem latina, cujo significado é que a sanção deve ser tal qual o atentado ou o dano provocado, implicando o olho por olho, dente por dente⁴ –, acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Para CARNELUTTI, o talião ainda não foi afastado dos sistemas penais atuais. Onde se tem prevista a pena de morte, geralmente ela é aplicada aos crimes mais graves, como o homicídio. Está-se, então, diante do talião nos tempos modernos. É o que se pode constatar no sistema jurídico-penal norte-americano. O homicídio, cometido por meio cruel, pode acarretar a pena de morte. (NUCCI, 2020, p. 30)

2.3.1 Direito Penal Romano

A história do Direito Romano ao longa da história divide-se em 22 séculos (de 753 a.C. a 1453 d.C.) de grandes transformações. Contudo em atenção a matéria penal, o poder dos magistrados, intitulado coercitivo, era totalmente discricionário e limitado apenas pela apelação ao povo (provocatio ad populum), direito exclusivo do cidadão romano. Portanto, dele não se podiam valer as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Por força da possibilidade de apelação ao povo, mesmo não existindo o princípio da reserva legal, as decisões passaram a se revestir de fundamentação, proporcionando maior segurança jurídica aos cidadãos romanos.

Sob esse prisma, cabe ressaltar a legislação vigente no direito romano, com destaque elaboração da Lei das XII Tábuas foi fundamental para a evolução do

Direito Romano, já que disciplinou a utilização da vingança privada. Com o passar do tempo a administração da justiça foi transferida do particular para um poder estatal central. De igual modo, o Direito Romano passou por um período de laicização, deixando a lei de ser uma mensagem dos deuses. Prescrevia a Lei das XII Tábuas: “O que os sufrágios do povo ordenaram em último lugar, essa é a lei”. Em toda a sua existência, o Império Romano teve como prioridade a busca pelo poder e pela prosperidade. Por tal motivo, não se ateu à proteção dos direitos fundamentais em face do arbítrio estatal. O que se garantia eram os direitos das classes privilegiadas, como os imperadores e patrícios. Somente com o Cristianismo houve maior percepção da importância pelo respeito aos direitos fundamentais do homem, que passou a ser concebido como imagem e semelhança (MASSON, 2019,).

2.3.2 Direito Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro, ainda hoje é o mesmo de 1940 do período Vargas, com inúmeras modificações pontuais até os dias atuais, cuidando da Parte Geral. Várias outras introduziram figuras típicas incriminadoras inéditas, bem como revogaram outras, consideradas antiquadas. Por certo, o Código ainda carece de uma revisão geral, conferindo-se lógica e adotando-se uma linha sistemática de normas, o que se torna impossível quando as alterações são feitas pontualmente, de maneira estabancada. De todo modo, o atual Código tem natureza eclética, adotando preceitos da escola clássica e outros da escola positiva. (NUCCI, 2020, p. 55).

A princípio, de forma conservadora, demita-se o Direito penal como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados social e moralmente intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como as penas ou as medidas de segurança.

Porém, a partir dessa definição surgem alguns questionamentos relevantes, por exemplo: quais comportamentos devem ser penalizados; quem possui legitimidade para decidir o que são boas ou más condutas; como o Estado deve reprimir tais condutas; e por fim as benesses obtidas com esta repressão. As indagações, por obvio, dúvidas sempre existirão, principalmente, em razão do caráter político-social do Direito Penal.

Com isso, torna-se imperioso destacar duas posturas ideológicas a respeito do Direito penal: o conhecido discurso abolicionista de que o crime deve ser afastado simplesmente, posto que é fonte de desigualdade – e o discurso de lei e ordem – segundo o qual só um Direito penal inclemente é capaz de dar a almejada segurança à sociedade. Entretanto, é forçoso destacar a utilidade das duas posturas: somente conhecendo os extremos é possível saber precisamente onde está o meio e nele, a virtude. A ideologização do Direito penal parece ser a marca de sua perda de cientificidade. Conquanto seja sabido que o Direito penal é certamente a parte mais política do Direito e, portanto, seja exigível uma postura e uma consciência política a seu respeito e a respeito de suas consequências, uma eventual subordinação ideológica completa, como parecem adotar as duas posturas criticadas, põe a perder por completo o interesse de estudo a respeito do objeto do Direito penal, eis que fere de morte a pretensão de que este obedeça a alguma lógica. (BUSATO, 2020, p. 01)

