

CRÍTICA DAS RESPOSTAS REDUCIONISTAS DO DIREITO PENAL ÀS QUESTÕES COMPLEXAS DA SOCIEDADE

CRITICISM OF REDUCTIONIST RESPONSES OF CRIMINAL LAW TO THE COMPLEX ISSUES OF SOCIETY

Gabriela Souza Cezimbra¹

Jaci Rene Costa Garcia²

RESUMO

A partir da Teoria dos Sistemas é possível demonstrar que em situações sociais complexas a resposta exclusivamente jurídica não atende aos objetivos previamente dados. A criminalização das condutas, como forma de resposta imediata a uma sensação de medo da sociedade só tem aumentado o problema, inscrevendo a questão em um grande círculo vicioso, onde pouco se observa a complexidade social e o contexto do crime como um todo, buscando respostas imediatas e que têm se revelado pouco efetivas. No decorrer da pesquisa relacionam-se teoria e prática na busca de indicativos que envolvem a questão de se o direito penal está sendo suficiente para tratar as questões complexas da sociedade e quais as perspectivas apontadas pela matriz sistêmica. Adverte-se, por fim, que a pesquisa apenas tem por objetivo aclarar alguns aspectos que a teoria tradicional, de cunho racionalista, não permite que se perceba em toda sua completude, cooperando para que sejam produzidas novas respostas a partir de novos diagnósticos.

Palavras-chave: Teoria Sistêmica; Complexidade; Direito Penal.

ABSTRACT

From systems theory it can be shown that in complex social situations only legal response does not meet the objectives previously data. The criminalization of conduct, as an immediate response to a sense of fear of society has only increased the problem by putting the issue in a large vicious circle, where we little notes the complexity and social context of crime as a whole, looking for immediate answers that have proved ineffective. During the research was related theory and practice in the search for indications involving the question of whether criminal law is sufficient to address the complex issues of society and what are the perspectives identified by systemic matrix. They are cautioned, finally, that the research only aims to clarify some aspects of the traditional theory, of rational nature, does not allow it to be perceived in all its completeness, cooperating for new responses that are produced from new diagnostics.

Keywords: Systems Theory; Complexity; Criminal Law.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (Unifra). E-mail: gabycezimbra@hotmail.com

² Advogado, Professor do Curso de Direito da Unifra, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: garcia@garcias.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Na constante procura do controle da criminalidade brasileira, o Estado direciona sua atuação na ampliação da lei criminal, bem como no agravamento da pena naquelas condutas já tipificadas. Esse processo desenfreado vem acarretando o fenômeno denominado de ‘inflação legislativa’. Esse fenômeno, decorrente da exclusividade da lei no combate à criminalidade, desvirtua e desconfigura o Direito Penal, que passa a ser o remédio, muitas vezes ineficaz, para todos os males sociais.

Envolvendo a ampla temática da solução dos problemas sociais a partir de respostas produzidas no interior do sistema Direito, em especial do Direito Penal, com a tipificação das condutas, o trabalho fica delimitado à análise crítica da questão possibilitada pela teoria sistêmica.

Nesse sentido, optou-se por utilizar como marco teórico a teoria dos sistemas de Luhmann, por considerar que o modelo sistêmico é capaz de permitir ponderações que não excluam as complexidades e as contingências da sociedade, permitindo-se que sejam realizadas inferências plausíveis a partir do cotejo entre a teoria e os fatos empíricos observáveis, para a realidade brasileira.

Nessa senda, o trabalho não pretende apontar respostas últimas ao problema, apenas lançar algumas luzes e chamar a atenção para o fato de que problemas que emergem em contextos de alta complexidade não se resolvem de maneira isolada ou através de respostas fragmentadas. Com a análise teórica, propõe-se uma reflexão que rompe com um modelo racionalista e requer uma nova percepção, podendo-se inferir, desde o momento inicial do trabalho, que a pesquisa está circunscrita ao campo da Teoria do Direito, tendo o Direito Penal como objeto, em especial, pela repercussão social da área e por representar uma relação importante entre sistema e meio.

Prospectando, o trabalho irá tratar, na sua primeira parte, sobre a teoria sistêmica e a sua caracterização para, na sequência, considerando o direito como um subsistema, passar a tratar o meio em que o Estado tem utilizado o Direito na produção de respostas a questões sociais e às críticas apresentadas pela doutrina.

Por fim, este trabalho se justifica pela necessidade de demonstrar que a ocorrência dos delitos denota amplitude e complexidade, tendo suas causas em fatores pré-determinados socialmente, o que não é intuído pelo senso comum e por parte daqueles que representam politicamente o povo, em grande medida pela internalização de conceitos que produzem respostas insatisfatórias e que serão abordadas ao longo do trabalho.

2 TEORIA SISTÊMICA: O CONTEXTO SOCIAL E AS RELAÇÕES ESTABELECIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Muito se fala em Direito Penal pouco efetivo, configurado este na falta de coerção para com os sujeitos praticantes do delito. A partir desta concepção, a sociedade pressiona o legislativo na medida de ampliar de maneira severa as medidas ‘corretivas’, ou seja, maiores penas e menores direitos provocando o isolamento dos ‘inimigos’ sem perceber a ineficácia de tal ato.

