

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
URI – *CAMPUS* DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

REPENSANDO O SUBSISTEMA PENAL A PARTIR DE FENÔMENOS CRIMINAIS
DE ALTA COMPLEXIDADE E DA TEORIA DOS SISTEMAS

LUÍS GUSTAVO DURIGON

SANTO ÂNGELO
2009

LUÍS GUSTAVO DURIGON

REPENSANDO O SUBSISTEMA PENAL A PARTIR DE FENÔMENOS CRIMINAIS DE
ALTA COMPLEXIDADE E DA TEORIA DOS SISTEMAS

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

SANTO ÂNGELO

2009

LUÍS GUSTAVO DURIGON

REPENSANDO O SUBSISTEMA PENAL APARTIR DE FENÔMENOS CRIMINAIS DE
ALTA COMPLEXIDADE E DA TEORIA DOS SISTEMAS

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Público, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha
Orientador

Professor André Leonardo Copetti
Examinador

Professor Doutor
Examinador

Santo Ângelo, 30 de junho de 2009.

DEDICATÓRIA

À minha “complexa”, grandiosa e amada família, sem a qual esse trabalho teria sido bem mais difícil, talvez impossível...obrigado por tudo...

À Karen, com amor... minha pedra preciosa, alguém que sempre esteve comigo...

Ao meu estagiário/afilhado, não necessariamente nessa ordem, (que torna o direito um pouco engraçado);

Aos amigos, velhos (onde estão?) e novos, que tornam a vida mais divertida....

A todos vocês, perdoem-me a ausência e algum mau humor.

AGRADECIMENTOS

São muitos (...)

Ao meu orientador Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, por ter acreditado na ideia inicial; pelos caminhos sistêmicos apontados e, acima de tudo, pelo amigo que se tornou ao longo e ao final desta pesquisa;

À Universidade de Santo Ângelo (URI/SAN), por ter me acolhido, primeiramente, como mestrando e, posteriormente, como professor do curso de Graduação em Direito, do qual muito me orgulho;

A todos os professores do curso de Mestrado, em especial ao Prof. Dr. João Martins Bertaso (pela tranquilidade e luzes transmitidas em momentos de angústia dissertativa), Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos (cujas críticas sempre foram recepcionadas como estímulo e desafios), e ao Prof. Dr. Noli Bernardo Hahn, (pela simplicidade com que ensina a complexidade);

Aos professores colegas da (URI), Prof. Ms. Jacson Roberto Cervi e Prof. Ms. Janete Rosa Martins, que souberam compreender alguns momentos de dificuldade ainda que não tivessem obrigação para tanto;

Aos meus colegas de mestrado, que a nossa turma se reúna para cafés filosóficos em futuro próximo e que todos conquistem seus espaços para que possamos debater nossas dissertações na perspectiva de um mundo melhor;

À querida Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), por ter me repatriado e apoiado para encarar novos desafios da carreira universitária;

Ao Prof. Dr. Luis Luisi *in memoriam*, por ter-me aberto as portas da academia e ao Prof. e advogado Dr. Pedro Augusto Sant'ana Nunes, por ter permitido a passagem por esta porta e me apoiado de forma incondicional nos meus primeiros passos enquanto professor;

À minha colega Prof. Ms. Andréia Moser Keitel, combatente advogada, cuja ajuda diária na dura arte de advogar foi fundamental para que eu pudesse finalizar essa pesquisa;

Aos meus alunos, que me fazem crescer a cada dia, que encontrem seus verdadeiros espaços e lutem por uma sociedade mais justa e igualitária no exercício de suas profissões;

Enfim, a todos aqueles que me ajudaram e não conseguirei citar, mas nem por isso estão sendo esquecidos, o meu sincero agradecimento.

*...as pessoas não serão dirigidas pelos automóveis, nem programadas pelo computador, nem compradas pelo supermercado e nem olhadas pelo televisor...
....as pessoas trabalharão para viver, ao invés de viver para trabalhar...
... serão reflorestados os desertos do mundo e os desertos da alma...
...cada noite será vivida como se fosse a última e cada dia como se fosse o primeiro*

Eduardo Galeano

...também morre quem atira...

O Rappa

RESUMO

O subsistema penal se edificou no mundo ocidental sob os pilares do Estado Democrático de Direito, com forte influência do Iluminismo e da escola finalista da ação de Hans Welzel. Ainda que o Direito Penal brasileiro tenha passado por uma grande reforma (1984), foi calcado em um contexto social com características completamente diversas do modelo da sociedade do século XXI. Nesse novo cenário, afluem figuras penais delitivas de alta complexidade (as facções criminosas e as organizações delitivas), cuja ferramenta teórico-normativista e kelseniana é insuficiente para observar e buscar novas formas de análise e minimização desses conflitos, notadamente porque esta teoria ainda está fundamentada em um paradigma epistemológico cartesiano, o que acaba por contribuir para a ineficácia do subsistema penal brasileiro. Para tanto, é necessário uma mudança de paradigma epistemológico, que abarque os aportes sistêmicos que constituem o referencial mais adequado para tratar fenômenos criminais complexos. Assim, ressurgem, no universo do subsistema penal (Alemanha a partir do segundo pós-guerra), uma nova matriz interpretativa do Direito Penal chamada de funcionalismo (moderado de Claus Roxin e radical sistêmico de Günther Jakobs), que tem como marco comum a utilização da política criminal como meio de aproximação e oxigenação da dogmática penal à demanda dos sistemas sociais na pós-modernidade. Todos estes influxos teóricos Europeus (Alemanha e Itália/contra-corrente Ferrajoli), acabam sendo recepcionados na América Latina e conseqüentemente no Brasil, onde as teorias funcionalistas parecem, aos poucos, ser compreendidas no universo da academia penal. Alia-se a isso o fato de Niklas Luhmann, com sua teoria dos sistemas, oferecer um aparelho teórico fantástico para o Direito Penal e seus fenômenos, na medida em que coloca à disposição do observador uma oportunidade para tirar o Direito Penal do marasmo em que mergulhou ao longo dos anos, em especial por não ter assumido a maturidade teórica suficiente para adentrar no mundo da pós-modernidade. Acredita-se ser possível essa inserção, sendo que os fenômenos penais complexos apontados têm sido um dos grandes contribuintes para este debate. Para tanto, propõe-se uma política criminal sistêmica e de cooperação internacional, para que, através de diversos acoplamentos estruturais com outros subsistemas, o Direito Penal se diferencie funcionalmente e se autorreproduza quando necessário, sempre observando a gravitação das garantias, possibilitando-se, assim, um Direito Penal autopoietico.

Palavras-chave: Fenômenos penais complexos. Funcionalismo. Teoria dos Sistemas. Política criminal.