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição etc.), ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade

cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários. (BUSATO, 2020, p. 01)

Sob esse prisma, torna-se evidente a importância do enfoque moral sobre as normas jurídicas penais. Ressalta-se, nesse sentido, consagrar o princípio da legalidade ou da reserva legal, nossa carta magna consagra uma garantia fundamental a todos em seu art. 5º, inciso XXXIX que prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, estando este princípio, a serviço do Estado de Direito, da isonomia e da segurança jurídica em seu aspecto formal, e também, em seu aspecto substancial, servindo ao Princípio Democrático sempre em defesa de bens dignos de uma proteção com tal magnitude".(NALINE 2009, pg. 130).

CAPÍTULO III – ÉTICA PÓS MODERNA, LEGISLAÇÃO E SOCIEDADE

É de categórica importância, elucidar a forma como a ética pós-moderna influencia a legislação e a sociedade contemporânea.

3.1 - O Reconhecimento da Ética Pós-Moderna e sua inserção ao Direito Penal brasileiro

Entender o contexto precípua o qual originou a terminologia “pós-modernidade” é de extrema relevância, tendo em vista tratar-se de algo surpreendentemente recente e controverso no mundo das ciências humanas.

Nesse sentido, “Pós-modernismo”, como termo e ideia, supõe o uso corrente de “modernismo”. Contudo, diferentemente de outros movimentos que tiveram seu surgimento nos grandes centros europeus, a concepção de modernismo surge na América hispânica. Deve-se a criação da expressão “modernismo” a um poeta nicaraguense, Rubén Darío. De igual modo, a alcunha da expressão “pós-modernismo” sobreveio pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra ou nos Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Federico de Onís, quem imprimiu o termo postmodernismo. Sendo utilizada para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo. (ANDERSON, 2013, p. 09)

Ante o exposto de Anderson Perry, fica evidente que ocorreu uma descentralização do pensamento tido como “intelectual” que ficara concentrado na Europa nos últimos séculos, ocorrendo um expansionismo de vertentes filosóficas, por todo mundo globalizado, fato este que foi bastante impulsionado pela revolução tecnológica e de informação.

Entretanto, apesar da descentralização europeia e americana de produção intelectual, a verdadeira teorização do tema começou após a década de 70 justamente nos EUA. Nesse interim, cabe destacar o pensamento de Lyotard, o qual inferia que a chegada da pós-modernidade se ligava ao surgimento de uma sociedade pós-industrial na qual o conhecimento tornara-se a principal força econômica de produção numa corrente desviada dos Estados nacionais, superando os grandes mitos justificadores da modernidade sendo um traço definidor da condição pós-moderna, a perda da credibilidade dessas metanarrativas. (ANDERSON, 2013, p. 31)

Sendo assim, ressalta-se que a visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas, isto é, eles são sustentados pelos hábitos e crenças de uma “comunidade de significados” e não admitem outros testes de legitimidade. (BAUMAN, 2012, p. 18)

Ante o exposto, em suma, seguindo o pensamento de Lyotard e Bauman, pensar a pós-modernidade é pensar em um momento de pós industrialização, sendo a informação e o conhecimento o bem mais valioso de qualquer sociedade, somado a concepções éticas individualistas e de extremo relativismo em razão da descrença nos modelos modernos racionais e científicos.

