

Direito penal e complexidade na sociedade pós-moderna

Luís Gustavo Durigon¹

Sumário: Introdução; 1 A superação do paradigma mecanicista: aproximando o direito penal da pós-modernidade; 1.1 Breves considerações acerca da teoria dos sistemas; 1.2 O subsistema penal e o crime organizado em uma perspectiva sistêmica-autopoiética; 1.3 Tempo e subsistema penal: necessidade de uma nova observação; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade aproximar o direito penal do contexto da sociedade pós-moderna, cada vez mais rápida, acelerada, sistêmica e globalizada. Para tanto, propõe-se a migração do paradigma epistemológico mecanicista para o paradigma sistêmico, agregando-se a necessidade de inserção no direito penal e processual penal do pensamento complexo. Pretende-se tal perspectiva através de observações advindas da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, notadamente a partir de uma visão autopoiética do direito penal, que não ignore a complexidade que está no entorno dos sistemas sociais, para que seja possível através da auto-reprodução, limitar o objeto de ação do direito penal, respeitando os direitos e garantias fundamentais que podem ser vistos sob a perspectiva da diferenciação funcional do direito. Vislumbra-se também a necessidade de uma nova observação no que tange a categoria do tempo e suas representações sociais, uma vez que o direito penal ainda está firmado em um tempo estático, contrário a dinâmica social em tempos de globalização. Alguns fenômenos criminais decorrentes da criminalidade moderna estão exigindo cada vez mais uma atuação eficaz do direito penal, o que será possível a partir do momento que tais fenômenos sejam observados de forma sistêmica.

Palavras-chave: direito penal; complexidade; teoria dos sistemas.

Abstract: This article seeks to harmonize the criminal law context of post-modern society, increasingly rapid, accelerated, systemic and global. Therefore, it is proposed that the migration of mechanistic epistemological paradigm for the systemic paradigm, adding to the need for engaging in criminal law and criminal procedure of complex thinking. It is intended that perspective through observations arising from systems theory of Niklas Luhmann, especially from an autopoietic view of criminal law, not ignore the complexity that is the environment of social systems, so that you can through self-reproduction limit the object of action of law, respecting the rights and guarantees that can be seen from the perspective of functional differentiation

¹ Mestre em Direito pela URI/Santo Ângelo. Especialista em Ciências Penais pela UFGRS. Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal da URI/Santo Ângelo e da Universidade de Cruz Alta/ UNICRUZ.

of law. It also sees the need for a new observation with respect to the category of time and their social, because the law is still executed on a static time, unlike the social dynamics in times of globalization. Some criminal phenomena arising from the modern crime are increasingly demanding a more effective action by the law, what will be possible from the time that such phenomena are observed in a systemic way.

Keywords: criminal law; complexity; systems theory.

Introdução

O conhecimento científico como um todo ainda está calcado no paradigma mecanicista da determinação e da certeza das pesquisas realizadas, que sempre deu maior ênfase às partes e não ao todo.

No universo do direito com base em uma teoria pura, tal como proposta por Kelsen matriz teórica ainda dominante nas práticas jurídicas, atreladas tão somente a aspectos formais e dogmáticos prevalece a ideia de análise das partes dos fenômenos, impossibilitando a análise de tudo que cerca o direito no contexto da complexidade globalizada – subsistemas – tais como a política, a economia e a informática, tão presentes nas questões relacionadas ao crime organizado e às constantes interações decorrentes.

Essa forma de pensamento mecanicista acaba por impossibilitar uma melhor compreensão dos fenômenos complexos, necessitando haver uma ruptura epistemológica em decorrência da própria dinâmica social e da hipercomplexidade das questões emergentes do século XXI, tornando possível que o direito - em especial o direito penal e processual penal - possam efetivamente constituir uma ferramenta capaz de atender, explicar e observar as demandas sociais.

Assim, o presente artigo pretende tratar destas temáticas, com a finalidade de buscar uma aproximação do direito penal e do subsistema penal com a realidade das relações sociais, dinâmicas, sistêmicas, complexas e globalizadas.

1 A superação do paradigma mecanicista: aproximando o direito penal da pós-modernidade

Essa nova proposta teórica, embora ainda encontre muita resistência, aos poucos vem ganhando força no universo do direito, em especial no direito penal, a partir da contribuição, sobretudo, de inúmeras pesquisas realizadas em dissertações

de mestrado e teses de doutorado, sendo que através da academia esta se fazendo uma verdadeira ruptura epistemológica do paradigma dominante, com forte influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Seguindo esse raciocínio, vale destacar o pensamento de Rocha:

A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular e não mais linear como tradicionalmente enfocada. Entretanto, para que seja possível o perfeito entendimento deste novo enfoque com que é vislumbrada a teoria e prática do Direito, necessita-se uma abordagem das características decorrentes da auto-referencialidade do sistema jurídico (ROCHA, in Direitos Culturais, 2006, Revista nº 1, p. 182/182).

É importante salientar também, no que tange a mudança epistemológica necessária² para compreensão de fenômenos complexos, as idéias de Fritjof Capra, *in verbis*:

A tensão básica é a tensão entre as partes e o todo. A ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística; a ênfase no todo, de holística, organísmica ou ecológica. Na ciência do século XX, a perspectiva holística tornou-se conhecida como “sistêmica”, e a maneira de pensar que ela implica passou a ser conhecida como “pensamento sistêmico” (CAPRA, 1996, p. 33) [grifo do autor].

Ainda que a complexidade seja a marca do tempo atual, a grande maioria dos juristas insiste em manter referências estritamente cartesianas³, seja no universo das academias, seja na prática forense, sob o pretexto do mito conservador da segurança jurídica.

² Não é demais rememorar que até pouco tempo as questões relacionadas ao direito penal estavam fortemente ligadas e legitimadas em um único subsistema, qual seja, a religião, pois esta ainda se confundia com o Estado, sendo que o crime era sinônimo de pecado, sem qualquer comunicação com outros subsistemas sociais.

³ René Descartes foi o criador do pensamento analítico. Sua idéia central consiste em analisar isoladamente as partes componentes do todo, analisando-os como organismos independentes, para o fim de compreender fenômenos complexos. Um exemplo do pensamento cartesiano pode ser identificado pela cronologia do tempo (dias, horas, datas) meras convenções, de quebramento das partes. Não se encontra, porém, no pensamento de Descartes, a interação entre as partes no funcionamento do todo, composto por algo além da mera junção de todas as partes, bem como a sua capacidade de auto-organização e de autor-reprodução.

Mas, será possível falar em segurança jurídica com base tão somente em um único referencial, ou seja, é possível falar em segurança jurídica em tempos de incerteza e de completa insegurança? A resposta parece ser única: não.

Não se pode falar em segurança jurídica tão qual pretende a dogmática jurídica, atrelada a uma visão purista e conservadora. O que se pode alcançar é o máximo grau de razoabilidade de segurança jurídica através da ferramenta redutora de complexidade presente na matriz pragmática-sistêmica luhmanniana.

Aliás, em relação à (in) segurança jurídica, vale destacar o pensamento de Andrade:

[...] a ênfase conferida no discurso dogmático à segurança jurídica não tem sido acompanhada de uma discussão explícita do seu significado. Por isto mesmo, pode-se dizer que a segurança jurídica é um signo dogmatizado no seu interior; uma idéia-força em nome da qual se fala (1997, p. 138/139).

Muito se fala em segurança jurídica⁴ e pouco se diz sobre ela, servindo como um mito na mão das idéias puristas, uma ficção, que procura impedir novas discussões em relação ao subsistema penal, criações dogmáticas que ainda tomam conta do imaginário dos juristas (WARAT), identificadas em várias outras expressões⁵.