ABSTRACT

The criminal subsystem built itself in the western world on the pillars of the Democratic State of Law, with strong influence of the Enlightenment and the action finalist school of Hans Welzel. Although the Criminal Law has gone through a major reform (1984), it was based in a social context with features completely different from the model of society of the XXI century. In this new scenario, criminal figures of high complexity emerge (the criminal factions and the criminal organizations), whose Kelseniana and theoretical-normative tool is insufficient to observe and find new forms of analysis and minimization of these conflicts, especially because this theory is still based on a cartesian epistemological paradigm, which ultimately contributes to the ineffectiveness of the Brazilian criminal subsystem. For this, it is necessary a change of epistemological paradigm that embraces the systemic contributions that constitute the most appropriate benchmark to treat complex criminal phenomena. So, it reemerges in the universe of the criminal subsystem (Germany from the second post-war), a new interpretative matrix of the Criminal Law called functionalism (moderate from Claus Roxin and systemic radical from Günther Jakobs), which has as a common mark the use of the criminal policy as a mean of approach and oxigenation of the criminal dogmatic to the demand of the social systems in post-modernity. All these European theoretical inflows (Germany and Italy / counter-current Ferrajoli) end up being approved in Latin America and therefore in Brazil, where the functionalist theories seem to be understood in the world of the criminal academia. It is joined to this the fact of Niklas Luhmann, with his theory of systems, provides a fantastic theoretical apparatus to the Criminal Law and its phenomena, as it makes available to the observer an opportunity to take the Criminal Law out of the stagnation in which it was plunged over the years, especially for not having taken the theoretical maturity sufficient to enter in the world of post-modernity. It is believed that this integration is possible, because the complex criminal phenomena mentioned have been the major contributors to this debate. For this, it is proposed a systemic criminal policy and international cooperation so that, through various structural engagements with other subsystems, the Criminal Law becomes functionally distinct and reproduce itself when necessary, always observing the gravity of the guarantees, making possible, this way, an “ autopoietica” Criminal Law.

Keywords: Complex criminal phenomena. Functionalism. Theory of systems. Criminal policy

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
1 DA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS INDIVIDUAIS À CRIMINALIZAÇÃO DE COMPLEXIDADES DELITIVAS FRAGMENTADAS.....	12
1.1 QUADRILHA E BANDO.....	23
1.2 O SURGIMENTO E A REPRODUÇÃO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS	31
2 CRIME ORGANIZADO: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DE UMA OBSERVAÇÃO SISTÊMICA LUHMANNIANA.....	46
2.1 CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS HISTÓRICOS.....	46
2.1.1 A máfia enquanto organização criminosa.....	46
2.1.2 Características que ajudam a identificar uma organização criminosa.....	51
2.1.3 A insuficiência dos mecanismos legais de controle ao crime organizado.....	58
2.2 DA MIGRAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO CARTESIANO PARA O PENSAMENTO SISTÊMICO COMPLEXO.....	61
2.2.1 Um novo paradigma para o subsistema penal em tempos de incerteza: a questão da complexidade.....	67
2.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS DUAS GRANDES FASES DA OBRA DE	

LUHMANN: DO FUNCIONALISMO À AUTOPOIESE E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL	73
2.3.1 O subsistema penal e o crime organizado em uma perspectiva sistêmica-autopoiética.....	78
2.3.2 A inserção do risco ao subsistema penal na pós-modernidade via tipicidade....	81
2.3.3 Tempo e subsistema penal: necessidade de uma nova observação.....	87
3 POR UMA POLÍTICA CRIMINAL SISTÊMICA: UM NOVO HORIZONTE PARA O DIREITO PENAL (TRANS) NACIONAL.....	92
3.1 PROLEGÔMENOS EM MATÉRIA DE POLÍTICA CRIMINAL.....	92
3.1.1 A globalização reflexiva e a reedição da política criminal inimiga pós 11 de setembro de 2001.....	97
3.1.2 O funcionalismo radical sistêmico de Günther Jakobs e o funcionalismo moderado de Claus Roxin.....	102
3.2 APROXIMAÇÕES: GARANTISMO E TEORIA DOS SISTEMAS	119
3.3 REFLEXÕES PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL SISTÊMICA.....	126
3.3.1 Da necessidade de um Direito Penal cooperado.....	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS.....	142
OBRAS CONSULTADAS.....	148
ANEXOS.....	150

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa busca (re)pensar alguns aspectos do subsistema penal brasileiro a partir de algumas práticas delitivas que se sobressaem na dinâmica da sociedade pós-moderna.

Ao longo do trabalho, pretende-se responder se o direito penal encontra-se aparelhado dogmaticamente para trabalhar com algumas categorias delitivas que são a marca do século XXI, bem como se é possível aplicar algumas referências da teoria sistêmica de Niklas Luhmann como o meio ideal em busca desta aparelhagem.

A escolha do tema deu-se em virtude da crença de que é possível oxigenar o Direito Penal para que possa constituir uma disciplina apta a encarar os novos desafios do cenário globalizado, ainda que isso não implique uma total sobreposição da matriz sistêmica sobre orientações teóricas dominantes.

Assim, busca-se em 3 capítulos, trabalhar com a possibilidade do Direito Penal ser interpretado de uma forma sistêmica e autopoietica.

No primeiro capítulo são analisadas algumas considerações sobre as teorias aptas a tratar das criminalização das condutas individuais em matéria de Direito Penal. Busca-se trilhar o caminho das complexidades delitivas fragmentadas, nas quais se constata que o concurso de pessoas é a uma das únicas ferramentas que dispõe a dogmática penal para tratar de temáticas de maior complexidade, que geralmente envolvem um maior número de pessoas, dentre outras características.

Nessa trilha, os delitos de quadrilha ou bando suscitam os primeiros debates, na medida em que não é qualquer concurso de pessoas que necessariamente implica tais modalidades delitivas, bem como é importante apontar a diferenciação entre tais estas e o crime organizado; ao lado da análise das facções criminosas, surgidas e reproduzidas de maneira autopoietica no interior dos cárceres brasileiros, estando hoje espalhadas por todo o subsistema penal.

No segundo capítulo, aborda-se o crime organizado e as possibilidades de uma observação sistêmica desse fenômeno, sendo que ao longo da presente pesquisa optou-se pela denominação subsistema penal ao invés de sistema penal, por estar sendo utilizado como referencial teórico a matriz sistêmica de Luhmann. Nesse capítulo, apontam-se os primeiros traços de uma organização criminosa, advindas das máfias estrangeiras. Pretende-se, ainda, identificar e apontar alguns métodos sistêmicos capazes de diagnosticar o que se entende pelo

crime organizado. Já que a conceituação fechada parece não ser o melhor caminho, uma vez que ignora observações, pois são obtidas tão somente por uma ideia normativista.