Nestes termos, trazer realidade de uma ética pós-moderna brasileira em conjunto com a legislação pátria não é tarefa fácil, tendo em vista condições históricas pré modernas presentes em todo o território nacional como, (fome , ausência de saneamento básico e inaccessos à direitos sociais), ao passo em que boa parte da sociedade vive sob ditames pós-modernos (jornadas de trabalho desregulamentadas, informatização e vida virtual, doenças decorrentes do estresse, consumismo desenfreado, individualismo exacerbado, fragmentação da experiência, deslimite de tempo). (BITTAR, 2014, p. 173)

Desse modo, tem-se que o capitalismo como modelo econômico vigente na sociedade pós-moderna, ocasiona situações de extremos em nossa sociedade, ao passo que o legislador deve-se preocupar com questões de dignidade humana simples e questões como o crime organizado e inclusive sua internacionalização.

Sobre esta narrativa, cumpre destacar as palavras de Bittar sobre esse ponto da discussão: (BITTAR, 2014, p. 184)

Todo o gigantismo destas distorções assusta qualquer lucidez racional que se possa ter diante da necessidade de pensar soluções possíveis para o enfrentamento da crise, que não é só jurídica, mas que possui fortes raízes socioeconômicas e políticas, sobretudo em tempos de políticas neoliberais.²⁰ Nesse contexto, toda a dimensão

do que se pensa e do que se fala se torna muito dificilmente aceitável, na medida em que as propostas se veem esvanecer por problemas orçamentários sempre restritivos das ideias mais bem-intencionadas para a solução dessas distorções. Fica até mesmo difícil divisar o que é causa e o que é efeito, nesse emaranhado forte de problemas sociais. Essa confusão vem acentuada ainda mais pela dimensão da ocorrência das crises (social, política, econômica, funcional...) que afetam diversas dimensões da vida social, o que torna a realidade vivida em sociedade ainda mais complexa, a ponto de comprometer qualquer diagnóstico sobre a noção de crise

Diante disso, apesar das dificuldades estruturais vivenciadas no Brasil, o legislador tenta propor soluções para alguns problemas, especialmente no que tange ao direito penal, em razão da crescente onda de violência que vitimou milhares de brasileiros nas últimas décadas.

Um desses instrumentos criados pelo legislador pátrio foi o Acordo de Não Persecução Penal, positivado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, in verbis:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente

De maneira mais abrangente, o acordo de não persecução não é em si uma inovação total no sistema processual penal brasileiro. Mais adequado seria categorizá-lo como uma nova roupagem à transação penal (art. 76, da Lei 9.099/95) não se confundindo com a *plea bargain* disposta na norma americana a qual implicaria também consequências penais para quem aceita, incluindo a possibilidade de aplicação de pena de prisão e de registro de histórico criminal. Entretanto, ao exigir a confissão, a lei impõe à pessoa acusada dispor do devido processo legal, além de, dado o peso probatório que os juízes e as juízas atribuem à autoatribuição da culpa, ter sido muitas vezes premiada a produzir prova contra si mesma. O

exemplo de uma situação como essa não poderia ser mais factível. (MENDES, SORAIA DA ROSA, 2020, p. 64)

Como bem pontuado pelos autores Mendes e Soraia da Rosa, o acordo não traz nada de novo ao ordenamento jurídico, sendo claramente uma inspiração tupiniquim ao *plea bargain* americano, demonstrando assim a influência do pós-modernismo ao passo que o direito se internacionaliza de maneira muito mais fácil do que nos séculos anteriores.

No mesmo sentido, é relevante destacar a legítima defesa de agentes de segurança pública inseridos em nosso ordenamento pela mesma norma supracitada que dispõe o seguinte:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ironicamente o Brasil possui a polícia que mais morre e a que mais mata no mundo, ressaltando que a cada 84 minutos, uma pessoa é morta pela polícia. No mesmo sentido, o ato de diferenciar-se a agentes de segurança pública para os fins de exclusão da ilicitude e legítima defesa cria condição especial para o contínuo genocídio que mata jovens, pobres e negros e negras em nosso país, induz a uma compreensão diversa, que, na sua pior versão, conferindo licença para matar e transplantar para a legítima defesa a lógica do direito de guerra. (MENDES, SORAIA DA ROSA, 2020, p. 4)

3.2 – Pós-Modernidade no poder judiciário.