A sociedade clama por elaboração de lei penal, tão logo ocorra um fato delituoso de grande repercussão. Trata-se da legislação reativa, percebida no exemplo do sequestro do importante empresário Medina, em 1990, que foi a mola propulsora da famosa Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072, de 25 de julho de 1990³.

Ocorre que tal visão de resposta imediata aos anseios da sociedade tem acarretado apenas o abarrotamento dos presídios, com cada vez menos condições de ressocialização dos apenados. Pouco se pondera no sentido de que a verdadeira solução está em focar esforços em políticas públicas, entendendo que o tão repellido sujeito praticante de delitos é também um cidadão, conhecedor de seus deveres e direitos.

Diante desta problemática, vem a calhar o estudo da teoria dos sistemas, enquanto práxis social efetiva, que atenda aos interesses humanos que compõem a sociedade. Em tal teoria, a maneira de pensar é observada através de ligações e relações recíprocas. Ou seja, será observado que a consequência final que está sendo adotada (penalização desenfreada das condutas e ‘inflação legislativa’) não observa o sistema social como um todo, deixando claro que a solução será percebida na medida em que houver o entendimento complexo, respondendo aos anseios sociais primários.

Neste contexto percebe-se, nitidamente, a relação do Direito com os demais sistemas existentes na sociedade, vislumbrando-se a importância de encontrar, a partir da complexa teoria sistêmica, possibilidades de solução para a crise do ordenamento jurídico.

³ A lei de crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebraram o sistema do Código Penal, com exigência do cumprimento integral da pena em regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional, que nada tem a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e a redução da criminalidade. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Avanços e Retrocessos*: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel, São Paulo: RT, 1992. p.275).

Entendimento este também expresso pelo doutrinador Francisco de Assis de Toledo, que corrobora todo o posicionamento:

Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, frequentemente, a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão (TOLEDO, 1994, p.5).

Assim, exsurge a necessidade de um olhar a partir de um modelo teórico que sirva como lente a permitir estabelecer diagnósticos corretos. Tem-se que só é possível uma intervenção efetiva capaz de resolver as ‘doenças’ sociais a partir de um exame apropriado das realidades, sendo essencial a incursão no modelo sistêmico para apresentar o problema em toda sua extensão.

2.1 A autopoiese na matriz sistêmica de Luhmann

A teoria sistêmica tem sua razão de ser na necessidade de um novo paradigma em que o homem não é mais o fundamento da teoria, mas sim as relações humanas, considerando suas ligações entre as esferas do direito, da sociologia e da filosofia.

O entendimento sistêmico das relações sociais, desenvolvido por Niklas Luhmann, se originou para suprir a ineficácia do modelo cartesiano e analítico de observação da sociedade, de modo a atender às expectativas deste meio, que denota complexidade. Conforme Trindade (2008, p.124):

A teoria sistêmica surge da inadequação da metodologia analítica, devido às incongruências de sua utilização em observações dos sistemas sociais, fazendo-se necessário a busca de novos paradigmas que sirvam de base para a construção de um processo observatório que atenda as expectativas de um meio complexo. Assim a teoria dos sistemas é apresentada como um novo viés a servir de modelo para a reestruturação do conhecimento atual, uma vez que a ciência dos sistemas segue uma lógica diversa da análise, reduzindo a complexidade e ampliando a sua gama de incidência. Nessa condição, a teoria dos sistemas possibilita a participação do meio em sistemas que, por sua vez, dividem-se em subsistemas.

Dessa forma, ao contrário do modelo cartesiano de pensamento, que acaba por fracionar o objeto, tornando difícil a sua inserção em seu meio, principalmente em estudos que envolvam a sociedade, seus micros e subsistemas, bem como os fenômenos de interação responsáveis por sua constante mutação, a teoria sistêmica tem visão ampla do objeto de estudo (PUGLIESI, 2009).

A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais, através dos laços de interdependência que os unem e constituem numa totalidade (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005).

Neste contexto Luhmann, complementando o estudo sistêmico, adota a teoria autopoietica⁴, aplicando os estudos biológicos da organização dos seres vivos, concebidos por Humberto Maturana e Francisco Varela (MATURANA; VARELA, 1997) ao sistema social.

A autopoiese caracteriza-se por ser um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado, vez que de nada serviria um sistema que opere somente de maneira fechada auto-reproduzindo-se somente nele mesmo, ao mesmo tempo em que um sistema aberto serviria apenas para manter a ideia de sistema, pois em tese sequer o constituiria (ROCHA, SCHWARTZ; CLAM, 2005).

Ou seja, a autopoiese se constitui de um sistema de autorreferência no sentido de que todos os seus elementos são produzidos e mesmo reproduzidos pelo próprio sistema, em razão de uma sequência de interações circulares, fechadas e abertas. Conforme dispõe Rocha, Schwartz e Clam (2005, p.38):

A teoria da sociedade autopoietica procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente.