Para tanto, tornou-se necessária uma migração epistemológica, pois as premissas cartesianas parecem não estar preparadas para tratar de questões de alta complexidade, tais como os fenômenos delitivos apontados neste trabalho. Nesse diapasão, esboçou-se algumas considerações acerca da complexidade e da teoria de Niklas Luhmann como sendo a grande ferramenta a ser utilizada pelo observador jurídico nos tempos atuais, bem como uma visão sistêmica – a partir de outros subsistemas – com a finalidade de melhor observar o crime organizado hoje. Não se ignora, no entanto, algumas tentativas de conceituação realizadas pela doutrina; agregando-se, ainda, a questão da necessidade do Direito Penal equalizar o risco juntamente com uma nova observação sobre o significado de tempo para o Direito Penal na sociedade contemporânea.

Já no terceiro capítulo, apresenta-se a maneira pela qual o subsistema penal e os fenômenos criminais de alta complexidade, podem ser observados, diagnosticados e minimizados. Destaca-se que essa será uma preocupação constante ao longo desta dissertação. Para tanto, apresenta-se a política criminal como a grande ferramenta a oxigenar a dogmática penal com a finalidade de tirar a poeira que se estabeleceu nos Códigos Penais ao longo dos anos.

Assim, elenca-se as principais correntes de política criminal na atualidade e as teorias que as sustentam, tais como o funcionalismo radical sistêmico de Günther Jakobs e o funcionalismo moderado de Claus Roxin, para a partir de tais teorias propor algumas aproximações entre a teoria sistêmica de Luhmann e o garantismo penal de Ferrajoli em busca de uma política criminal sistêmica e de cooperação entre os países.

Nas considerações finais, faz-se então um breve esboço de qual seja o caminho da inserção do Direito Penal na pós-modernidade, ou seja, a sua possibilidade de aplicação autopoietica.

A pesquisa é feita utilizando-se o método hipotético-dedutivo, tendo como método de procedimento a consulta de livros e artigos de revistas especializadas, bem como a utilização de um caso prático, apontado como sendo a 1º decisão (sentença/diferença) no Brasil a adotar alguns aportes da teoria luhmanniana para resolver uma demanda judicial extremamente complexa.

O referencial teórico para tanto é a matriz sistêmica de Luhmann, pois considera-se possível a sua aplicação no Direito Penal em busca de sua inserção no contexto das demandas sociais do século XXI.

1 DA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS INDIVIDUAIS À CRIMINALIZAÇÃO DE COMPLEXIDADES DELITIVAS FRAGMENTADAS

O fenômeno criminal sempre foi uma constante na história das sociedades, uma vez que as práticas delitivas são próprias da natureza humana¹. Esta constatação, por si só, deslegitima os discursos que pretendem acabar com a criminalidade, seja ela clássica ou de massa (que se expressa nos delitos de furto, roubo e homicídio, entre outros), seja a criminalidade pós-moderna decorrente de um novo cenário mundial que adveio da sociedade globalizada² que se tornou um terreno fértil para novas modalidades delitivas, especialmente a partir da mundialização da economia, (tais como os crimes de lavagem de dinheiro e tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, entre outros), alguns deles praticados por organizações criminosas.

Conforme aponta o penalista alemão Claus Roxin, *verbis*:

Em todas as sociedades existirá sempre uma certa medida de delinquência; assim como as doenças e as más formações são inevitáveis, em todos os tempos existirão homens cuja deficiência intelectual ou estruturas de caráter psicopático fazem impossível sua integração social e por isso terminarão praticando crimes. Isto não se poderá evitar jamais (ROXIN in CALLEGARI; GIACOMOLLI e KREBS, 2001, p.13).

Desde logo, é importante afastar-se de qualquer referencial teórico reducionista que é incompatível com a complexidade que vem sendo a marca constante da sociedade pós-moderna³, geradora de incertezas e rutporas de todo um modelo mecanicista industrial, uma

¹ “O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não se pode ser dela destacado e isolado. Não se pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua própria história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais”. (TOLEDO, 2000, p. 79).

² As denominadas *associações criminosas*, que sempre preocuparam a sociedade, de um modo geral, e os governantes, em particular, que temiam principalmente os ataques políticos, já nas primeiras décadas do século XX, ganham nova dimensão no final desse mesmo século, passando a exigir não apenas sua revisão conceitual, mas, fundamentalmente, sua adequação político-criminal à pós-modernidade, que é abrangida, dominada e, por que não dizer, seduzida e ao mesmo tempo violentada pela globalização, que se reflete diretamente na criminalidade, seja organizada, seja desorganizada. (Bitencourt, p. 236)

³ Constatado o acelerado anacronismo de muitas formas e modelos jurídicos de caráter unívoco, linear, causal e determinista forjados nos séculos passados, torna-se indispensável a abertura para um outra compreensão dos fenômenos complexos. A conjugação de fatores tais como o desenvolvimento recente das tecnologias da informação, globalização da economia, aceleração das mudanças culturais, multiplicação dos fenômenos transculturais, surgimento de novos riscos ambientais em escala planetária, sofisticação crescente dos métodos de controle social, desenvolvimento de modelos alternativos de regulação, tudo se opõe aos cânones filosóficos de direitos criados para atender às demandas dos séculos de outrora. Os juízes, legisladores e juristas em geral, já

vez que não se pode tratar o fenômeno delituoso de maneira velada, distante das questões complexas que envolvem o mundo atual. No entanto, nem todos os pesquisadores concordam com a expressão denominada pós-moderna.

Neste diapasão, registra-se o pensamento de Schwartz, para quem:

Importante ressaltar que a doutrina discorda quanto à denominação (pós-modernidade e/ou modernidade da modernidade) e/ou o corte exato que possa caracterizar a nossa época. Isso porque esse é um período descontínuo, e que não permite falar de um corte entre a modernidade e a pós-modernidade (SCHWARTZ in CALLEGARI; GIACOMOLLI e KREBS, 2001, p 35).

De qualquer sorte, ao longo dos tempos, a estruturação teórica do Direito Penal – aqui abordado como um subsistema do direito e este como um subsistema⁴ da sociedade -, esteve voltada para tratar as condutas⁵ delitivas de maneira individual.

Importante salientar desde logo o marco teórico da presente pesquisa, baseada na ideia de uma sociedade complexa que tem como característica a questão relacionada ao risco e a novas formas de comunicação, demandas estas que o Direito Penal, aos poucos vem sendo chamado a tratar, aliás, como vem ocorrendo na maioria dos países europeus.

Nesse novo cenário social mundializado, busca-se aplicar ao estudo do Direito Penal, outras matrizes interpretativas, pois se entende que as tradicionais (normativismo analítico e a matriz hermenêutica) são insuficientes para tratar alguns problemas da pós-modernidade (ROCHA, 2005)

Assim, opta-se por uma análise do Direito Penal a partir dos aportes teóricos sociológicos e filosóficos de Niklas Luhmann⁶ que entende o direito como um subsistema de

não sabem, hoje, como responder às demandas de regulação diante das situações cada vez mais ininteligíveis, segundo os parâmetros rígidos, causais e lineares tradicionais. Um olhar maniqueísta sobre a sociedade já não permite dar soluções puramente ideais ao formidável espectro de variáveis e indeterminações advindas de uma conjuntura complexa. (DINIZ, in BARRETO, 2006, p.649).