Neste sentido, sublinhe-se as palavras de André Trindade (2007, p.80), ao destacar que “[...] as certezas e, por conseguinte, a própria segurança jurídica, foram refutadas enquanto elementos integrantes de um sistema dinâmico como o jurídico”. Utilizando-se dos aportes luhmannianos, o referido autor aponta que “[...] restam, pois as expectativas e as possibilidades”. (Idem, id.)

A segurança jurídica, tal como ela vem sendo debatida no Brasil, acaba sendo um dos fatores que identificam por que o direito tem uma resistência muito grande, em especial o Direito Penal, para que se migre do paradigma estritamente cartesiano para questões que propiciem um pensamento sistêmico, indispensável para compreender os anseios dos fenômenos criminais da pós-modernidade, tais como as facções criminosas e o crime organizado.

⁴ Como ter segurança jurídica em um sistema processual probatório que ainda está calcado basicamente na prova testemunhal de reconhecida limitação?

⁵ Tais como a questão ligada a verdade real, como se fosse possível existir uma verdade que não fosse real, ou como se fosse possível ao homem alcançar um juízo certo e determinado no que tange a verdade.

Segundo esses parâmetros, pode-se afirmar que o pensamento sistêmico, antes mesmo de ser trazido para o universo dos sistemas sociais tal como fez Luhmann, surgiu no contexto das ciências biológicas, que estudaram os organismos vivos e suas interações a partir do estudo das células, com contribuições da psicologia (Gestalt) e da física quântica (CAPRA, 1996)

Sobre a biologia organísmica, vale apontar as idéias de Capra:

O bioquímico Lawrence Henderson foi influente no seu uso pioneiro do termo “sistema” para denotar tanto organismos vivos como sistemas sociais. Dessa época em diante, um sistema passou a significar um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes, e “pensamento sistêmico”, a compreensão de um fenômeno dentro do contexto de um todo maior. Esse é, de fato, o significado raiz da palavra “sistema”, que deriva do grego *synhistanai* (“colocar junto”). Entender as coisas sistematicamente significa, literalmente, colocá-las dentro de um contexto, estabelecer a natureza de suas relações (1996, p.39) [grifo do autor].

Esse processo, em termos biológicos, pode ser explicado através das células⁶. A questão é que as células passam a se combinar para formar os tecidos, estes os órgãos e os órgãos os organismos. Isso traz uma forte idéia de organização, também aplicada aos sistemas sociais e, conseqüentemente, ao direito. Isso faz com que, no dizer de Capra “cada um desses sistemas forma um todo com relação às suas partes, enquanto que, ao mesmo tempo, é parte de um todo maior”. (CAPRA, 1996, p.40).

Nessa linha de pensamento, ao transportar a questão da complexidade para o universo do direito, aqui entendido como direito penal, Cunha Júnior aponta, *in verbis*:

O princípio hologramático, um dos mais importantes no paradigma da complexidade, é definido como a inscrição – engrama – do todo em cada uma das partes singulares que lhe constituem. Num holograma, cada ponto contém a presença do objeto inteiro ou quase inteiro, ao passo que todas as partes memorizadas do todo, ou seja, o todo está na parte da mesma maneira que a parte está no todo. Por isso, dividindo-se a imagem do holograma não temos imagens mutiladas, mas várias imagens completas. Esse princípio nos faz perceber como, apesar de terem sua singularidade, as partes somente podem ser entendidas a partir do todo em que se inserem, pois cada uma delas encerra um microtodo virtual. É exatamente dessa maneira hologramática que deve ser compreendida a norma jurídica: ela é parte que

⁶ Já no que tange aos sistemas sociais, pode ser explicada pela economia, pela política ou pelo próprio direito.

encerra dentro de si o todo do ordenamento jurídico, seus valores, princípios e fundamentos, bem como todo o ordenamento encerra em si cada norma jurídica. (CUNHA JÚNIOR, in BARRETO, 2006, p.233).

Portanto, do pensamento sistêmico advém a idéia de conexão, na medida em que não se pode analisar as partes isoladamente, da mesma forma que a totalidade não se traduz na mera soma de todas as partes, o que pode ser apontado como uma verdadeira chave de leitura da teoria dos sistemas, que passa a afastar-se das certezas deterministas e aproximar-se das probabilidades/contingência, na linguagem luhmanniana.

Mais uma vez, recorre-se a Capra, para quem, *in verbis*

As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo. Desse modo, a relação entre as partes e o todo foi revertida. Na abordagem sistêmica, as propriedades das partes podem ser entendidas apenas a partir da organização do todo. Em consequência disso, o pensamento sistêmico concentra-se não em blocos de construção básicos, mas em princípios de organização básicos. O pensamento sistêmico é “contextual”, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo (1996, p.41) [grifo do autor].

Assim, ao romper com as questões lineares, o pensamento sistêmico acaba também por afastar a idéia de hierarquia, trazendo uma forte concepção de redes interativas, contrária à ideia de velhos dogmas que apontam a construção do conhecimento como um edifício. Isso aparentemente traz um problema para o direito, notadamente no que envolve a questão da hierarquia das normas constitucionais. Emprega-se o termo “aparentemente” porque a Constituição Federal pode ser concebida como diferenciação funcional, ou seja, é através da constituição que ocorrerá a interação entre o subsistema político e o subsistema jurídico, sendo que o direito, em especial o Direito Penal, continuará levando em consideração a questão atinente aos direitos fundamentais, pois eles continuam a gravitar dentro do sistema.

O pensamento em rede passa a constituir – também – como uma característica da sociedade atual, o que é muito bem apontado por Castels ao referir, *verbis*:

[...] as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes. Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica das redes

modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social (1999, p.565).

Como se percebe, o conceito de rede, aqui trabalhado em analogia com o pensamento sistêmico, acaba por invadir o universo social dando uma nova dinâmica nas relações e intercomunicações.

Nesse sentido, mais uma vez Castels salienta:

Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos. São mercados de bolsas de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais. São conselhos nacionais de ministros e comissários europeus da rede política que governa a União Européia. São campos de coca e de papoula, laboratórios clandestinos, pistas de aterrissagem secretas, gangues de rua e instituições financeiras para lavagem de dinheiro na rede de tráfico de drogas que invade as economias, sociedades e Estados no mundo inteiro. São sistemas de televisão, estúdios de entretenimento, meios de computação gráfica, equipes para cobertura jornalística e equipamentos móveis, gerando, transmitindo e recebendo sinais da rede global da nova mídia no âmago da expressão cultural e da opinião pública na era da informação [...] Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio. (1999, p.565).

Percebe-se, então, no pensamento sistêmico, a mudança de paradigma das partes para o todo, este analisado de forma contextualizada, no contexto da auto-organização e das diversas possibilidades decorrentes em um contexto de complexidade.

Assim, mais uma vez Capra aponta:

Na mudança do pensamento mecanicista para o pensamento sistêmico, a relação entre as partes e o todo foi invertida. A ciência cartesiana acreditava que em qualquer sistema complexo o comportamento do todo podia ser analisado em termos das propriedades de suas partes. A ciência sistêmica mostra que os sistemas vivos não podem ser compreendidos por meio da análise. As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo maior. Desse modo,

o pensamento sistêmico é pensamento “contextual”; e, uma vez que explicar coisas considerando o seu contexto significa explicá-las considerando o seu meio ambiente, também podemos dizer que todo o pensamento sistêmico é pensamento ambientalista. Em última análise – como a física quântica mostrou de maneira tão dramática – não há partes, em absoluto. Aquilo que denominamos parte é apenas um padrão numa teia inseparável de relações. Portanto, a mudança das partes para o todo também pode ser vista como uma mudança de objetos para relações (1996, p.46).

Toda essa mudança de paradigma implica admitir que o conhecimento científico não possa ser realizado distante do ser humano, o que justifica a concepção luhmaniana em colocar a questão do observador.