Assim, adotar o entendimento sistêmico autopoietico da sociedade é compreender que o conhecimento humano não pode ser desconectado do meio, aceitando a real complexidade que envolve o ser humano, ao contrário de ignorá-la com medidas reducionistas.

2.2 A complexidade social na perspectiva da teoria sistêmica

O pensamento complexo consiste em um pensamento multidimensional, que se faz necessário em razão da natureza plural da sociedade, sendo que o entendimento cartesiano e

⁴ A denominação autopoiese é a fusão de dois termos: 'auto', que se refere ao próprio objeto e 'poiese', que diz respeito à reprodução/criação. A autopoiese é uma terminologia empregada inicialmente por dois biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura (TRINDADE, André. *Para Entender Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70).

segmentado de um fenômeno tem, reconhecidamente, consequências nocivas. Neste sentido, Morin (2003, p.67) conceitua este pensamento mitigado como inteligência cega, afirmando que:

Um tal reconhecimento baseava necessariamente o seu rigor e a sua operacionalidade na medida e no cálculo; mas, cada vez mais, a matematização e a formalização desintegram os seres e os existentes para apenas considerarem como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas. Finalmente, o pensamento simplificador é incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo (*unitas multiplex*); ou ainda unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, pelo contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade. Assim, chega-se à inteligência cega.

A inteligência cega, ou seja, a visão mutiladora, oferece riscos para a sociedade, uma vez que efetivamente esta última é formada pela união de diversos elementos que a tornam complexa⁵. Apenas o pensamento complexo poderá civilizar o nosso comportamento (MORIN, 2003). Para tanto, necessário se faz o estudo da complexidade e o seu devido entendimento. Morin (2008, p.45) continua a contribuir neste sentido, identificando dois mal entendidos fundamentais da complexidade:

O primeiro mal-entendido verificado, consiste em conceber a complexidade como receita, como resposta, em vez de considerá-la como desafio e como motivação para pensar. Acredita-se que a complexidade deve ser um substituto eficaz da simplificação mas que, como a simplificação, vai permitir programar e esclarecer. Ou, ao contrário, concebe-se a complexidade como o inimigo da ordem e da clareza e, nessas condições, a complexidade aparece como uma procura viciosa da obscuridade. O segundo mal entendido consiste em confundir a complexidade com completude. Acontece que o problema da complexidade não é o da completude, mas o da incompletude do conhecimento. Num sentido, o pensamento complexo tenta dar conta daquilo que o tipo de pensamento mutilante se desfaz, excluindo o que eu chamo de simplificadores e por isso ele luta, não contra a incompletude, mas contra a mutilação. Por exemplo, se tentamos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber as articulações, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões.

E é neste pensamento complexo que se funda a teoria sistêmica e autopoietica. O entendimento da complexidade sob a perspectiva sistêmica está vinculado à ideia de que um sistema indica a impossibilidade de conexão contemporânea de todos os elementos entre si.

⁵ *complexus* significa o que é tecido em conjunto (MORIN, 2003, p. 20).

Dessa forma, para lidar com a complexidade, é necessário que o sistema limite as possibilidades de relação entre os elementos. Dito de outra forma: a complexidade implica a necessidade de selecionar. Para tanto, os sistemas sociais autopoieticos devem ser capazes de se orientar, reduzindo a complexidade social, ou seja, limitando o número de possibilidades de experiências dotadas de sentido (ZYMLER, 2003).

Portanto, a complexidade, no contexto sistêmico, significa a imperiosa necessidade de se escolher, dentre as mais variadas possibilidades que o ser pode eleger, aquela adequada (TRINDADE, 2008).

Ainda Zymler (2003, p.106) considera que:

[...] os sistemas sociais devem estabelecer conexões entre seus elementos – as comunicações – de forma seletiva. Impossível pensar no estabelecimento de redes operativas de direito se os atos comunicativos pudessem conectar-se entre si sem nenhuma estrutura. Dessa forma, para delimitar os lindes do sistema em relação ao ambiente, devem os sistemas comunicativos proceder à redução de complexidade, construindo uma estrutura de relações entre elementos que permitam um menor número de conexões entre os mesmos.

Vale mencionar que, a respeito da redução da complexidade no pensamento sistêmico, não se pode incorrer em erro ao entender que o direito, na medida de regulador da sociedade, será o único fator para a redução do complexo na medida em que, aumentando sua incidência sob os atos praticados na sociedade, serviria como meio de criação de expectativas e, conseqüentemente, de redutor de complexidade.

Destaca-se que não se pretende aqui fundamentar a pena criminal na necessidade de estabilização do sistema social, baseada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, dizer que a teoria da prevenção geral positiva tem como principal objetivo da pena o de re-estabilizar as expectativas dos membros da sociedade, no que concerne ao comportamento da sociedade (LUHMANN, 2002). Ou seja, que com o ato criminoso, as expectativas de que as pessoas devam respeitar o ordenamento jurídico são frustradas justificando a necessidade da pena em estabilizar o sistema social, no sentido de que a população continue acreditando na validade das normas.