⁴ Esta denominação foi utilizada, de acordo com a perspectiva sistêmica de Luhmann, por tratar o direito como um subsistema de comunicação na sociedade complexa.

⁵ [...] “a configuração do elemento ação, como elemento básico do delito, ganha os primeiros contornos na obra de Luden, em 1840, recebendo melhor definição no Manual de Berner em 1857. Nessa época, já se falava em ação antijurídica e culpável, embora sem distinguir claramente uma da outra, o que veio a ocorrer, em 1867, com a definição de Lhering, reconhecendo a antijuridicidade, no Direito Civil, como um elemento objetivo, representando a contrariedade ao juridicamente desejável. Esse conceito de antijuridicidade foi transplantado para o Direito Penal, basicamente por Von Liszt (1881), sendo acrescido da culpabilidade, por exigência da responsabilidade subjetiva, própria do direito penal”. (BITENCOURT, 2008, p. 198)

⁶ Um dos maiores juristas do século XX, podendo ser comparado no direito somente com a obra de Hans Kelsen. Niklas Luhmann nasceu em Lünenburg na Alemanha. Formado em Direito, ele realiza os seus primeiros passos na administração, onde trabalhou até os 35 anos. A partir de então ele abandona a administração pela pesquisa – em ciência administrativa e teoria da organização. Obteve o doutorado em 1966, sendo habilitado a exercer a função de professor no mesmo ano, em Münster, sob a orientação de Helmut Schelesky. Luhmann ministrou as suas atividades docentes, de 1968 a 1993, data de sua aposentadoria, continuando a participar de suas atividades como professor emérito de Sociologia, na Universidade de Bielefeld. Realizou um estágio de pesquisa em

comunicação na sociedade complexa. Nessa linha de ideias, salienta-se o pensamento de Leonel Severo Rocha, para quem:

A teoria dos sistemas de Luhmann 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 em 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**. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência (ROCHA, et al, 2005, p.35) [grifo nosso].

A linha de ideias da estruturação normativa das condutas individuais penais foi calcada nos aportes iluministas que alcançaram ao Direito Penal alguns postulados que passaram a edificar o sistema jurídico penal (a partir de 1930, fundadas na ideia da teoria do *tatbestand*⁷ que rompeu com os Estados autoritários), limitando-se à análise de fenômenos criminais de forma individualizada, desrevestido, portanto, do marco da complexidade.

Frise-se que tais aportes surgiram - *nullum crimen nula poena sine lege*⁸ -, alcançaram ao Direito Penal alguns postulados que passaram a constituir o seu verdadeiro patrimônio. Ainda assim, a era iluminista necessita de uma nova reflexão, para que se possam observar fenômenos que até então ficavam à margem dos episódios jurídicos. Neste sentido, Schwartz salienta que

O momento atual que atravessa a humanidade é chamado por alguns autores, como Luhmann, por exemplo, de um **neo-iluminismo**, pois o domínio de várias técnicas e tecnologias (das mais variadas áreas do saber) proporcionou ao homem uma qualidade de vida impensável há algum tempo (SCHWARTZ, in CALLEGARI; GIACOMOLLI e KREBS, 2001, p.35) [grifo nosso].

Harvard nos EUA, em 1960, onde foi influenciado por Talcott Parsons. Foi um grande polemista, sendo o seu debatedor mais célebre Jürgen Habermas. Escreveu 48 livros e mais de 471 artigos e ensaios científicos. O mais importante foi *Soziale Systeme*, 1984. Morreu em Bielefeld [...].(ROCHA, in Barreto, 2006, p. 550).

⁷ “a palavra *Tatbestand* (literalmente “estado de fato”) tem sido traduzida de diversos modos nas línguas românicas. A maioria dos autores italianos usa a expressão “*fattispecie*”, mas outros, como B.Petrocelli, preferem apenas, o termo “*fatto*”. Em traduções francesas do Código Penal alemão de 1871, a locução “*gesetzliche Tatbestand*” aparece como “*éléments légaux*”. Na versão espanhola do mencionado alemão, feita em 1945 por M. Finzi e R. Nunez, a locução referida é traduzida como “*contenido legal del hecho*”. Anteriormente, na monografia intitulada *Ernst Beling e la teoria del Tatbestand*, o referido M. Finzi traduz o *Tatbestand* por “*delito tipo*” – expressão que é usada depois por S. Soler ao traduzir o pequeno, mas denso trabalho de E. Beling *Die Lehre vom Tatbestand*. Outros autores, como F. Antolisei e L. Pietro Castro, preferem não traduzir a palavra *Tatbestand*, que reputam intraduzível. Os autores portugueses e brasileiros em geral têm usado o vocábulo “*tipo*” para referir-se ao *Tatbestand* [...] (LUISI, 1987, p. 13).

⁸ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

De qualquer sorte, ainda que se pense no pós-iluminismo, a questão da pertinência das condutas individuais para o Direito Penal está diretamente relacionada à própria estruturação dos elementos integrantes do delito.

Assim, relacionadas à ação juridicamente relevante para esse subsistema do direito, encontram-se três principais teorias, tais como a causal-naturalista da ação, a teoria social da ação e a teoria finalista da ação.

A teoria causal-naturalista da ação, ainda que esteja superada, por não conseguir explicar os crimes culposos e omissivos, pouco se importava com a vontade do agente, ou seja, a sua intencionalidade, que, segundo ela, constituiu-se elemento da culpabilidade. Conforme as palavras de Bittencourt (2004, p.200), “o que quis (ou seja, o conteúdo de sua vontade) é por ora irrelevante: o conteúdo do auto de vontade somente tem importância no problema da culpabilidade”

Já para a teoria social da ação, considerada pela maioria dos doutrinadores como uma teoria intermediária entre a “teoria causal-naturalista” e a “teoria finalista da ação”, não deve ser analisado o conteúdo da vontade da conduta, mas sim um caráter de natureza social, ou seja, é a relevância das consequências delitivas que deve determinar a pertinência ou não da atuação penal.