Em conformidade com essa afirmação, registra Trindade, *in verbis*:

Assim, quando um paradigma não conseguir mais responder as demandas do meio, iniciado estará o processo de mudança paradigmática. Abre-se, dessa forma, campo para o surgimento/descoberta de novos paradigmas. A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal [...] A aceitação do novo paradigma vai possibilitar a explicação de fenômenos que não encontravam guarida no paradigma anterior e o emprego de outros instrumentos, uma vez que o fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras (2007, p.72).

Como bem observa Cunha Júnior (2006, p.231) “o reconhecimento dessas dimensões mais sofisticadas do real exige um novo paradigma que possa corresponder a essa realidade complexa”.

Ao contrário do que possa parecer, o desafio do presente artigo não consiste em saber se é possível aplicar os conhecimentos sistêmicos vindos da biologia ao subsistema do direito⁷, tarefa já realizada por Luhmann, mas, sim, da possibilidade de aplicar a presente matriz no subsistema penal, em especial na análise tocante aos fenômenos penais de alta complexidade e suas diversas facetas.

Para tanto, é necessário uma verdadeira reforma do pensamento, pois o subsistema penal como um todo parece não ter ingressado, ainda, no contexto do século XXI⁸. Assim, sublinhem-se as reflexões de Bindé, para quem *in verbis*:

⁷ Em especial o direito penal.

⁸ Basta analisar as mazelas carcerárias. Em tempos de pós-modernidade, o subsistema carcerário, notadamente o gaúcho, parece reviver as barbáries apontadas por Beccarie e Foucault.

A reforma do pensamento é, em todo caso, indispensável se nós quisermos sair do esgotamento do Iluminismo...para o lado das luzes e não para o lado da noite e das brumas. Em todo caso, é absurdo pretender entrar no século XXI e acreditar poder resolver os problemas da paz e do desenvolvimento, do crescimento da população mundial, da proteção ao meio ambiente, da garantia de abastecimento alimentar, do acesso ao saber, da passagem da sociedade da informação para a sociedade do conhecimento, dos vínculos entre cultura e desenvolvimento, baseando-se somente nos métodos da racionalidade técnico-científico-econômico-industrial-burocrática, *a fortiori*, com uma confiança cega (ou interessada) unicamente nas políticas do *laissez-faire* (BINDÉ, in MENDES, 2003, p. 19) [grifo do autor].

Desta forma, torna-se necessário trabalhar com a idéia da complexidade dentro do subsistema penal. Assim, muito se fala em complexidade na sociedade pós-moderna, mas pouco se diz sobre o que ela é.

De qualquer sorte, ela parece ser a marca do século XXI, razão pelas quais muitos estudiosos têm se debruçado sobre essa temática. O direito penal e processual penal ou os subsistemas do subsistema penal parecem ignorar tais fatores, constituindo uma das razões que, ainda hoje, o tornam um aparato estatal penal obsoleto. Basta analisar que tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal brasileiros, datam da década de 40.

O crime organizado parece ter provocado a necessidade latente da inserção do subsistema penal como um todo nesta nova era, notadamente, porque os integrantes de tais organizações utilizam-se de todo um aparato tecnológico para conseguir sucesso em suas investidas criminosas. Mas por que será que as organizações criminosas representam tudo isso, ou seja, a quebra das certezas normativas cartesianas e deterministas em matéria penal?

Justamente porque o século XXI, ao deixar evidente a migração do paradigma das certezas para o das incertezas, espelha justamente o que há de atual no que se refere a aplicação estatal e tratamento dado ao crime organizado.

Essa mutação é salientada por Gauer ao destacar que *in verbis*:

[...] como a atual mutação no nível do lugar da experiência, hoje “acelerada” de modo irreversível, é possível falar, se não de uma “epistemologia da incerteza” (a validade das leis científicas teria forte caráter de reversibilidade), pelo menos de uma convicção segundo a qual, em vez de verdades universais e imutáveis, estamos diante de interpretações e narrativas (2004, p. 9).

O crime organizado é um fenômeno que demonstra justamente essa mudança paradigmática, na medida em que sequer se consegue definir⁹ o que se entende por uma organização criminosa (ao menos com a lupa normativista), ao mesmo tempo em que o Estado passa a não ter nenhuma certeza de tais ações¹⁰.

Assim, o crime organizado traz evidente a noção de contingência, pois no universo de suas ações, aquilo que é considerado crime organizado em uma primeira observação pode não ser na segunda, exercendo, nesse ponto, importante contribuição à atuação dos Tribunais Revisores¹¹.

A idéia da complexidade parte, dentre outros pontos, da questão relacionada à dinâmica social, obviamente que não podendo ser explicada em termos deterministas. Uma vez que o crime organizado é dinâmico, fica evidente a insuficiência do paradigma normativista para sua análise, até porque sob esta ótica é ignorada a questão do observador.

Assim, na linha da articulação de um pensamento complexo, fundamental para analisar as demandas do subsistema penal no contexto da sociedade pós-moderna, pode-se valer-se das reflexões de Edgar Morin para quem, “*Complexus* significa, originariamente, aquilo que é tecido junto. O pensamento complexo é um pensamento que busca distinguir (mas não separar), ao mesmo tempo que busca reunir. Coloca-se, assim, um outro problema-chave: tratar da incerteza” (in MENDES, 2003, p.71) [grifo do autor].

Sob esse prisma, não há dúvida de que o pensamento sistêmico luhmanniano, ao abordar a questão da complexidade, não se contenta com a análise detalhada das partes, mas, sim, em sua capacidade de auto-organização sistêmica e das interações daí decorrentes.

A respeito do paradigma da complexidade, vale destacar, novamente, as afirmações de Cunha Júnior ao sublinhar que:

[...] é forçoso se reconhecer que a realidade jurídica, o fenômeno jurídico e a regulação jurídica são necessariamente complexos e, em alguns casos, hipercomplexos. Sendo assim, pode-se falar numa ontologia complexa do Direito, o que automaticamente nos habilita a falar também numa epistemologia complexa do direito (in BARRETO, 2006, p.231).

⁹ Não se desconhece alguns conceitos outorgados pela doutrina penal. Porém, todos eles parecem ser insuficientes.

¹⁰ O que passou a constituir um grande paradoxo, na medida em que o Estado, ao invés de vigiar, passou a ser vigiado.

¹¹ Isto quando os acórdãos não são elaborados tão somente pelos assessores, ou quando os Desembargadores e Ministros, sem conhecer a matéria, proferem o voto “acompanhando o relator”.

Percebe-se, pois, que o século XXI traz um novo paradigma que balança completamente os pilares do conhecimento determinista, calcado na certeza dos fenômenos jurídicos, insuficiente para analisar as questões advindas de um contexto completamente globalizado e, conseqüentemente, de múltiplas relações.

Mais uma vez, sublinhe-se, pois o pensamento de Cunha Júnior: “[...] há uma disposição de hiperconectividade dentro do campo jurídico, pois são infinitas as possibilidades de conexão entre os planos de significado, podendo gerar um sem-número de sentidos possíveis no ordenamento jurídico” (in BARRETO, 2006, p.232).

Isso remete os fenômenos alguns fenômenos delitivos (tais como quadrilha e bando, facções criminosas e crime organizado) à aparente impossibilidade de observação no contexto da sociedade atual. No entanto, a complexidade não de ser empecilho para que se proceda a observações de primeira e segunda ordem. Trata-se apenas de uma evidência que não pode ser ignorada, e de um desafio a mais para o direito, em especial o subsistema penal, caso pretenda oficialmente adentrar no contexto das relações sociais.