De certo modo, pode-se entender que o direito, ao produzir normas aplicáveis, cria a expectativa de infringi-la e, de algum modo, reduz a expectativa e, por consequência, a complexidade.

Entretanto, o presente estudo tem o propósito de demonstrar que as relações sociais, por se apresentarem complexas, não podem ter uma solução única e mitigada, como se percebe na penalização das condutas com o escopo de reduzir a criminalidade. Medida esta

que tem sido demasiadamente adotada na atualidade. Quer dizer que, apesar de, evidentemente, a criação de normas gerar a expectativa de punição condicionada à prática de algum ato, e isso transparecer redução da complexidade, acaba-se incorrendo em erro na teoria sistêmica; desta maneira, se está, mais uma vez, simplificando, programando e esclarecendo um problema altamente complexo de maneira cega.

Pretende-se aqui demonstrar que a criminalidade é um fenômeno social e, portanto, complexo e interdisciplinar, que envolve inúmeros outros fatores, ou seja, inúmeros outros sistemas e subsistemas, que não apenas o direito. Assim, ao se entender a gama de outros sistemas em que se está envolvido, em razão da complexidade social, pode-se criar expectativa de resolução neles também.

2.3 A relação entre sistemas e entre sistemas e meio

A sociedade, como ente de baixa organização, precisa de sistemas para resolver os problemas nela apresentados. O sistema serve para produzir respostas que sejam pacificadoras dos conflitos e que emergem de um entorno social com baixa organização.

Assim, necessário entender que o direito, em específico, o penal não é o único meio apto para sanar as deficiências percebidas na atual sociedade, de complexidade elevada. Deve-se compreender que há outros sistemas e subsistemas, em razão das necessidades humanas compartilhadas que necessitam de satisfação. Além do direito há inúmeros outros meios dentro da sociedade, onde cada meio é relativo a um sistema, motivo pelo qual cada sistema possui o seu. Luhmann acrescenta que o conhecimento capaz de verdade somente pode ser ocasionado mediante a produção de uma vivência, não mediante sanções que devem motivar ações determinadas (LUHMANN apud CALGARO; PEREIRA, 2010). Corroborando este entendimento, convém citar um trecho do artigo *O sistema autopoietico e seus paradoxos*, que diz:

O meio de cada sistema recebe sua unidade desde esse sistema, mas não é por si um sistema. Os sistemas se decantam dentro da sociedade, ou sistema global, com a função de reduzir um campo de complexidade determinado. Daí que imponham ordem somente dentro de seu campo, não fora dele, em seu meio. O meio não é um sistema, o sistema não impõe ordem nele, pois isso significaria negar a própria diferenciação do sistema e a possibilidade de que cumpra sua função: o sistema jurídico não pode levar em conta para suas qualificações todas e cada uma das circunstâncias dos atos, nem todos os atos que acontecem, senão apenas os que passem pelo crivo de sua seletividade. Atribuir ao meio os elementos que não encaixem no sistema é uma estratégia do próprio sistema, uma imputação que o próprio sistema leva a cabo. Cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. [...]. (CALGARO; PEREIRA, 2010, p.284)

Estes outros sistemas aos quais o autor se refere, são chamados, também, de subsistemas ou sistemas de segundo grau. Neste sentido:

Teubner mostra que Luhmann sustenta a partir do circuito comunicativo geral e no seio do sistema social, que novos e específicos circuitos comunicativos se vão sendo gerados e desenvolvendo: logo que estes circuitos emergentes atinjam um determinado grau de complexidade e proficiência na sua própria organização autorreprodutiva – o que pressupõe a emergência de um código binário específico que guie as operações autorreprodutivas sistêmicas –, eles autonomizam-se do sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. (TEUBNER apud CALGARO; PEREIRA, 2010, p.285).

O direito, a economia e a política, constituem um sistema autopoietico de segundo grau, que adquirem esse estatuto graças a sua constituição autorreferencial dos próprios componentes sistêmicos. Assim, verifica-se que o direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, e enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo (CALGARO; PEREIRA, 2010).

Imprescindível compreender a natureza aberta e fechada do direito, na medida em que é um sistema autônomo, passível de complexidade (com a produção de um maior número de normas, por exemplo), na mesma medida em que é aberto e influenciado pela sociedade na qual se reproduz. No caso do trabalho, percebe-se que o meio influencia o direito penal na medida em que a sociedade se manifesta, e, dotada de senso comum, exige o aumento da complexidade do sistema penal, buscando o equilíbrio das suas relações e minimizando a sua sensação de insegurança.

Entretanto, como referido, o direito é apenas mais um sistema inscrito na sociedade e, talvez, por regulador e altamente aplicável, o mais saliente também. Isso porque, quando da ocorrência de um fato criminoso percebe-se facilmente a incidência no sistema penal, e impõe-se a aplicação imediata da pena que corresponde à expectativa. Entretanto, pouco se percebe que antes do sistema penal ser provocado, houve falha no sistema econômico, no sistema de saúde, entre outros sistemas interligados pela comunicação e interatividade.