Utilizando-se as palavras de Zaffaroni, “dentro desta concepção, chega-se a sustentar que somente podem ser ações com relevância penal as que perturbam a ordem social e que, por definição, devem formar parte desta interação”. (1999, p. 426)

Com o advento da teoria finalista da ação, amplamente adotada no Brasil, partindo das premissas de Hans Welzel⁹, que são consideradas dominantes no seio da comunidade jurídica penal, tanto doutrinariamente¹⁰ quanto jurisprudencialmente, ainda que venha recebendo

⁹ Hans Welzel nasceu em 1904, na cidade alemã de Artern, e faleceu na cidade de Bonn, em 1977. Realizou estudos de Filosofia e Direito nas Universidades de Jena e Heidelberg. Foi professor de Filosofia do Direito e Direito Penal nas Universidades de Colônia, Göttingen e Bonn. Doutor *Honoris Causa* pelas Universidades de Toulouse (França), Tessalônica (Grécia), Tóquio (Japão) e Seul (Coreia do Sul). Como sua atividade docente, foi igualmente intensa a sua produção científica. Dentre seus escritos podem ser mencionados: *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (a doutrina do direito natural de Samuel Pufendorf); *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal); *Kausalität und Handlung* (Causalidade e ação); *Über Wertungen im Strafrecht* (sobre as valorações no direito penal); *Studien zum System des Strafrechts* (estudos sobre o sistema jurídico-penal); *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (o novo sistema jurídico-penal); e *Das Deutsche Strafrecht* (Direito Penal alemão), entre tantos outros. Suas principais obras foram traduzidas para o espanhol, italiano, grego, japonês e coreano (cf. José Cerezo Mir, Nota Necrológica: Hans Welzel. *ADPCP*, tomo XXX, 1977, p.518-520). (PRADO, 1997, p.7)

¹⁰ “A teoria da imputação objetiva, os novos estudos sobre o problema do concurso de agentes, os delitos de perigo e cumulativos, o direito penal do inimigo, o sistema penal integral, as teses acerca do bem jurídico refletem com clareza como, em passos largos e firmes, o direito penal vai abandonando a dualidade “causalimos-finalismo” que por muito tempo significou seu foco principal. O fim do jusnaturalimo (reafirmado pelo desencantamento com o mundo) e a crise do positivismo (perpetuada pela complexidade da sociedade moderna) impulsionaram uma nova forma de pensar as modalidades penais e o direito penal como um todo, ou

algumas críticas e contrapontos¹¹, deslocou-se o elemento volitivo da culpabilidade para o tipo penal - *tatbestand* - uma vez que toda a ação humana tem um fim, sendo o conteúdo da vontade matéria atinente à conduta, portanto, com uma localização geográfica no universo da tipicidade.

Essas premissas estiveram presentes reforma do Código Penal de 1984, e fora o grande marco teórico do Direito Penal do século XX, baseadas na ideia dos delitos praticados de forma individual, sendo que o aparato penal existente para tratar delitos complexos, que geralmente envolvem um maior número de delinquentes (obviamente que não identificados só por esta característica), é tão somente o concurso de pessoas.

No tocante à obra de Welzel, cabe destacar as contribuições de Prado:

O sistema jurídico-penal, idealizado por Welzel, de grande coerência lógica, estriba-se em sólidas e definidas bases ontogenoseológicas e metodológicas, com notória influência da fenomenologia. Trata-se de uma construção jurídica que tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre, digno e responsável, e que se encontra governada pelos valores fundamentais da segurança jurídica e da justiça substancial (2006, p.8).

Já para o mestre Luis Luisi¹², criador de uma verdadeira escola de penalistas gaúchos, o querer humano passou a ser o tema central da teoria finalista da ação. Segundo a obra deixada pelo penalista cruzaltense,

Partindo desses pressupostos, a ação humana é compreendida por Hans Welzel e seus discípulos como uma realidade ordenada, e com um contexto ôntico definido que a configura. Ao apreender a essência dos fatos do querer e do conhecimento do homem – postos como objetivas realidades, na posição de objetos do conhecimento – verifica-se que o conhecer e o querer humanos se voltavam sempre para uma meta; visam um objetivo. O conhecimento é conhecimento de algo, posto ante o sujeito. O querer é querer algo posto como fim pelo sujeito. A característica ontológica, portanto, do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre, por força da normação ôntica, visada pelo agente. A ação, portanto, como decorrência desta estrutura ontológica, é sempre, enquanto autenticamente humana, “exercício de atividade final” (LUISI, 1987, p.39) [grifo nosso]. .

seja, propiciaram um formato teórico de *abertura cognitiva* entre o direito penal e a respectiva sociedade a ser regulada. (NETTO, 2006, p.15)

¹¹ Tais como as teorias funcionalistas que serão abordadas no capítulo II.

¹² Dentre tantos atributos humanistas que poderiam ser dispensados a obra do emérito Prof. Luis Luisi, resumidamente, José Luis Guzmán Dalbora salienta “*Una de las características de su talla de maestro, precisamente, residía en la capacidad de entablar una comunicación franca y directa con los jóvenes estudiosos, ayudándoles en sus proyectos (...) Con razón la Asociación Brasileña de Profesores de Ciências Penais anuncio la triste notícia, diciendo que “su fallecimiento representa para el país la pérdida de un gran jurista y un extraordinário ser humano”.* (DALBORA, Revista de Estudos Criminais, n.º 23, 2006, p. 13)

Assim, ao realizar um verdadeiro fechamento do estudo referente às teorias da ação, de fundamental importância para o objeto a que se propõe inicialmente o presente trabalho, ou seja, analisar a estrutura jurídica penal tradicional e as condutas delitivas individuais com a finalidade de projetar o universo das condutas multifacetadas ou fragmentadas e da necessidade ou não de novos referenciais teóricos para o fim de analisá-las, é importante destacar as ideias de Bittencourt, senão vejamos:

Da análise de acabamos de fazer das três teorias, constatamos que cada uma destaca determinados elementos da ação, aqueles que consideram mais relevantes, para uma adequada aplicação do Direito Penal. Assim, a *teoria causal* leva à imputação do resultado e ao desvalor do resultado; a *teoria finalista* destaca a natureza intencional da ação e o desvalor desta; e, finalmente, a *teoria social* insere o contexto social geral na valoração da ação. Em outros termos, a *teoria causal* da ação não considera a essência da ação humana, mas a possibilidade de atribuir determinado resultado a dita ação. As *teorias final e social*, ao contrário, valorizam a essência da ação humana em si, embora sob pontos de vista distintos: a *teoria final* da ação em relação ao fenômeno humano interno, e a *teoria social* enquanto acontecimento na vida social comum. Na verdade, os dois pontos de vista não se excluem, mas se complementam. A *teoria social* – nos termos definidos por Maurach, Wessels e Jescheck – e a *teoria final* coincidem em seus resultados práticos: na classificação dos elementos estruturais do fato punível, nas diferentes fases do crime e na localização do dolo e da culpa no tipo penal (2004, p.207) [grifo do autor].

Nesse sentido, é importante destacar, como forma de introduzir a discussão que será uma constante ao longo desta pesquisa, que a teoria finalista da ação vem sofrendo algumas críticas do modelo funcionalista, especialmente o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, para quem a verdadeira função do Direito Penal consiste em reafirmar a existência da norma em virtude da frustração de uma expectativa normativa¹³, sem que isso implique desconsideração com a proteção de bens jurídicos, conforme será tratado no capítulo terceiro.