Nessa linha, mais uma vez Edgar Morin salienta:

A inteligência parcelada, compartimentalizada, mecanicista, disjuntiva, reducionista, destrói a complexidade do mundo em fragmentos distintos, fraciona os problemas, separa o que está unido, unidimensionaliza o multidimensional. Trata-se de uma inteligência ao mesmo tempo míope, hipermetrope, daltônica, caolha; ela muito frequentemente acaba ficando cega. Ela aborta todas as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando, também, todas as possibilidades de um juízo corretivo ou de uma visão a longo prazo. Dessa forma, quanto mais os problemas se tornam multidimensionais, mais existe incapacidade de se pensar sua multidimensionalidade; quanto mais progride a crise, mais progride a incapacidade de se pensar a crise; quanto mais os problemas se tornam planetários, mais eles se tornam esquecidos. Incapaz de visualizar o contexto e a complexidade planetária, a inteligência cega se torna inconsciente e irresponsável (MORIN, in MENDES, 2003, p.71).

Deve-se agregar à forte crítica realizada por Morin, o transporte que Luhmann fez da complexidade para o universo do direito, ao apontar:

O ordenamento jurídico, tal como nós o conhecemos atualmente, é uma construção de alta complexidade estruturada. Complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido – no caso do direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre

que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem. (LUHMANN, 1983, p.12)

Em relação às organizações criminosas, nesse diapasão, é possível observar que as ações delitivas são ocultadas dos órgãos estatais de controle, que acaba por ignorar as contingências advindas desse contexto nada simplório, contribuindo, assim, para a ineficiência do subsistema penal. Nesta linha de pensamento, Schwartz destaca, *in verbis*:

O mundo apresenta mais possibilidades do que o senso humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva. A contingência reside no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento (SCHWARTZ; ROCHA; CLAM, 2005, p.70).

De todas essas questões, o que a matriz sistêmica luhmanniana pretende é utilizar o método de redução dessa complexidade (tão presente no subsistema penal que é composto de várias unidades: polícia, operadores do direito, prisões, etc) com a finalidade de possibilitar uma evolução social.

Do que fora abordado até aqui, aparentemente pode-se pensar que a idéia de complexidade induz a identificação de certa complicação sobre o tema, ou seja, tudo o que é complexo acaba por ser complicado, o que não traduz a realidade.

Tal explicação é mais bem observada - novamente - por Cunha Júnior ao salientar:

Alguns tendem a confundir complicado com complexo. Desde já deve ser desfeito esse equívoco: o complicado é apenas o que está confuso e, uma vez desfeita a confusão, tornará simples. Por isso, não deixa de operar no plano da visibilidade, mesmo que conturbada. O complexo diz respeito a uma unidade indissolúvel de interações que jamais será reduzida à simplicidade. Com efeito, opera no plano da invisibilidade, embora latente. Assim, o muito complicado pode ser pouco complexo e o pouco complicado pode ser muito complexo. Ao passo que o complicado pode ser simplificado, o complexo jamais poderá sê-lo (in BARRETO, 2006, p. 231).

Parafraseando o autor, pode-se afirmar que a grande contribuição advinda da complexidade para o direito, é justamente o seu mecanismo de redução, que não ignora as diversas possibilidades. Segundo o professor Rocha, “a complexidade é,

então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social” (2005, p.69).

Aplicando tais categorias à presente pesquisa, pode-se afirmar que ao se constatar o que se entende por crime organizado, não deve ignorar, também, aquilo que é diverso.

A todas essas é possível indagar: Como será possível então a formação do pensamento complexo?

Para responder tal indagação, apontam-se sete princípios guias para pensar de forma complexa. Princípios esses que devem ser interpretados de forma interativa, a saber (MORIN, 2003):

- 1º) Princípio sistêmico ou organizacional;
- 2º) Princípio hologramático;
- 3º) Princípio do ciclo retroativo;
- 4º) Princípio do ciclo recorrente;
- 5º) Princípio de auto-ecoorganização (autonomia, dependência);
- 6º) Princípio dialógico;
- 7º) Princípio da reintrodução do conhecido em todo o conhecimento.

Ainda que Morin não utilize da matriz luhmanniana para a estruturação de sua teoria, é possível diagnosticar que, no campo da complexidade, tais referenciais são importantes para serem agregados à presente pesquisa, favorecendo uma melhor observação do subsistema penal.

Assim, no que tange ao princípio sistêmico (primeiro princípio), mais uma vez cabe frisar a necessidade de jamais desconsiderar o todo, tão pouco interpretá-lo como a mera junção de todas as partes, como salienta Morin:

[...] Pascal: “eu acredito ser impossível conhecer o todo sem conhecer suas partes e de conhecer as partes sem conhecer o todo”. A idéia sistêmica, que se opõe à idéia reducionista, é a de que “o todo é mais do que a soma das partes”. Do átomo à estrela, da bactéria ao homem e à sociedade, a organização do todo produz qualidades ou propriedades novas em relação às partes isoladas [...] (2003, p.72)

Já no aspecto relacionado ao segundo princípio, pode se dizer que cada subsistema (penal) é parte de todo ao mesmo tempo em que contém o todo, assim

como, analogicamente, pode-se afirmar que “a totalidade do patrimônio genético está presente em cada célula individual”. (MORIN, 2003, p.72).

Trazendo tal observação para o universo dos sistemas sociais, é possível afirmar com as palavras de Morin que, de igual forma, “a sociedade está presente em cada indivíduo no que diz respeito ao todo através da sua linguagem, da sua cultura e de suas normas” (2003, p. 72). Embora Luhmann dê mais evidência à questão da comunicação, não resta dúvida de que esta contém parte da integralidade do subsistema, ao mesmo tempo em que é parte deste.

É possível afirmar, então, que em cada comunicação advinda do subsistema carcerário, por exemplo, está presente também parte do subsistema penal como um todo, com toda a carga de deficiências que são transportadas pelos indivíduos para fora das grades via comunicação, ao passo que - contrário senso – os benefícios penais (progressão de regime, livramento condicional) funcionam como um verdadeiro mecanismo de realimentação das mazelas carcerárias.

No tocante ao crime organizado não é diferente. A toda ação (unidade) (corrupção, por exemplo) está presente não só a parte, mas o todo, integrado e interagido com o subsistema lícito, portanto, impossível ser compreendido de maneira cartesiana.

Em relação ao terceiro e quarto princípio, a idéia do pensamento complexo quebra com as idéias lineares, observando processos auto-reguladores e auto-organizadores, ou seja, na linguagem luhmanniana – *autopoiese* – capaz de permitir a autonomia do sistema. Sobre o subsistema carcerário, mais uma vez utilizado como exemplo, referida questão fica evidente, na medida em que os presos que cumprem pena privativa de liberdade praticamente ignoram o Código Penal ou parte dele, bem como as normas internas da administração carcerária. Diz-se isso porque os presos criam seus verdadeiros códigos de conduta, tamanha é a organização que surgem dentro de um universo carcerário de riquíssimas possibilidades, ou seja, as penitenciárias são altamente autopoieticas.

A respeito do quinto princípio, ao mesmo tempo em que um pensamento complexo tem a marca da autor-regulação e da auto-organização, isso acaba por gerar uma verdadeira autonomia e independência dos sistemas. Assim, conforme Morin, “o princípio da auto-ecoorganização vale, evidentemente, de maneira específica para os humanos, que desenvolvem sua autonomia dependentes da sua cultura, e para as sociedades que dependem de um ambiente geocológico” (2003, p.73). Luhmann vai trabalhar este idéia a partir da comunicação, cujas interações sistêmicas irão possibilitar essa autonomia.

Em relação ao sexto princípio, a questão dialógica procura unir as noções ao invés de separá-los, uma vez que são indissociáveis. Nas palavras de Morin, “a

dialógica permite-nos aceitar racionalmente a associação de noções contraditórias para conceber um mesmo fenômeno complexo” (2003, p.74). No subsistema do direito, tal concepção é primordial, já que não se pode aceitar a solução de uma única direção, sob pena do não desvelamento dos fenômenos penais de alta complexidade.