A princípio, torna-se fundamental destacar a teoria dos freios e contrapesos, em conjunto com a tripartição de poderes de John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), para entendermos a idealização do poder judiciário brasileiro, isto é, como deveria ser e sua execução hordie em conjunto com os demais poderes.

Sob esse prisma, na teoria da Tripartição dos poderes o Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser, em tese, autônomas e complementares, nos moldes positivados por nossa Constituição, mais especificamente em seu artigo 2º, in verbis: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Nesse viés, fica evidente a divisão do governo brasileiro, com atribuições inerentes a cada um dos respectivos poderes constitucionais, tendo nossa carta magna reservado competências exclusivas a cada um dos poderes.

Acerca do assunto, Ana Paula de Barcellos traz uma importante lição sobre o princípio da separação dos poderes:

A separação de poderes é, a rigor, um princípio, de modo que pode ser descrita como tendo um núcleo de sentido e uma área não nuclear, que admite desenvolvimentos diversos. Na realidade, se os tribunais, na sua atividade cotidiana de interpretação da Constituição, se veem na contingência de efetuar ponderações envolvendo o princípio da separação de Poderes – reconhecendo que não se trata da imposição de um figurino inflexível – não seria legítimo impedir categoricamente que o poder constituinte derivado faça o mesmo. Inconcebível seria negar a mesma possibilidade aos mecanismos institucionais de reforma enfeixados no poder constituinte derivado, sob pena de grave esvaziamento do princípio democrático. (BARCELLOS, 2020, p. 309)

Quanto a essa ideia, é mais do que límpido o raciocínio de que a separação dos poderes, visa um governo moderado pela divisão e repartição do poder. Contudo alguns críticos insistem que, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica, para alguns parece preferível a classificação de Georges Burdeau que encontra guarita no grau de intensidade do poder estatal manifestado. (FERREIRA FILHO, 2020, p. 117).

Por outro lado, diferentemente do exposto de divisão e harmonia entre os poderes, hoje o poder judiciário pátrio, por meio de suas decisões que em diversas ocasiões fogem sua competência, pode-se afirmar seguramente, o incremento do ativismo judicial no Brasil, visto que emanadas do órgão de cúpula de nosso Poder Judiciário, o qual, pela influência exercida sobre juízes e tribunais inferiores e pelos instrumentos de jurisdição de que dispõe, se converteu em polo irradiador dessa insidiosa disfunção. (RAMOS, 2015, p. 283).

Nesse contexto, quanto ao direito penal, atuando com ativismo, o STF enquadrou a homofobia, isto é, preconceito contra homossexuais como equiparado aos crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa por parte do poder legislativo.

Realmente, não há mais espaço em nossa sociedade para o preconceito sexual, sendo a decisão algo positivo, em tese para assegurar à dignidade da pessoa humana para esses grupos minoritários, que não raro são vítimas de violência social.

Entretanto, apesar da boa vontade do poder judiciário, o mesmo carece principalmente de legitimidade para criminalizar tal conduta, para Ricardo Lewandowski, um julgamento nesse sentido, atenta contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos (STF, 2019).

Assim, mais do que caracterizado encontra-se a Ética pós-moderna no poder judiciário brasileiro, em especial no STF, que parece ter abandonado completamente o positivismo jurídico, modelo este de origem moderna, que continua a ser o modelo teórico mais adequado à compreensão conformadora de ordenamentos de perfil democrático, conquanto as decisões do poder judiciário sejam justificadas, em nenhum momento são legítimas, porquanto não cabe ao poder judiciário legislar (RAMOS, 2015, p. 321).

Diante do exposto, é perceptível o quanto a ética pós-moderna tornou o poder judiciário brasileiro, cada vez mais ideológico e politizado, em contrapartida dos preceitos modernos de ciência e razão, que denotam a qualidade técnica do poder judiciário.