Neste diapasão, vale observar o pensamento do referido penalista alemão, para quem

A finalidade da pena é restabelecer a vontade geral através de uma negação; é dizer, de uma negação da negação. Quem comete um delito expressa um especial esboço do mundo, uma especial concepção do mesmo, porque para ele não vige o ordenamento jurídico, mas sua vontade particular, (uma negação). Com a pena, o estado manifesta que essa concreta concepção não vale e que deve imperar a vontade geral (negação da negação). Dessa maneira se restabelece a vigência do direito

¹³ (...) caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. O caso de desapontamento é previsto como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada – mas de antemão isso é considerado irrelevante para a expectativa. Mas está relevância não está fundamentada na experimentação natural – como no caso de se saber que uma casa permanecerá de pé mesmo que outra seja demolida – ela se baseia em processos de neutralização simbólica, pois uma expectativa em si, ou seja, como expectativa propriamente dita, não vê indiferente sua satisfação ou seu desapontamento. Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independente da satisfação fática ou não da norma. (Sociologia do Direito p. 57)

(sínteses). A partir deste fundamento, Jakobs aplica uma teoria institucional do direito, que entende as normas como estrutura da sociedade. O direito, na concepção de Niklas Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do direito, e a missão do Direito Penal é garantir essa configuração. As expectativas sociais se estabilizam através das sanções. (CALLEGARI (et al.), 2005, p.13)

É visível que há um deslocamento do verdadeiro centro do sistema penal, que deixa de ser a proteção de bens jurídicos (exclusivamente) para tratar de uma nova função do Direito Penal, uma espécie de superação da obra de Welzel. Assim, destacam-se as ideias de Lynett, para quem

Depois da obra de Hans Welzel não se construiu um novo sistema de Direito Penal. Esta tarefa se iniciou com o mais importante de seus discípulos, Günther Jakobs, que, no ano de 1983, no prólogo à primeira edição de seu tratado de parte penal, assinala as linhas de uma obra que rompe definitivamente com a tradição finalista. Contrário a ela, Jakobs menciona que a elaboração das categorias dogmáticas não pode fazer-se com base numa fundamentação ontológica do direito (LYNETT, et al., 2005, p. 11).

Tanto é verdade a existência das críticas funcionalistas, que por sua vez também são criticadas - não raras vezes de forma equivocada - que já transitam entre os estudiosos do Direito Penal, algumas vozes que sustentam a existência de um *pós-finalismo*, a partir da ideia da inserção da categoria do risco e das questões advindas da complexidade do universo social.

Nessa linha de ideias, salientam-se as palavras de Bottini para quem, *in verbis*:

A atual organização social e a aparição do risco como fator estruturante impõem ao pensamento penal a reflexão sobre seus fundamentos. A construção dogmática contemporânea e as considerações sobre a aplicação dos delitos de perigo abstrato refletem as contradições do discurso social sobre o papel do risco. A análise das propostas apresentadas a seguir indica uma plêiade de idéias, algumas voltadas para a ampliação da intervenção penal para controlar atividades arriscadas e antecipar ao máximo a tutela estatal a fim de evitar suas conseqüências danosas, outras dirigidas à limitação da utilização dos delitos de perigo abstrato, relevando seu potencial para a aplicação arbitrária do direito penal. As diferentes teorias relacionadas à construção e aplicação dos tipos de perigo abstrato refletem a dificuldade de adaptar os conceitos metodológicos tradicionais aos novos paradigmas do direito penal, e sua análise revela a complexidade que envolve a construção de uma dogmática adequada aos novos preceitos do direito penal da atualidade (2007, p.139).

Ainda assim, o Direito Penal finalista ainda prevalece na academia. E essa estruturação finalista e iluminista sempre foi voltada para atender a uma demanda social decorrente de uma criminalidade clássica (furtos, roubos, homicídios, entre outros), esta estrutura jurídica passa a encontrar enormes dificuldades para tratar de fenômenos

contemporâneos, tais como as práticas delitivas decorrentes do crime organizado, dada a complexidade das ações tomadas por esses grupos. Assim, destaca-se o pensamento de Roxin ao constatar que “o Direito Penal chega muito tarde, pois apenas é possível que, encarcerando-se este homem, chegue-se a corrigir sua deteriorada socialização” (2001, p. 12).

Para tratar dessa nova forma de criminalidade, o Direito Penal conta tão somente com o instituto do concurso de pessoas¹⁴, que não raras vezes se mostra insuficiente para observar um fenômeno complexo, fragmentado e transnacional.

Se por um lado toda a estrutura do Direito Penal fora montada por Welzel para fins de satisfazer questões relacionadas às condutas individuais, no máximo utilizando-se do instituto do concurso de pessoas, por outro, o atual contexto sociopolítico criminal mundial está a exigir novas formas de tratamento ao Direito Penal, em especial a partir do advento da globalização, sem que isso implique um rompimento com os postulados humanitários que foram paulatinamente outorgados ao Direito Penal a partir do século XVIII.

Analisando os aparatos existentes no artigo 29 do Código Penal, existe a regulação normativa para aqueles crimes realizados por mais de um agente em comunhão de vontades.

Basicamente, três são as teorias dogmáticas que pretendem estudar e explicar o fenômeno do concurso de pessoas, tais como a teoria pluralista, a teoria dualista e a teoria monísta ou unitária, esta última, adotada pelo Código Penal brasileiro.

Para a primeira (teoria pluralista), cada delinquentes comete um único crime, ou seja, haverá tantos crimes quantos forem os participantes. Conforme se observa, a teoria pluralista ignora que o agrupamento de pessoas para a realização de práticas delitivas está direcionado à produção de um único resultado, sendo que a comunhão de esforços é justamente no sentido de atribuir uma melhor possibilidade de êxito na investida criminosa, pois, por exemplo, não é o número de homicidas que determina o número de cadáveres.

Para a segunda teoria (dualista), admite-se a ideia da existência de crimes diversos para as pessoas relacionadas à realização da conduta, ou seja, dá-se um tratamento especial ao praticante da ação nuclear prevista no tipo penal, relevando em segundo plano quem vem a ter uma conduta participativa.

A referida teoria está prevista no Código Penal - como exceção - no tratamento penal outorgado ao delito de aborto, na medida em que a gestante que pratica aborto ou consente

¹⁴ Art. 29 CP: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. & 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

& 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

que o mesmo se realize, responde pela figura penal do artigo 124 do diploma repressivo, enquanto que o terceiro que realiza o aborto responde por figura penal diversa, qual seja, o artigo 126 do mesmo diploma legal.

A terceira teoria (*monísta*), adotada pelo ordenamento jurídico penal brasileiro, sustenta que todos os envolvidos em uma atividade criminosa respondem pelo mesmo delito, na medida de sua culpabilidade, distinguindo-se tão somente os aspectos relacionados à autoria e à participação.