No sétimo princípio, busca-se agregar as idéias advindas até o presente momento do pensamento linear, ou seja, embora ocorra um visível rompimento epistemológico, não se pretende sobrepor o pensamento sistêmico complexo em relação a tudo aquilo que fora estudado e descoberto até o presente momento. Trata-se de reintroduzir as questões em um novo paradigma de conhecimento, ao qual, sem dúvida, o sistêmico encontra-se mais adequado para tratar as demandas advindas no seio dessa nova forma de sociedade.

Nessa linha de pensamento, próxima a uma revolução epistemológica, vale destacar, mais uma vez, as palavras de Morin:

A segunda revolução científica, mais recente, ainda inacabada, é a revolução sistêmica, que introduz a organização nas ciências da terra e a ciência ecológica; ela, sem dúvida, se prolongará como revolução de auto-ecoorganização na biologia e **na sociologia**. O pensamento complexo é, portanto, essencialmente, o pensamento que lida com a incerteza e que é capaz de conceber a organização. Trata-se de pensamento capaz de reunir, contextualizar, globalizar, mas ao mesmo tempo de reconhecer o singular, o individual, o concreto (2003, p.77) [Grifo nosso].

Sendo assim, não resta dúvida de que o subsistema penal atual carece de tais mecanismos sistêmicos de observação e controle, notadamente, nos fenômenos penais complexos abordados até aqui. De igual sorte, os referenciais teóricos tradicionais precisam ser revistos, com a finalidade de construir a ponte entre o defasado direito penal e a pós-modernidade, o que parece ser possível com a obra de Niklas Luhmann, conforme se verá a seguir.

1.1 Breves considerações acerca da teoria dos sistemas:

A matriz pragmática-sistêmica de Niklas Luhmann, aqui abordada como referencial teórico, pode ser dividida basicamente em duas grandes fases, a saber: o funcionalismo de Parsons e a autopoiese (Maturana / Varela).

Cumprido neste momento, trazer para o universo do subsistema penal alguns referenciais surgidos na 1ª fase da obra Luhmann (utilizando-se do funcionalismo

estrutural de Parsons), tais como: sistema social, complexidade (já analisada no item precedente), contingência, comunicação, limites, diferenciação funcional, Código e função.

Primeiramente, deve-se apontar que é possível descrever um sistema social sem ficar atrelado a uma sociologia clássica, insuficiente para tratar de questões complexas (SCHWARTZ, 2005).

Essa parece ser a primeira grande (des)coberta do pensamento luhmanniano, ou seja, observar que as ferramentas tradicionais interpretativas não podem ser utilizadas para analisar fenômenos nada convencionais, aos quais o direito e em especial o direito penal e processual penal não estão acostumados a lidar.

Assim, em um primeiro momento, estando o crime organizado inserido no sistema penal (subsistema), parece claro que uma teoria dos sistemas (uma mega teoria como pretende Luhmann), tenha muito a acrescentar ao Direito Penal. Desde logo, é possível identificar que a teoria dos sistemas luhmanniana pode, sim, servir de referencial ao direito penal, na medida em que se torna possível a partir de seus aportes, observar o que até então era impossível ser observado, bem como admitir que as variantes do subsistema penal ou as ações do crime organizado, poderiam ser tomadas de forma diversa.

Nesse sentido, a contingência parece ter espaço no universo do subsistema penal. Segundo Schwartz (2005, p.70) “ela reside no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento”.

Outro aporte da teoria sistêmica que também parece ter lugar no universo do subsistema penal é a questão da comunicação, notadamente, quando se refere ao crime organizado.

Sob esse prisma, Villas Boas Filho salienta, *verbis*:

A definição da comunicação enquanto unidade sintética de três operações seletivas (mensagem, informação e compreensão) é, ademais, fundamental à sustentação do pré-requisito da clausura operacional nos sistemas sociais. Como se sabe, os sistemas autopoieticos são sistemas operativamente fechados, não obstante sejam cognitivamente abertos. Ora, para que a sociedade, entendida como sistema autopoietico, possa estar baseada na comunicação, é preciso que ela inclua as três operações seletivas indicadas acima, de modo a torná-las parte do sistema, pois, caso contrário, seria forçoso admitir a possibilidade de informação, de mensagem ou de compreensão fora da sociedade, o que para Luhmann é inconcebível, uma vez que a sociedade é um sistema social que, pautado na comunicação, deve

abranger toda a comunicação possível. Não há, nem pode haver, comunicação entre a sociedade e o ambiente. A comunicação é uma operação exclusivamente social. Ocorre apenas no âmbito da sociedade, podendo certamente ser irritada por fatores exógenos, os quais, entretanto, são vertidos em comunicação para poderem ter ressonância na sociedade. Entretanto, essa caracterização somente é possível se a comunicação for definida não como uma ação ou como uma classe especial da ação, como é o caso da ação comunicativa de Habermas, mas como síntese das três operações seletivas apontadas acima (2009, p.39/40).

Nesse aporte sobre a comunicação reside uma das maiores críticas de impossibilidade de aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann ao universo do subsistema penal, em especial o direito penal. Todos sabem que o direito penal tradicional¹², sempre esteve calcado na questão central da pessoa humana e sua dignidade.

Na teoria sistêmica, Luhmann coloca a comunicação como sendo algo central no universo dos sistemas sociais. Isso por si só parece inviabilizar toda e qualquer possibilidade de aplicação da teoria dos sistemas ao subsistema penal (direito penal), na medida em que há um deslocamento do centro das atenções: da pessoa humana à comunicação.

Sobre isso, é importante destacar o pensamento de Schwartz para quem, *in verbis*:

Portanto, a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. A sociedade é uma realidade com clausura auto-referencial ordenada de forma auto-subsitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, deve ser mudado ou substituído a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, se transforma e se complexifica (2005, p.71).

Nesse prisma, registrado o verdadeiro deslocamento do centro das atenções dos sistemas sociais, alguns críticos apressados não admitem a possibilidade de aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann ao direito penal, pois o fato de uma sociedade ser composta basicamente por comunicação (mensagem, informação, compreensão), implicaria em deixar em segundo plano a sua composição através de cidadãos, ou seja, da pessoa humana, rompendo, pois, com o princípio da dignidade, dentre outros.

¹² Conforme destacado no item anterior, a opção pelo paradigma sistêmico e complexo, embora implique em uma ruptura epistemológica, não implica na necessidade de serem abandonados os outros modelos, pois não se trata de uma sobreposição de teorias, mas de um acréscimo às concepções até então predominantes.

Segundo Clam, esse deslocamento é evidenciado da seguinte maneira, *in verbis*:

O sistema luhmanniano determina o sistema como diferença(sistema-ambiente) e o pensa como enclausurado sobre sua própria auto-referência. A consequência desta “desontologização” é um anti-humanismo metodológico que recusa conceber os sistemas sociais à partir de indivíduos-atores que pretendidamente os constituem. Ela se equipara a uma renovação radical do aparato categórico e conceitual. Isso atribui à sociologia luhmanniana, um caráter de fábrica de interdisciplinaridade: a teoria da auto-organização autopoietica (Maturana, Varela), a neo-cibernética (v.Förster), a teoria da comunicação (Bateson), a lógica operativa (G.Günter) ou diferencialista (G.Spencer Brown), a teoria da desconstrução textual (Derrida), são as suas principais fontes. (2005, p. 153).

No entanto, tal deslocamento realizado por Luhmann (pessoa humana / comunicação), parece ser insuficiente para afastar por completo a teoria dos sistemas do direito penal. Isso porque, obviamente, as comunicações partem das diversas relações estabelecidas entre as pessoas humanas, que continuam sendo observadas e valoradas no universo do sistema social. Se não há sociedade sem comunicação, como quer Luhmann, obviamente que não há comunicação sem pessoas humanas. Por isso entende-se inapropriada a crítica que entende impossível a aplicação da teoria dos sistemas ao direito penal. Essas referidas críticas constituem em um exacerbado conservadorismo, ao invés de se admitir as bases do novo.