Neste sentido Luhmann irá dispor que o problema se recompõe de modos diversos. Portanto, no autor, está presente, desde o princípio, o repúdio a todo o pensamento ontológico, destacando que os sistemas não existem como substâncias, senão como seleção do contingente e variável de possibilidades (CALGARO, PEREIRA, 2010).

Portanto, adotando-se o conhecimento de complexidade nos sistemas autopoieticos, tem-se que o direito necessita produzir respostas eficientes e não simplesmente multiplicar a sua incidência, pretendendo ter capacidade de prever todas as hipóteses de litígios na sociedade, bem como ser capaz de coagir a sociedade a praticar o ato previsto. Concomitante, a sociedade deve perceber que não cabe apenas ao sistema penal a redução da criminalidade, pressionando o poder estatal para aumentar sua atividade em outros subsistemas, também formadores do crime.

2.4 O crime como um fato empírico não pertencente ao direito

Todos os dias têm-se, com fácil acesso, manifestações sociais com o anseio de uma aplicação mais rígida do direito penal, seja aumentando sua incidência ou sua aplicação. Entretanto, o senso comum que exprime tal opinião não observa a complexidade social e a pluralidade dos sistemas, entendendo o crime como um fato exclusivamente pertencente ao direito e ao criminoso, como parte excluída da sociedade, cabendo a este unicamente ser castigado pelo ato cometido.

Este tipo de reflexão é altamente nocivo, na medida em que acarreta apenas a inflação legislativa e, pior, a inflação altamente insalubre dos estabelecimentos prisionais que hoje estão abarrotados de membros da sociedade e do sistema social complexo. O que se percebe é que o crime não é exclusivamente um fator do sistema direito, e, conseqüentemente, não lhe cabe como exclusiva resposta a intervenção penal.

A teoria sistêmica autopoietica aqui exposta, já permite concluir que nenhum fato social pode ser analisado de forma mutilada e isolada. Quando se trata de um ato criminoso, a complexidade nele implícita é mais saliente ainda. O crime, como fato complexo, envolve inúmeros fatores que poderiam – arrisca-se a dizer, deveriam – ser resolvidos em outros sistemas que não o penal. O principal sujeito que sofre com a aplicação das penas, na maioria das vezes, tem deficiência de expectativas e soluções nos sistemas anteriores e interligados ao penal. Para ilustrar, veja-se o crime de latrocínio, que trata-se de roubo seguido por morte, crime contra o patrimônio e contra a vida, elencado como hediondo; o sujeito mais comumente penalizado será aquele que cresceu em uma casa que não é sua, com roupas que lhe foram doadas bem como os seus outros pertences. Que noção de patrimônio o estado deu até agora para este cidadão?

Ou seja, o senso comum, majorado com a incidência midiática, denota uma necessidade de repressão aos ‘imprestáveis’, porém, percebe-se que não há contrapartida legal

dos ‘marginalizadores’, pois, por exemplo, para a maior parte da população não há serviços básicos e fundamentais, como água, luz, saúde e educação.

É preciso passar a compreender o fenômeno complexo, percebendo que o crime trata-se de um objeto plural, formado por elementos econômicos, sociais fundamentais, educacionais, entre outros.

Não quer dizer que apenas o pobre pratica delitos, mas, é preponderantemente para ele que o sistema penal é voltado; no entanto, isto renderia outro trabalho.

Ou seja, se entende que as causas do fenômeno crime estão sempre no indivíduo que pratica o ato delituoso, e nunca no Estado, que determina o delito por meio de leis, e de sua operação diferenciada ao selecionar pessoas antifuncionais, atendendo a condutas sintomáticas de antifuncionalidade, ou quem sabe, francamente, limitando-se a selecionar pessoas para mostrar como são aplicadas as penas sempre que a exibição da máquina penal seja útil à conservação da confiança no poder ou do medo do poder (ZAFFARONI, 2001).

O que se percebe é a utilização desenfreada do direito penal para manter o equilíbrio com a sensação de insegurança da sociedade. Ou seja, a população assiste a inúmeros crimes na mídia e exige do Estado a repressão destes atos. O Estado, por sua vez, irá aplicar seu poder nos mais fracos, marginalizados, como forma de respostas aos anseios inseguros que lhe pressionam, demonstrando sua capacidade de governar através do poder de punir. Estas respostas reducionistas, além de injustas e selecionadas, não evitam o cometimento de crimes, vez que não analisam suas reais causas.

3 CRÍTICA DAS RESPOSTAS REDUCIONISTAS DO DIREITO PENAL ÀS QUESTÕES COMPLEXAS DA SOCIEDADE

Utilizando-se dos conceitos apresentados, pretende-se aqui criticar a visão cartesiana e reducionista que se vem apresentando ao fenômeno social complexo que é o delito.