Nas palavras de Bittencourt (2004, p. 433), “o crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado”.

No que tange à configuração do concurso de pessoas, a doutrina penal brasileira apresenta alguns requisitos indispensáveis que devem estar presentes no concurso de pessoas, tais como a pluralidade de participantes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o vínculo subjetivo entre os participantes e a identidade de infração penal (BITTENCOURT, 2008, p. 435).

Ainda que os requisitos indispensáveis para que se configure o concurso de pessoas seja decorrência lógica da própria natureza do instituto, no presente trabalho a sua análise se torna relevante no sentido de identificar, ou não, tais características nas condutas criminosas de maior complexidade; bem como de verificar se é possível trabalhar-se na atualidade tão somente essas ferramentas.

Ainda no tocante ao concurso de pessoas, vários são os aspectos dogmáticos e as nomenclaturas que recebem o estudo do referido instituto, tais como as questões ligadas à coautoria, à participação (instigação / cumplicidade), à autoria mediata (quando se serve de uma outra pessoa para a realização do delito) e à autoria colateral (que se caracteriza justamente por não haver liame subjetivo entre os concorrentes, embora ambos pratiquem conduta similar).

Assim, as questões relacionadas ao concurso de pessoas também estão moldadas sobre bases estritamente normativistas (teoria pura do direito de Hans Kelsen), calcadas tão somente em ideias de condutas individuais para a caracterização do ilícito, sendo o concurso de pessoas a única ferramenta conceitual capaz de buscar um embasamento para as infrações praticadas de forma organizada, o que desde logo parece se evidenciar ser insuficiente para tratar de problemas complexos, especialmente no que tange a uma nova criminalidade que se manifesta de forma exacerbada na aurora do século XXI.

Neste diapasão, vale sublinhar o pensamento de Roxin ao destacar que, *in verbis*:

O combate contra a criminalidade organizada (se por esta se entende tráfico de drogas ou de seres humanos, exportação de armamento proibido, manipulação de impostos ou outros tipos de corrupção) é difícil ganhá-lo através da sanção individual do autor; porque a organização fundamental permanece e frequentemente se subtrai da ação persecutória da autoridade penal através de sua base de operações internacional e sua irreconhecível estrutura. (ROXIN in CALLEGARI; GIACOMOLLI e KREBS, 2001, p. 12)

Com o advento da globalização, novos bens jurídicos penais passam a integrar o horizonte do tecido social, fazendo com que, em alguns casos, passem a ser tutelados, também, direitos difusos¹⁵, universo esse que até pouco tempo era completamente ignorado pelas ciências penais.

Assim, conforme destaca Franco, no que tange à criminalidade organizada, vale registrar, *in verbis*:

De um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espço entre ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal. A criminalidade econômica, a criminalidade das drogas, a criminalidade ecológica, a criminalidade organizada etc., enfim, os crimes *of the powerful* dependem, em face das várias fases de sua operacionalidade, de um número elevado de ações delituosas, que podem até ser devidamente caracterizadas; no entanto, enquanto expressão de criminalidade montada na base de um sistema reticulado, não se sabe, ao certo, o lugar de sua realização nem se mostra descomplicada e identificação de seus atores (2001, p. 253).

Isso traz para o universo do Direito Penal um novo horizonte, manifestando a necessidade de revisar diversos conceitos e designações – estritamente normativos – a fim de se buscarem novas formas de interpretação, de observação e de contribuição para a

¹⁵ “Se anteriormente, portando, o tipo culposo saía da periferia do direito penal e ganhava posição de destaque no sistema punitivo diante de sua imprescindibilidade social, agora, seguem os mesmos passos os tipos de perigo, novos pilares de expectativas de controle social aos bens jurídicos difusos, demarcadores da realidade penal as sociedade de risco [...]. No caso dos atuais bens jurídicos difusos, sua característica diferenciadora é a orientação da tipicidade penal no sentido de proteger uma determinada instância social ou localidade social na qual as pessoas interagem com os mais diversos tipos de comportamentos [...] Os crimes de perigo, entendidos como antecipadores da tutela penal, ao mesmo tempo em que antecipam a punição considerando a *lesividade individual*, punem a já existente *lesividade sistêmica da instância*. A partir do momento em que a indústria consegue poluir em larga escala de sorte a comprometer o meio ambiente, jamais no sistema de produção capitalista vai se imaginar o fechamento de fábricas. É possível conceber, contudo, e até para não se esgotar a matéria natural, modalidades penais de gerenciamento da forma com que se pode produzir (sistema penal gerencial) (SALVADOR NETTO, 2006, p. 103) [grifo do autor].

minimização dos fenômenos criminais complexos, tais como as facções criminosas e o crime organizado.

A abertura dos mercados, aliada à transposição de fronteiras e a uma certa desconsideração do conceito de soberania, gerou a expansão de diversos organismos transnacionais, fazendo com que a criminalidade assumia uma nova feição, na medida em que se vale do grande aparato tecnológico que se encontra à disposição daqueles que detêm o poder econômico.

Tanto é verdade que, nesse novo paradigma¹⁶, paralelamente às questões relacionadas a novas formas de criminalidade, surgiu um novo ramo, ou melhor, para usar a matriz luhmanniana, um novo subsistema dentro do próprio subsistema do Direito Penal, denominado Direito Penal Econômico.

Para Callegari, o Direito Penal Econômico pode ser conceituado da seguinte maneira:

Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia. Bajo Fernandez assinala que a intervenção do Estado e do Direito em zonas antes abandonadas à livre iniciativa é o que, em princípio, se denomina Direito Penal Econômico. O que caracteriza o Direito Penal Econômico é ser um grau de intervenção estatal na economia, precisamente o mais intenso do intervencionismo mediante o exercício do *ius puniendi* (2003, p.21).

Pode-se perceber que a criminalidade tomou ares de empresa criminosa, na qual o Direito Penal, com as mesmas ferramentas para tratar da criminalidade clássica - normativismo - não consegue compreender e, conseqüentemente, ser eficaz no combate às complexidades delitivas fragmentadas.

Assim, mesmo antes de se analisar o fenômeno do crime organizado, é necessário apontar alguns aspectos que apresentam as categorias relacionadas à quadrilha/bando, e às facções criminosas, para se observar - de forma diferenciada - quais características estão presentes nas ações praticadas pelo crime organizado, eis que não raras vezes tais categorias são tratadas de forma idêntica.