No que abrange aos limites, pode-se afirmar que os sistemas sociais estão atrelados ao sentido como processo originário da comunicação (SCHWARTZ, 2005), ou seja, as fronteiras dos sistemas são fronteiras de sentido. Schwartz sublinha, ainda, que “o sentido é, em verdade, o meio pelo qual o sistema traz para si a complexidade do seu entorno. O horizonte de possibilidades dado pelos sistemas reside na unidade de sua diferença com o entorno” (2005, p.73).

No caso do Direito Penal, pode-se assegurar que tais fronteiras podem ser atribuídas aos direitos fundamentais, notadamente, quando reinvidicados dentro dos sistemas sociais. Assim, a complexidade que se encontra no entorno, são trazidas para o universo do sistema.

Já em relação ao direito de forma funcionalmente diferenciada, é possível diagnosticar que este processo de diferenciação é permanente, realizado através dos diversos subsistemas. Para que o direito seja assim encarado, em especial o Direito Penal, torna-se necessário que após o resultado de suas relações com o ambiente, opere-se certo isolamento, sem que, no entanto, fique imune aos ruídos do seu entorno.

Conforme Luhmann:

A instauração de mecanismos reflexivos torna necessário um certo isolamento contra a interferência de processos diferentes. Um tal isolamento de processos reflexivos só pode ser garantido na realidade social através da diferenciação e da especificação de sistemas sociais parciais correspondentes. Nessa medida, a reflexividade correlaciona-se com a diferenciação funcional: por causa da diferenciação ela torna-se necessária, mas é a diferenciação que a possibilita (1983, p.18).

A questão a saber nesse tópico é como o subsistema do direito penal pode ser entendido com a categoria da diferenciação funcional. Assim, dado a dificuldade de conceituação do crime organizado, por exemplo, justamente porque o normativismo não consegue absorver a complexidade que está em seu entorno - torna-se necessário observar as questões que estão na periferia do subsistema normativo penal. O objetivo é observar até mesmo o que não é o crime organizado, para posteriormente, comunicando-se com o ambiente e seus diversos subsistemas, ir criando as diferenciações necessárias a fim de identificar quais características das organizações criminosas estão presentes a ponto de merecer ou não uma análise do direito penal.

Por exemplo, nem toda a facção criminosa constitui necessariamente uma organização criminosa. Assim como as quadrilhas e bandos, por sua especificidade e diferenciação, podem ter ou não as características do crime organizado. Melhor dizendo: aquilo que deve ser tratado pelo direito penal como crime organizado, nem sempre vai surgir no universo do próprio direito penal, pois são os outros subsistemas (políticos, econômicos, tecnológicos) que em constantes interações com o subsistema penal irão possibilitar o diagnóstico das organizações lícitas ou ilícitas.

Sobre essas considerações, o sociólogo alemão salienta *in verbis*:

Isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido. Nesse mesmo sentido, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial (LUHMANN, 1983, p.19).

Assim, sob essa perspectiva, a diferenciação funcional pode sim servir ao subsistema penal, na medida em que esse, constantemente, se diferencia das questões ligadas ao crime organizado. Isso efetivamente traz uma mudança, pois além do direito ser visto com um sistema funcionalmente diferenciado, as questões relacionadas à justiça ficam à margem do direito, e constituem, antes de tudo, um princípio de natureza ética (LUHMANN, 1983).

Segundo o próprio professor alemão, “[...] processos reflexivos só pode ser garantido na realidade social através da diferenciação e da especificação de sistemas sociais parciais correspondentes. Nessa medida, a reflexividade correlaciona-se com a diferenciação funcional [...]” (LUHMANN, 1983, p. 17/18). Pode-se, assim, concordar com as idéias de Trindade, para quem “a diferenciação funcional é o ponto central de qualquer sistema autopoiético” (2008, p.133).

Não há dúvida de que o subsistema penal pode ser visto com os aportes da diferenciação funcional, pois diversas são as estruturas que o compõem (decisões jurídicas, legislativo, judiciário, penitenciárias, polícia, doutrinas, jurisprudência) sendo que só vai interessar ao direito penal, aquilo que irá passar pelo seu próprio filtro, fazendo com que sua diferenciação afaste do subsistema penal aqueles elementos que lhe são estranhos.

Isso pode trazer uma grande ajuda à dogmática jurídica, porque ela não é capaz de observar os fenômenos que estão no seu entorno.¹³ Sob essa ótica, pode-se agregar que os fenômenos penais complexos podem servir-se dos próprios princípios constitucionais penais (legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, dentre outros) para realizar, caso a caso, a diferenciação funcional mais pertinente, capaz de gerar uma melhor autonomia do subsistema penal, a partir de sua própria auto-regulação.

Assim, cabe destacar mais uma vez o pensamento de Trindade, para quem *in verbis*:

Para que os Direitos fundamentais passem a ser aceitos como uma diferenciação do sistema jurídico, faz-se indispensável a verificação de um código binário que possa realizar a diferenciação dos seu entorno. Esse código é a representação da seleção que deve ocorrer entre interior e exterior de um sistema autopoiético (2008, p.135).

Dessa forma, o crime organizado não pode ser um conceito estritamente fechado, incapaz de receber as influências do meio social altamente complexo em

¹³ O que não está nos Códigos não existe.

que está inserido¹⁴. Ele necessita de uma abertura para outros subsistemas, para que se possibilite o posterior fechamento de seu verdadeiro significado, utilizando-se do código binário proposto por Luhmann para determinar o seu universo de atuação, a ponto do direito penal poder intervir com uma melhor eficácia e com verdadeiros mecanismos capazes de proporcionar uma completa observação dos fenômenos criminais de alta complexidade.

1.2 O subsistema penal e o crime organizado em uma perspectiva sistêmica-autopoiética

Como apontam os estudiosos da teoria sistêmica luhmanniana, a segunda fase da obra de Luhmann é marcada pela idéia de autopoiése.

Mais uma vez cabe apontar que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é considerada a mais adequada para tratar com fenômenos penais complexos, tal como vem se mostrando o direito penal no final do século XX e início do século XXI, seja através de facções criminosas ou na expressão do crime organizado. Considera-se a mais recomendada para os fenômenos penais complexos, na medida em que rompe com alguns postulados cartesianos de análise linear do conhecimento e consequentemente dos fenômenos jurídicos, para calçar-se em uma perspectiva sistêmica, que valoriza o todo a partir da intercomunicação de suas diversas partes.

O conceito de autopoiése parte de algumas categorias advindas da biologia diagnosticadas por Humberto Maturana e Francisco Valera, aos quais sabiamente Luhmann transportou para o universo dos sistemas sociais.

Assim, primeiramente, a autopoiése é um conceito da biologia a qual procura explicar o funcionamento dos organismos vivos através de um padrão de organização e das diversas interações ou acoplamentos estruturais que se desencadeiam no interior dos sistemas vivos.

A célula humana é o exemplo mais preciso do que se entende por um organismo autopoiético, pois, “não há, na natureza, um sistema autopoiético mais simples do que uma célula [...]” (CAPRA, 1996, p.159).

¹⁴ Nessas condições o direito, e mesmo suas bases, não podiam satisfazer as novas necessidades metódicas de certeza absoluta na transferibilidade intersubjetiva das concepções. Além disso, o direito não era mais capaz de absorver em sua própria estrutura o elevado risco implícito no novo conceito de verdade, seu caráter apenas hipotético e a constante possibilidade de seu falseamento através da pesquisa descentralizada (!). Isso forçou uma distinção radical entre a verdade científica e o direito, e ainda a adequação de ambos aos respectivos riscos (LUHMANN, 1983, p.24/25).

Vale enfatizar as palavras de Neves, para quem *in verbis*:

O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. A palavra deriva etimologicamente do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos (2007, p.127).