A sociedade, amparada pelo estado e provocada pela mídia, exige a aplicação severa do sistema penal. Dotada do senso comum, promove o controle penal que realiza a criminalização, seja a partir da edição de textos legais (criminalização primária), seja a partir da perseguição e processo penal (criminalização secundária), seja no momento do cumprimento da pena, em especial na prisão (criminalização terciária) (BUDÓ, 2008). Desta forma, ante a sensação de insegurança e de medo social, pressiona o estado, pretendendo solucionar um problema altamente complexo com uma medida última e reducionista que é a

penalização do ser desviado⁶ e seu aprisionamento em qualquer lugar, sem quaisquer condições de dignidade e saúde.

A respeito do assunto, brilhantemente dispõe Zaffaroni (2001, p.43):

Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma ou tentativa de reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação de massa – lançam uma campanha de “lei e ordem”, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter ameaça a seu poder (entendendo-se sempre por tal a capacidade de obter rendimentos ilícitos).

Assim, apesar de o direito penal ter incorporado para si o fenômeno do crime, percebe-se que o estudo sociológico e filosófico do mesmo objeto transparece sua multidisciplinaridade. Neste sentido, colocando o estudo sociológico envolvido no sistema de criminalização estudado por Baratta (1999) acrescenta Budó (2008, p.89):

[...] muito embora o Direito Penal tenha se fechado no estudo das normas penais, dentro de uma perspectiva de dominação da Dogmática, vista como ciência do direito por excelência, a sociologia seguiu os estudos relativos ao crime e à sociedade na Europa e nos Estados Unidos. Essas teorias sociológicas são apresentadas na obra clássica de Alessandro Baratta. Após identificar os princípios que compõem a ideologia da defesa social, ou seja, a ideologia penal dominante, o autor faz uso das teorias sociológicas com o objetivo de contrapô-los um a um. Sendo essa ideologia a que legitima o sistema penal, a sua crítica põe a nu a sua deslegitimação, com a conseqüência de se buscar alternativas político-criminais ao sistema penal.

Portanto, o que se pretende dizer é que o crime, como fator social, é um fenômeno altamente complexo envolvido não por apenas um sistema, mas por uma gama de subsistemas, não sendo eficaz ou eficiente a sua redução ao direito penal.

3.1 Da análise da resposta normativa penal

⁶ É relevante observar que as correntes da sociologia norteamericana que começaram a estudar a criminalidade sob esse enfoque deixaram de utilizar o termo *crime*, *criminoso*, *criminalidade*, passando a adotar as palavras *desvio* e *desviante*. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos (Ed.), 1999. p.89). Segundo Pavarini, isso se deveu ao fato de que a idéia de “criminoso” e de “delinqüente” têm uma paternidade jurídico-penal, e já vinha carregada de sentidos, dentre eles o fato de a violação ser a uma norma penal. O termo desvio foi adotado para ter os atributos de uma pelo menos aparente neutralidade. De fato, passa-se a compreender que o desvio é o gênero, enquanto a criminalidade é a espécie: “a criminalidade não é senão a forma de desvio que foi criminalizada” (PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p.64, apud BUDÓ, 2008, p.125).

Ao aprofundar o conhecimento a respeito do delito, aceitando-o como um fenômeno complexo, logo se percebe que as penas não previnem crimes. A severidade da pena e a certeza de sua aplicação, possivelmente, na maior razão de vezes, não impede o indivíduo de infringir o sistema penal. Isso porque, se o desviante tem deficiência no seu sistema econômico, de saúde e de educação, a possível coerção que ele irá sofrer não inibe a prática do desvio. Aliás, todo este sistema penalizador capitalista já tem consciência de que serão sempre os mesmos indivíduos a serem penalizados. A majoração da incidência da norma e da pena para aquelas existentes vem apenas para equilibrar o anseio por segurança que tanto é clamado pela sociedade.

Na prática, serão sempre os mesmos que estarão dentro do estabelecimento prisional, ‘pagando sua dívida com a sociedade’; isto deve-se à orientação seletiva da criminalização e à sua relação com a vulnerabilidade dos marginalizados. No tocante a este problema, seleciona-se a colocação:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos (ZAFFARONI et al., 2003, p.121).

O que se quer aqui é desmitificar este senso comum e cartesiano do delito, incluindo o desviante como membro da sociedade para qual ele tem o dever de seguir as expectativas. Ou seja, mais valioso será a sociedade aceitar como medidas de redução da criminalidade a realização de uma política social de base; investindo na administração da criminalidade por meio de um ataque direto às suas causas; garantindo alguns dos direitos fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição Federal; e, promovendo educação, saúde, alimentação, trabalho, combate-se a violência na sua causa primária.

Para tanto, necessário ainda, desclassificar o ser desviado como inimigo, tratar o autor como pessoa e não como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

É importante ressaltar que o crime é um fator intrínseco da sociedade, ou seja, não há sociedade sem crimes. Entretanto, a proposta é buscar a redução dos atos desviantes pelo

saneamento dos outros sistemas envolvidos. Ao optar pela criminalização (primária e secundária⁷) se está ignorando as reais causas do crime.