Por fim, a fuga do moderno e de racionalidade por parte do poder judiciário, apenas acabam por chamar uma atenção indesejada, sendo importante destacar que o poder judiciário não pode cair na armadilha do ativismo judicial e em seu decisionismo judicializante da política como intervenção imprópria, prepotente e tanática fatora da monstruosa mentira que Tolstoi dramaticamente descreve e que afronta a dinâmica interdependente dos Poderes, torna-se cada vez mais difícil ser negado o caráter político, construtivo e criativo da atuação jurisdicional da magistratura, o que estimula o debate em torno das questões da responsabilidade dos juízes e do controle do judiciário, assim como do processo de formação e das formas de recrutamento dos juízes (APOSTOLOVA, 1996, p. 133-134).

3.3 – Pós modernidade e Direito Penal

Este último capítulo foi pensado com o objetivo de entender a dinâmica e ocorrência do Direito Penal na pós-modernidade. Afinal, em uma sociedade pós-moderna com tantas informações e diferenças sociais, culturais e étnicas, a ocorrência de pressão social para que o Estado elabore leis como resposta aos problemas crônicos das sociedades capitalistas é mais do que esperado.

Nesse contexto, o homem pós-moderno instruído por essa mecânica, na pós-moderna do capitalismo globalizado, tem-se que, o espaço do comum é transformado em um verdadeiro campo de guerra, senão a “suave” batalha do mercado (losers/winners). O cidadão médio e normal é visto como um partícipe desse estado de natureza hobbesiano instalado no interior da sociedade contemporânea. Uma sociedade fomentada ao exercício dessa forma de entendimento humano é uma sociedade do medo, da insegurança, da desconfiança, e, por isso, necessariamente instável, injusta, e, reativamente, violenta (BITTAR, 2014, p. 208)

Sob esse prisma, tendo em vista que o medo, é um dos sentimentos fundamentais tanto para o direito penal como para a sobrevivência na sociedade pós-moderna, extrai-se que sem dúvidas o direito penal é um dos ramos do direito mais influenciado em todo esse processo revolucionário de sociedade que estamos vivenciando.

Assim, nesse contexto de constante medo em que vivemos, faz-se imperioso que os direitos adquiridos durante os séculos sejam cristalizados e transpostos para uma fronteira ultraestatal, destacando que a figura do Estado personificado é claramente falaciosa e ilusória. Em realidade, Estado é convenção, é aceitação mútua de interesses por e para as pessoas. Isso porque, é necessário reconhecer a inexistência de um jus puniendi supremo, porquanto não existe um direito de punir, posto que não é o Estado quem exige nada para si, mas sim os próprios indivíduos que exigem como direito seu que, o Estado empregue mecanismos de controle social do Direito penal (BUSATO, 2020, p. 13).

Conforme elucidado acima o objetivo principal do Direito Penal é satisfazer o desejo do cidadão para que haja “controle social”. Entretanto, com a pós-modernidade e a expansão das mídias de informações, o Direito Penal torna-se

cada vez mais um espetáculo, com condenações sem julgamentos e juízes sem diplomas.

Nesse sentido, cabe destacar o pensamento do pensador espanhol Jesús María Silva Sánchez que explica o seguinte:

O direito penal se expande tanto no direito nacional como internacional, o fato de que as sociedades pós-industriais têm se desenvolvido como sociedade do medo, nas quais a percepção subjetiva de insegurança é superior às situações objetivas de perigo, para isso contribuem os meios de comunicação modernos infotainment, que sugere ao espectador que ele se encontra efetivamente indefeso diante das atrocidades causadas por uma criminalidade que, contrariamente ao sugerido, não está em constante crescimento segundo o que demonstram estudos de caráter objetivo. Esta necessidade de segurança deriva de uma condescendente política populista que instrumentaliza o Direito Penal, manipulando-o. Por sua vez a sociedade se tornou ostensivamente adversa ao risco. Enquanto na fase do auge da industrialização proporcionou a estrutura de exclusão da imputação conhecida como “risco permitido”, hoje em dia predominam facções passivas da sociedade que não desejam sacrificar-se para estar à mercê” (Silva Sánchez, 2013, p. 202)