Já o professor Rocha entende a autopoiese da seguinte maneira, *in verbis*:

O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do direito vão usar como critério para tomar decisões. Assim, a idéia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado (ROCHA, 2005, p.38).

Muito se discute a possibilidade de se aplicar os aportes autopoieticos ao sistema social, mesmo que, originariamente, a autopoiese tenha sido determinada para outros fins (biológicos, notadamente), pois “O problema maior é que a autopoiese só foi definida com precisão para sistemas no espaço físico e para simulações, por meio de computador em espaços matemáticos”. (CAPRA, 1996, p.171).

Capra procura sustentar sua assertiva, salientando que “os seres humanos podem escolher se querem obedecer, ou como querem obedecer, a uma regra social; as moléculas não podem escolher se devem ou não interagir” (1996, p.172).

Os pioneiros da autopoiese no campo da biologia – Humberto Maturana e Francisco Varela – apresentam opiniões distintas a respeito da aplicabilidade dos conceitos de autopoiese nos subsistemas sociais.

Nesse sentido, mais uma vez Capra salienta:

Maturana não concebe os sistemas sociais humanos como autopoieticos, mas sim como o meio no qual os seres humanos realizam sua autopoiese biológica por intermédio do “*linguageamento*” (“*languageing*”). Varela sustenta que a concepção de uma rede de processos de produção, que

está no próprio âmago da definição de autopoiese, pode não ser aplicável além do domínio físico, mas que uma concepção mais ampla de “fechamento organizacional” pode ser definida para sistemas sociais. Essa concepção mais ampla é semelhante à de autopoiese, mas não especifica processos de produção. A autopoiese, na visão de Varela, pode ser vista como um caso especial de fechamento organizacional, manifesto no nível celular e em certos sistemas químicos (1996, p.172).

A verdade é que Luhmann foi quem migrou o conceito de autopoiese para o campo dos sistemas sociais, dando ênfase a questão da linguagem na sociedade e das diversas expectativas que são criadas em torno das relações de interação.

De acordo com segundo o professor de Viena:

Essa escola de pensamento foi introduzida na Alemanha pelo sociólogo Niklas Luhmann, que desenvolveu a concepção de autopoiese social de maneira consideravelmente detalhada. O ponto central de Luhmann consiste em identificar os processos sociais da rede autopoietica como processos de comunicação: os sistemas sociais usam a comunicação como seu modo particular de reprodução autopoietica. Seus elementos são comunicações que são...produzidas e reproduzidas por uma rede de comunicações e que não podem existir fora dessa rede (CAPRA, 1996, p. 172) [Grifo nosso].

Nesse contexto do século XXI, a autopoiese surge para o direito - ousa-se dizer - também para o direito penal e seus fenômenos fragmentados - como uma nova fonte de interpretação para o observador.

Nessa linha de idéias, Clam leciona, *verbis*:

Começaremos nossa exploração do Direito autopoietico por seus aspectos “clássicos”. Unidade, autonomia, fronteiras do sistema jurídico. Tais conceitos, dito de outra forma, referem que um sistema – e não vários – permite sua autodefinição, identificando suas próprias operações na mesma proporção dos aspectos que devem ser repensados por intermédio de novas figuras de autopoiese. Ora, até então a teoria havia tentado compreender a quase totalidade dos fenômenos do Direito funcionalmente diferenciado a partir dos processos de positivação (2005, p.113) [grifo do autor].

É necessário frisar que a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, ao contrário do que se pensa, dada a complexidade que também está presente nas práticas processuais, pois espelham o cotidiano social, deixou de ser considerada uma teoria de alta abstração para ganhar contornos práticos e efetivos.

Nesse sentido, vale registrar, ainda que firmada em autos de processo civil nos quais se discute a dissolução de uma complexa sociedade rural, que os aportes luhmannianos já se encontram firmados em decisão judicial, onde procurou reduzir complexidade. Tal decisão foi proferida nos autos do processo número 10300041232 da 1º Vara Cível da Comarca de Cruz Alta, aonde se pode apontar, ainda que timidamente, como sendo a primeira sentença judicial calcada nos aportes luhmannianos, verdadeiro marco na história do Poder Judiciário brasileiro.

A estas questões deve ser agregada a necessidade de uma nova concepção temporal, que efetivamente traduzida suas dimensão na sociedade atual, conforme se verá no tópico a seguir.

1.3 Tempo e subsistema penal: necessidade de uma nova observação

Outra questão que merece destaque e reflexão, no universo dessa nova forma de sociedade transnacionalizada na qual se insere o subsistema do direito e por sua vez o subsistema do direito penal, é a questão relacionada ao tempo, em especial, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Diante do cenário de uma sociedade rápida¹⁵, veloz¹⁶, que através da informação acaba por estabelecer uma comunicação que se espalha para todos os subsistemas sociais, cabe indagar se o tempo do cumprimento das penas é o mesmo tempo social advindo das novas relações.

Com a imposição da sanção, seja através da pena privativa de liberdade, seja através das medidas de segurança, há uma verdadeira ruptura do tempo social para o tempo do direito penal, ou seja, migra-se de um tempo dinâmico e complexo, para um tempo estático e linear. É nesse tempo linear (porque isso é verdadeiramente a pena – tempo de cumprimento) que o sujeito – em contato com o subsistema carcerário – vai ter que se “ressocializar” para voltar a conviver com

¹⁵ Ainda que se entenda que o subsistema penal deva trabalhar como um nova concepção de tempo distanciando-se de sua concepção estática e aproximando-se de uma concepção que abarque os sistemas sociais, a inserção dessa nova forma de observação deve dar-se com cautela. O processo penal por exemplo, dificilmente conseguirá obter a mesma velocidade do tempo social, especialmente porque o processo tem um tempo de maturidade para que possa ser realizado um julgamento que observe o maior número possível de possibilidades condenatórias e absolutórias, uma vez que não raras vezes a celeridade processual se confunde com a quebra de garantias substanciais, o que não deve ocorrer no universo de um direito penal democrático.

¹⁶ Tanto é verdade que o tempo no direito passou a ter uma nova dimensão, que em alguns casos não se costuma mais convencionar quantos quilômetros de distância se tem de um local para outro, mas sim quanto *tempo* se leva de um lugar para outro.

um tempo que não encontra dentro da prisão, ou seja, um tempo dinâmico e complexo calcado de contingência, marca das relações sociais.

Sobre isso, Messuti aborda, *in verbis*:

Ao construir a prisão, pretende-se imobilizar o tempo da pena. Separá-lo do tempo social que transcorre no espaço social. A prisão é uma construção no espaço para calcular de determinada maneira o tempo. O fluir do tempo se opõe à firmeza do espaço. O ordenamento jurídico, mediante a prisão, procura dominar o tempo (2003, p.33).

Como se percebe, o ordenamento jurídico ainda trabalha com a idéia de tempo estático em desacordo com as características da sociedade pós-moderna, calcadas em uma forte idéia positivista, ou, melhor “a teoria a respeito da dimensão temporal dominante no direito é o normativismo, que impõe na dogmática jurídica a concepção de tempo de Kant/Newton” (ROCHA, *in* BARRETO, 2006, p. 800).

Essa noção, a partir da teoria da relatividade (Albert Einstein), há muito tempo foi abolida dos paradigmas epistemológicos, mais ainda hoje permanece dominante no seio prático do direito, mesmo que em tempos de alta complexidade. Mais uma vez o professor Rocha leciona, *in verbis*:

O fato é que depois de Albert Einstein, que também não é o culpado por ser o mensageiro, a *teoria da relatividade* vai destruir a noção de tempo linear, abrindo lugar para as teorias da indeterminação e da imprevisibilidade. Isto é, não há mais tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Assim, deixa de ter sentido toda uma epistemologia montada numa racionalidade ligada a idéia de tempo e espaço newtoniano (Idem, p.801) [grifo do autor].