Possivelmente tal proposta de envolver os subsistemas no caminho da redução do fenômeno complexo que é o crime, pareça demasiadamente utópica. Até mesmo porque, considerando que o crime é um elemento seletivo e socialmente construído pela minoria, acredita-se que é pouco o interesse destes últimos em atuar com eficiência nos sistemas anteriores ao penal. Mais valeria ao Estado manter a dominação pelo medo e punir o inimigo, na medida em que este traz a sensação de insegurança.

A sensação de medo da violência, sentida pela população, faz com que a comunidade exija a violência estatal⁸, através das penas, legitimando o poder de punir dos estados.

3.2 Da ineficácia social da norma penal

Com o pretexto de conter a violência (sensação de), percebe-se a busca da resolução do problema através da edição constante de normas penais e da adoção de políticas criminais cada vez mais repressivas. Entretanto, o que se percebe é a perseguição aos excluídos do sistema, que abarrotam cada vez mais as prisões, e o aumento das violências estrutural e institucional.

Tomados pelo conhecimento desenvolvido é fácil perceber que a adoção desta postura só agrava os problemas sociais, fixando as desigualdades na medida de o detentor do

⁷ O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o que deve ser punido é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite o processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar-se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização) (ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Primeiro volume. 2.ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2003).

⁸ A respeito da violência estatal e a obscura história da pena, destaca-se Ferrajoli (2002, p.126): A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos, têm sido as produzidas pelas penas, porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

poder manter-se com ele. Neste momento do presente estudo, defende-se a deslegitimação do sistema penal, em razão da natureza complexa de seu objeto, qual seja o crime.

Responder à deslegitimação do sistema penal significa encontrar uma resposta que contribua para diminuir a violência atual, quebrando a sua curva ascendente. O exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos (ZAFFARONI, 2001).

Ao sofrer a pressão populacional dos cidadãos (indivíduos votantes), o direito penal apresenta uma resposta formal, mas não resolve o(s) problema(s). O sistema penal como vem sendo apresentado traz apenas o altíssimo custo de vidas humanas. Para tanto, necessita-se de uma resposta com uma proposta otimista.

Deve-se entender aqui o otimismo na sua forma consciente. Isso porque se pode falar em otimismo alienado ou de otimismo consciente. Explica-se: ao se falar em deslegitimação do sistema penal e sua crise, pode-se entender esta como uma visão pessimista; portanto, a não crítica do atual sistema serviria como otimismo (irresponsável).

Entretanto, ao se conceber a nocividade do atual sistema criminal, percebe-se que pessimista é a sua percepção. Dessa forma, a reflexão acerca da necessidade de mudanças de paradigmas reflete em um otimismo consciente.

A respeito do assunto, Zaffaroni (2001, p.98) irá dizer que:

[...] experiências são defendidas argumentando-se que a vida é uma questão química e que a própria tecnologia pode neutralizar seus perigos, argumento, sem dúvida, “otimista”, porém, mais do que “otimista”, irresponsável e superficial. Obviamente não participamos deste otimismo alienado, pois preferimos enfrentar a realidade com clara consciência de seus perigos. Por isto, analisamos qualquer fato de poder e, especialmente, o fato de poder do sistema penal, a partir da perspectiva da realidade e sua destrutividade.

No entanto, o sistema penal pode ser, sem dúvida, observado por outro ângulo, não tão desfavorável ou, inclusive, favorável ou ‘otimista’. Esta perspectiva verifica-se quando o sistema penal é analisado pela ótica de ‘sistema’, ou seja, do ponto de vista do funcionalismo sistêmico (ZAFFARONI, 2001).

A ineficácia da norma penal pode ser facilmente visualizada se citarmos o caso da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), já referida em momento anterior. Os dados coletados em pesquisa realizada na região policial da grande São Paulo, publicada no livro de Alberto Silva Franco (2005, p. 641), demonstram que:

- a) O crime de homicídio doloso, considerado hediondo a partir da Lei 8.930/94, aumentou sua incidência significativamente entre os anos de 1994 e 1998, revelando nesse período, um acréscimo percentual de 31,72%. Entre 1998 e

2003, a quantidade de homicídios dolosos apresentou um certo nível de estabilidade, revelado pelo percentual inferior a 10% de aumento ou diminuição.

- b) O crime de tráfico ilícito de entorpecente – maconha –, entre os anos de 1991 e 1998, cresceu de forma significativa, em torno de 101,78%. Colocando-se em confronto o ano de 1998 e o de 2003, que registra a maior quantidade de ocorrências policiais referentes à maconha em relação aos doze anos anteriores, o acréscimo foi superior a 30%. No que tange a psicotrópicos, os aumentos percentuais, a partir de 1998 foram significativos sobre tudo nos anos de 2001 e 2002, havendo um decréscimo percentual bem forte no ano de 2003. Quanto à cocaína, opiácios e derivados, houve decréscimos percentuais variáveis a partir do ano de 1998, mas, no ano de 2003, a quantidade de ocorrências superou, embora com pequena margem, a do ano de 1998.
- c) O crime de latrocínio teve, no ano de 1999, o maior número de ocorrências policiais vindo a sofrer nos anos subsequentes (2000 e 2003) percentual sugestivo de decréscimo;
- d) A extorsão mediante sequestro que, no quadro publicado na edição anterior, teve seu ápice no ano de 1998 (110 ocorrências), quase triplicou seu número no ano de 2001 (316 ocorrências) e caiu, no ano de 2003 (199 ocorrências), para uma quantidade que se mostrou ainda superior a do ano de 1998.