Diante disso, fica evidente o quanto o direito penal é influenciado por um medo muitas vezes artificial nas sociedades pós-modernas, sendo este medo, usado como combustível político e de aparelhamento do direito penal. Ademais, destaca-se o monopólio bem-sucedido dos meios de violência por parte das sociedades atuais, os quais repousam sobre a manutenção secular de novos códigos de lei criminal (GIDDENS, 1991, p.56)

Por fim, destaca-se que o criminoso sempre foi considerado inimigo social ao longo dos tempos, não sendo a sociedade moderna a implementar esta prática. Contudo, o direito penal brasileiro, apensar de desqualificar o indivíduo condenado como cidadão, à dignidade da pessoa humana prevista em nossa constituição apesar de parte considerável da sociedade legitimar o abuso na repressão contra o

crime, como os maus-tratos, o tratamento desumano e degradante e a tortura, fatores estes totalmente contrários à ideia de humanidade. (NALINE, p. 133).

Sendo assim, o homem nunca esteve tão desenvolvido e atrasado ao mesmo tempo, um paradoxo inexorável presente na sociedade brasileira pós-moderna.

CONCLUSÃO

A Ética Pós-Moderna traz consigo uma série de valores que são ao mesmo tempo integradoras e conflitantes em todos os setores sociais. No direito brasileiro, especificamente no direito penal, não seria diferente, tendo vista que o jus puniendi monopolizado pelo poder estatal, além de objetivar a proteção de bens jurídicos essenciais, neste momento histórico é revestido de medo e insegurança provenientes de um abismo social cada vez maior nas sociedades capitalistas.

O trabalho delineou toda a questão histórica de evolução da ética e sua alteridade no decorrer dos séculos, assim como sua inserção dentro do ordenamento jurídico pátrio constitucional e penal, além das questões morais e políticas inerentes a esses setores, destacando os problemas decorrentes à essa inserção, afinal o que estamos vivenciando é algo completamente novo, jamais visto em outra época na história da humanidade.

Não obstante, tem-se que somada a toda essa questão nebulosa, não poderíamos deixar de mencionar a famosa ineficácia do sistema brasileiro, não apenas no que concerne ao jurídico, mas toda a infraestrutura nacional, bem como a cultura, fazendo com que o Brasil seja, uma nação com realidades paralelas, vivendo-se a pós modernidade em alguns locais e em outros a idade das trevas.

No mesmo sentido, assim como outras éticas influenciaram sociedades a se transformarem, a Ética Pós-moderna trouxe consigo um individualismo exacerbado, em antagonismo com a noção de bem comum que esta intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, o que por si só acaba por gerar consequências terríveis no âmbito do direito penal, com penas completamente desproporcionais.

Somado a isso, outra questão é a vertente criminalidade gerada por uma sociedade globalista de consumo, associada à uma monstruosa tecnologia de desinformação, o que acaba por afetar a maneira como o homem enxerga o sentido

da vida social, pregando por vezes uma justiça privada, em contrapartida da justiça estatal.

Por fim, evidente pois as diversas influências acarretadas pela ética pós-moderna no direito penal, sendo algumas positivas e outras negativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis **Ética e direito : uma perspectiva integrada** / Guilherme Assis de Almeida, Martha Ochsenhofer Christmann. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2009Pg. 18

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 208 Barcellos, Ana Paula de Curso de Direito Constitucional / Ana Paula de Barcellos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna** / Zygmunt Bauman ; tradução João Rezende Costa . - São Paulo :Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes Sobre modernidade**, pós-modernidade e intelectuais, , Editora Zahar, tradução:Renato Aguiar, 2012

BAUMAN, Z. **O mal estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**, Editora Zahar, Tradução: Mauro Gama Cláudia Martinelli Gama, 2012

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso De Ética Jurídica - Ética Geral E Profissional - 14ª Ed.** 2018

BITTAR, **História do direito brasileiro** / organizador Eduardo C. B. Bittar. – 4. ed. rev, modif. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade** / Eduardo C. B. Bittar. – 3. ed. modificada e atualizada – São Paulo: Atlas, 2014.