A respeito dessa relação, sublinhe-se o pensamento de Lopes Júnior, para quem *in verbis*:

O próprio tempo do cárcere deve ser pensado a partir da distinção objetivo/subjetivo, partindo-se do clássico exemplo de EINSTEIN, a fim de explicar a Relatividade: “quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade”. O tempo na prisão deve ser repensado, pois está mumificado pela instituição e gera grave defasagem, enquanto tempo de involução. Com certeza, dez anos de prisão hoje não equivalem – em tempos de tormento, sofrimento e desconexão com a dinâmica social – a 10 anos de prisão quando da concepção do Código Penal, em 1940. O conteúdo aflitivo (tempo subjetivo)

é infinitamente maior (LOPES JÚNIOR, in GAUER, 2004, p. 174) [grifo do autor].

Sobre essa ótica, qual seria então a matriz adequada para tratar a categoria do tempo no seio da sociedade pós-moderna e quais os reflexos disso para o subsistema penal, mormente no momento de cumprimento das penas privativas de liberdade ou até mesmo no cumprimento de prisões cautelares de discutível constitucionalidade?

A matriz sistêmica, mais uma vez, é o referencial teórico adequado para tal análise, especialmente, porque através dela é possível observar fenômenos não observados ou observados com visível limitação. É o caso das manifestações decorrentes das complexidades delitivas, em especial, do crime organizado, que se estrutura no seio da sociedade de forma camuflada, incapaz de ser observado tão somente pelo normativismo.

Conforme mais uma vez aponta Rocha *in verbis*:

O fato preponderante da matriz sistêmica é o fato de que ela permite observações de segunda ordem, que aponta para uma série de questões completamente diferentes das expectativas tradicionais ligadas a noção clássica da física do Tempo/Espaço. A matriz sistêmica parte da idéia de Tempo construído dentro da Complexidade e do Caos. A teoria dos sistemas é uma teoria originariamente ligada desde Talcott Parsons (Sistema Social, 1976) aos processos de tomada de decisões. Todo processo de tomada de decisões está vinculado a uma noção de tempo. Decidir é fazer. Decidir é participar do processo de produção do futuro, por isso decidir é produzir tempo (ROCHA, in BARRETO, 2006, p.801).

Sob esse prisma, não resta dúvida de que as sentenças penais condenatórias não devem ignorar a produção de tempo que estão realizando, ou seja, não devem ficar limitadas a preceitos abstratos do tipo penal, calcados em um tempo remoto¹⁷ com limites abstratos de tempo sem qualquer referência com o tempo da sociedade atual.

Nesse sentido, Ost aponta que:

[...]o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica [...] Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico (OST, 2005, p.12).

¹⁷ Não é demais rememorar que o código penal data de 1940.

Assim, não restam dúvidas de que no subsistema carcerário, por exemplo, não há qualquer preocupação com o futuro, sendo essa, sem dúvida, uma das causas de sua inoperância, dentre outros fatores, na medida em que a retirada das expectativas acabam por minar qualquer possibilidade de reinserção social. Nesse sentido, o professor de Bruxelas destaca *in verbis*:

[...] em direito penal, especialmente, imagine um instante em que tenhamos repentinamente a certeza de que tudo deve acabar, que o futuro não existe...que valor prático teriam ainda as leis promulgadas, os julgamentos decididos, as penas a serem cumpridas? A justiça penal só é eficaz se temos um futuro e um objetivo. (p.359)

Ao pensamento de Ost, pode-se agregar as idéias de Luhmann para quem *in verbis*:

A expectativa contém um horizonte futuro de vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, busca esta indiferença tentando desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito (1983, p.166).

Assim, na realidade dos subsistemas penais, não se observa qualquer preocupação com o futuro, fazendo com que o direito acabe por ignorar sua função enquanto planejamento e enquanto estabilização do seu próprio subsistema, ignorando questões contingenciais. Luhmann aponta que “[...] a contingência é o pressuposto, a ordem é a meta – e o meio inadequado é um direito penal insuficientemente resguardado em termos políticos” (1983, p.167).

Direito e tempo são conceitos que estão completamente entrelaçados, uma vez que a diferenciação funcional, marca dos sistemas sociais avançados, acaba por tornar o tempo fluído, rápido, não delimitado em lapsos temporais pré-determinados. Ainda, segundo o professor alemão, “uma tal concepção desfigura a especificidade do tempo:exatamente a diferenciação entre futuro, presente e passado” (idem, p.169).

Nesse diapasão, novamente, Rocha aponta que o tempo

[...] é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para a teoria dos sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. Relaciona-se com a temporalidade jurídica: formas singulares adquiridas pelo tempo em relação às diversas manifestação, processualização e auto-observação do Direito. (ROCHA, in BARRETO, 2006, p.800).

Assim, resta claro que o subsistema penal precisa ser debatido¹⁸, também, no tocante ao tempo das penas, uma vez que as dimensões temporais cartesianas não mais justificam a epistemologia do século XXI.

Se o tempo, na sociedade pós-moderna, adquire uma nova faceta como construção social a partir da tomada das decisões, não resta dúvida de que o subsistema penal precisa ser (re)aparelhado de aportes teóricos capazes de possibilitar tal discussão, fazendo-se por aqui, também, o caminho para inserir o subsistema penal no contexto do século XXI. Sob essa ótica, encontra-se o pensamento do professor do Vale dos Sinos, para quem “o tempo é imediato, impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas Kelsenianos. Por isso, a importância das teorias sistêmicas para a observação da complexidade do Direito atual”.(ROCHA, in DIREITOS CULTURAIS, 2006, p. 182).

Conclusão

Essas breves considerações evidenciam a importância de inserir o direito penal no contexto da sociedade pós-moderna. Para que isso seja possível, é necessário, primeiramente, romper com paradigmas cartesianos, inserir uma nova epistemologia que tenha por base o reconhecimento de aportes sistêmicos e das questões de natureza complexa que envolvem a sociedade atual.

É nesse cenário que a criminalidade moderna vem despontando, ao passo que o direito penal continua lutando com as mesmas ferramentas teóricas obsoletas. Assim, entende-se que a teoria dos sistemas pode contribuir significativamente para se compreender e observar o direito penal no contexto da complexidade, uma vez que a autopoiese pode servir como estrutura reguladora da unidade do direito penal.

¹⁸ Seria interessante realizar uma análise dos tipos penais previstos na parte especial do Código Penal, e a partir de tais aportes, vislumbrar uma nova observação no que tange ao tempo de cumprimento das penas privativas de liberdades, considerações estas que deveria constar no imaginário dos julgadores ao definir os limites concretos de cumprimento das penas.

E isso, sem dúvida, é possível ser realizado, sem que implique um rompimento com os direitos e garantias fundamentais, que podem ser vistos sob a perspectiva da diferenciação funcional, aliada a uma nova concepção do tempo. Um verdadeiro desafio para o direito penal na aurora do século XXI.

Referências

ANDRADE, Vera. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Coord. **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 3 ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2008.

BREIER, Ricardo. Tendências atuais da ciência penal: breves apontamentos. In: **Ensaio Penais em homenagem ao Prof. Alberto Rufino Rodrigues de Souza.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003

CAPRA, Frijot. **Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** A teia da vida. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** 11 ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 1999.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

COPETTI, André. **Criminalidade moderna e reformas penais.** Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Org). **Teoría de sistemas y derecho penal fundamentos y posibilidades de aplicación.** Granada: COMARES, 2005.

FILHO, Orlando Villasboas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAUER, Ruth M. Chittó (Org). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da convenção de palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENDES, Candido (org.). **Representação e Complexidade**. Rio de Janeiro: Garamond Ltda., 2003.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005.

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

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Tempo e constituição. In: **Direitos Culturais**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. nº 2.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje**. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes modernos o impacto da tecnologia no direito**. Curitiba: Juruá, 2007.