Tal estudo demonstra a total impropriedade da exclusiva adoção de uma política penal, de caráter nitidamente repressivo, para efeito de equacionamento dos problemas da violência e da criminalidade (FRANCO, 2005).

O que se quer dizer é que na realidade em que nos encontramos é imprescindível a mudança de paradigmas. Para tanto é necessário criticar o atual sistema de criminalização das condutas legitimado pela pressão social e pela mídia e, dotados de um otimismo consciente, propor como solução a efetividade de ações nos sistemas básicos que constroem a sociedade complexa.

4 CONCLUSÃO

O modelo sistêmico que orientou a pesquisa caracteriza-se por ser uma modificação do paradigma mecanicista cartesiano (fragmentado), propondo uma visão holística que permite a observação de ligações e relações recíprocas. Este novo modo de perceber o mundo, a partir do entendimento biológico de que as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, permite concluir que nenhuma das partes se encontra isolada.

Como referido, a matriz que orientou a pesquisa permite inferir que as respostas não se encontram no isolamento da dogmática jurídica, em especial, quando ela está desvinculada das outras áreas do conhecimento humano, pois o Direito é apenas um dos processos sociais de coexistência, visto que existem outros que trariam soluções mais eficazes para o provimento eficaz do equilíbrio social.

Destarte, tem-se que o modelo sistêmico permite olhar a área do Direito Penal, sendo possível contribuir com ele a partir das relações previamente estabelecidas e sob uma visão ampliada, podendo-se apresentar algumas conclusões do trabalho que pretendeu, reprisa-se, desde o nascedouro, trazer algumas luzes ao debate sem pretensões de exaustão:

1º Em decorrência do processo democrático brasileiro e buscando saciar os anseios da sociedade, o legislador continua criminalizando condutas que carecem de relevância e o ordenamento jurídico poderia enfrentar com outros posicionamentos, caracterizando uma crise do princípio da intervenção mínima do direito penal;

2º Ao infringir uma norma penal existe a expectativa de sua recomposição, de modo que a sanção funciona como estabilização das expectativas, criando a expectativa (de segundo grau) de que o direito pode resolver todas as questões sociais, identificando-se a falsidade do enunciado que foi refutado teoricamente e com casuísmos (por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos);

3º A partir do entendimento complexo e sistêmico evidencia-se o problema da inefetividade do Direito Penal, pois sobrepesa-se à legislação uma responsabilidade coercitiva, cada vez mais severa, buscando assim equilibrar a sensação de insegurança social com respostas imediatas criminalizadoras;

4º Percebe-se que o crime, como um fenômeno social complexo, não pertence exclusivamente ao sistema penal, mas está abrangido, ao mesmo tempo, pelos sistemas econômicos, culturais, psicológicos, entre outros.

5º Aparece a necessidade de mudanças de paradigmas, vez que o atual modelo do sistema penal é incompatível com os direitos humanos e ineficaz em reduzir os problemas sociais, sendo possível apontar como solução medidas multidisciplinares, satisfazendo anseios primários presentes nos sistemas e subsistemas sociais.

Tão mais simples a resposta imediata percebida socialmente na criminalização das condutas que não se percebe a participação da comunidade em prol de políticas públicas efetivas, em contraponto, percebe-se a recorrente pressão ao poder estatal para a criação e expansão do Direito Penal. Entretanto, a falta do entendimento complexo e sistêmico não permite a percepção da sociedade de que a falta dos direitos mínimos irá ter correspondência direta com a busca por eles, através do crime e, uma vez penalizado por sua conduta, o sujeito carente terá a crescente dificuldade em prover suas necessidades, formando um círculo sistemático, que poderia ser sanado em seu início, ou seja, a sanção penal não deve ser considerada mais como solução mágica de todos os conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos (Ed.), 1999.

BUDÓ, Marília Denardin. *Da construção social da criminalidade à reprodução da violência estrutural: os conflitos agrários no jornal*. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O sistema autopoietico e seus paradoxos. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, UFSC, v.31, n.60, p.275-290, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

MATURANA, Humberto Romesín; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese, a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2008.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa. Instituto Piaget, 2003.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A teoria dos sistemas e a hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. *Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.1, n.2, p.51-64, Jul. 2006.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Avanços e Retrocessos: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: RT, 1992.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, André. *Os direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2001.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Primeiro volume. 2.ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2003.

ZYMLER, Benjamim. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2003.