BORGES, M. L.; DALL'AGNOL, D.; DUTRA, D. V. **Tudo o que você precisa saber sobre Ética**. 2002. Disponível em: . Acesso em: 21 maio 2020.]

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado De Injunção 4.733 Distrito Federal. impte associação brasileira de gays e transgêneros – abglt lésbicas,relator min. edson fachin,

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de janeiro: Forense, 2003.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**, volume 1 / Paulo César Busato. – 5. ed. – são paulo: Atlas, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal** / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. **Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 13

GOMES, Tiago da Silva. **O “pensamento fraco” como característica emblemática da pós-modernidade**. Pensamento extemporâneo, Mariana, 2009. Disponível em: <<http://pensamentoextemporaneo.wordpress.com/2009/10/24/o-%E2%80%9Cpensamento-fraco%E2%80%9D-como-caracteristica-emblematica-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 31 maio 2020.

EAGLETON, Terry. **As Ilusões do Pós-Modernismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998

FERDINAND, Lassalle. **A Essência da Constituição**. 91 ed. Brasília: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 41. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade** /Anthony Giddens; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991. -(Biblioteca básica)

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A Expansão Do Direito Penal**, Aspectos Da Política Criminal Nas Sociedades Pós Industriais. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2013.

JORGE FORBES, Miguel Reale Júnior, Tercio Sampaio Ferraz Junior (orgs.) **A invenção do futuro : um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade** – Barueri, SP : Manole, 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo ; Vanzolini, Patricia Manual de direito penal – parte geral / Gustavo Junqueira; Patricia Vanzolini – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 808 p.

KANT, immanuel, 1724-1804 **Fundamentação da metafísica dos costumes**. - **(Textos filosóficos ; 2ª edição**, tradução de Paulo Quintela

LOPES, M. O Animal Político: **Estudos Sobre a Justiça e Virtude em Aristóteles**. São Paulo: Singular, 2008.

LYOTARD, Jean-François 1974 **A condição pós-moderna** / Jean-François Lyotard; tradução: Ricardo Corrêa Barbosa; posfácio: Silvano Santiago - 12a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MAFFESOLI, Michel, 1944- **A ordem das coisas: pensar a pós-modernidade**/Michel Maffesoli; tradução Abner Chiquieri; revisão técnica Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARSELHA, Joel Santos. **Nilismo: o alicerce da pós-modernidade?** Disponível em: < <https://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=1514>> Acesso em: 30 maio 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – vol. 1 Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MASSON, Nathalia, **Manual De Direito Constitucional** - 7ª Ed. 2019. Juspodivm.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Ética – Ética empírica**. Ética de bens. Ética formal. Ética valorativa, 18ª, México, Porrúa, 1970

MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019** / Soraia da Rosa Mendes, Ana Maria Martínez. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre. de **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 35. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional** I José Renato Nalini. – 2ª. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional** I José Renato Nalini. – 7ª. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do código penal / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAES, P. R. Tavares. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. Trad. Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 192.

Perry Anderson **AS ORIGENS DA PÓS-MODERNIDADE**, Editora Zahar Ltda, Tradução: Marcus Penchel 2013

PICANÇO, Monika. Redescobrimo o ser ético 1ª ed. 2009 Edição da autora

RAMOS, Elival da Silva **Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos** / Elival da

Silva Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

SALATIEL, José Renato. **Filosofia pós-moderna** - Jean-François Lyotard - **O fim das metanarrativas.** Disponível em:<<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-pos-moderna---jean-francois-lyotard-o-fim-das-metanarrativas.htm>> Acesso em: 30 maio 2020.

SERRA, António Truyol y. **História da filosofia do direito e do estado.** 7. ed. Madrid: Alianza, 1982. V. I; 1990. V. 2.

SOLIDARIA, formação. **ÉTICA ARISTOTÉLICA.** Disponível em: <<https://www.formacaosolidaria.org.br/2013/06/03/etica-aristotelica/>> Acesso em: 02 junho 2020.

VATTIMO, Giovanni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. [1985]