Quanto ao crime organizado, pretende-se analisá-lo sob a ótica de um novo prisma, ou seja, de uma nova fonte de observação do direito, qual seja, a teoria sistêmica de Niklas

¹⁶ Um paradigma não é só um instrumento nas mãos da ordem dominante, mas igualmente a construção de defesas, de críticas e de movimentos de libertação. Todas as formas de resistência repousam sobre princípios não sociais de legitimação. Todo o paradigma é uma forma particular de apelo a uma ou outra representação daquilo que chamo de *sujeito* e que é a afirmação – cujas formas são variáveis – da liberdade e da capacidade dos seres humanos de criar-se e de transformar-se individual e coletivamente. (TOURAINÉ, 2005, p. 13)

Luhmann, pois se entende esta como a mais adequada para tratar de fenômenos complexos, universo em que o Direito Penal – desavisadamente – veio por habitar de forma definitiva.

1.1 QUADRILHA E BANDO

No tocante às questões que envolvem a pluralidade de sujeitos que realizam condutas delitivas, torna-se importante agregar àquelas já apontadas no item anterior, algumas considerações sobre o tipo penal constante no artigo 288 do Código Penal¹⁷ brasileiro que define o que se entende pelo crime de quadrilha ou bando (melhor seria quadrilha e bando), seja para diferenciar das questões que envolvem o próprio concurso de pessoas (ainda que tal figura delitiva apresente o elemento normativo do concurso necessário, pois se trata de um crime plurissubjetivo), seja para projetar, no decorrer da presente pesquisa, a presença ou não de alguns traços característicos que definem o que se entende por uma organização criminosa.

Desde logo, é importante destacar as ideias de Bitencourt, para quem *in verbis*:

[...] faremos uma rápida análise político-criminal da *criminalidade organizada*, que não se confunde com o crime de quadrilha ou bando tipificado na década de 1940. Nesse sentido, merecem ser, de certa forma, resgatados os *antecedentes* daquele dispositivo na lavra de Néelson Hungria, *in verbis*: No Brasil, à parte o endêmico *cangaceirismo* do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos freqüentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de *abigeatores* (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente (*sic*), de ladrões de automóveis. Como se percebe, essa é a anatomia jurídica do antigo e atual crime de quadrilha ou bando. Outra coisa é o fenômeno mundial que recebe a denominação de *crime organizado* ou de *organização criminosa* (2008, p. 237) [grifo do autor].

Embora o diploma penal de 1940 utilize a conjunção alternativa (quadrilha *ou* bando)¹⁸, na realidade, tais categorias conceituais têm características distintas.

Assim, quando o legislador se refere à expressão *bando*¹⁹, certamente a direciona a um grupo de pessoas/delinquentes que se reúnem de forma desorganizadas, ou com um mínimo de organização, o que difere completamente do delito de formação de quadrilha e de qualquer

¹⁷ Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

¹⁸ “A palavra quadrilha pressupõe o número de quatro membros. Para que não surgissem controvérsias futuras, quando a associação tivesse cinco ou mais membros, o legislador reforçou o termo, com o emprego também de *bando*. É que bando dá a idéia de maior quantidade, número ilimitado de participantes, agrupamentos, exércitos. O Código guatemalteco, quando se refere à Polícia, usa a expressão *bando de policías (art.474)*”. (MEHMERI, 2000, p. 809).

¹⁹ Entre nós também a expressão *bando* indica número volumoso de integrantes, normalmente incontáveis (*Bando de Lampião, Bando de Antônio Conselheiro etc*). Adilson, pág. 809.

prática delitiva realizada pelo crime organizado, conforme será verificado no decorrer do presente trabalho.

De acordo com Pierangeli:

A palavra bando apresenta um sentido de associação de malfeitores sem organização interna, ou organização precária, com chefia eventual, que atua preferencialmente no interior, servindo de exemplos os bandos de Antônio Conselheiro, a que se refere Euclides da Cunha em “Os Sertões”, e de Lampião, que intranquilizaram grande parte do nordeste do seu tempo (2007, p. 680).

Dessa forma, verifica-se que o *bando*²⁰, tal como preconiza o Código Penal, parece não apresentar - entre os seus atores - um intelecto mais aguçado a ponto de planejar com cautela e organização uma conduta delitiva. Não há um líder específico em suas ações, e elas não necessariamente são conduzidas de maneira sintonizada, uma vez que os condutores das práticas infracionais podem ou não se apresentarem de forma hierarquizada.

O mesmo não se pode dizer da *quadrilha*, que está mais voltada para a violência urbana e que se vale de uma série de recursos e estratégias organizacionais não existentes na formação dos bandos. Por tais razões, aproxima-se um pouco mais do que se entende por uma organização criminosa, embora se tenha certa resistência em considerá-la como expressão do crime organizado.

Mais uma vez convém destacar o magistério de Pierangeli:

A palavra quadrilha liga-se à delinqüência que opera preferencialmente nas cidades e apresenta, quase sempre, organização e obediência a chefia, possuindo uma maior gama de recursos, inclusive sofisticados, que pelo seu âmbito de atuação alcança quase sempre o crime organizado. São exemplos de quadrilhas de Andinho e Fernandinho Beira Mar (Idem, p. 680).

O que vem a caracterizar o crime de quadrilha ou bando é a associação de um determinado grupo de pessoas (mínimo de 4 pessoas) voltados para a prática reiterada de

²⁰ “[...] a doutrina, de modo geral, trata quadrilha e bando como sinônimos (“Quadrilha ou bando são termos que a lei emprega como sinônimos”, conforme FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1981, p.288). Embora, concretamente, a distinção não adquira relevância maior, Ariovaldo Alves de Figueiredo (1985-1986, pág. 383) aponta traços que distinguiram as duas modalidades: “Diferencia-se, no Código, o sentido das palavras “quadrilha e bando”. Assim, quadrilha é um agrupamento de pessoas malfeitoras, de salteadores, que obedecem as ordens de um chefe e de cujo objetivo é furtar, roubar, praticar latrocínios. Bando é também associação de malfeitores, mas sem organização interna, sem chefe definido, objetivando, da mesma forma que a quadrilha, furtar, roubar, matar para furtar”. Para Marcello Araújo (1977, p.40-41), o “bando se distingue da quadrilha porque aquele é rural e, geralmente, se forma pela união mais ou menos desorganizada de criminosos, cujas atividades criminosas são convergentes.[...] A quadrilha, por outro lado, é urbana e, ainda segundo Deocleciano D’Oliveira, nela há organização e estrutura. A quadrilha possui escalões e o comando é bem definido, nascendo geralmente de um prévio ajuste entre seus principais membros, sendo que os participantes dos graus inferiores da hierarquia ficam sujeitos à rígida disciplina, submetidos à vigilância permanente, verdadeiros súcubos nas mãos dos chefes, sem que isto importe dizer que a participação destes decorra de coação”. O Código Penal brasileiro, definitivamente, trata as expressões como sinônimas” (in FAYET JR; MAYA, 2008, p.278).

crimes indeterminados, ainda que, em alguns casos, possa ocorrer certo direcionamento das práticas delitivas.

Em realidade, trata-se de uma modalidade delitiva em que resta configurado o delito tão logo ocorra a associação²¹, independente de qualquer prática delitiva, sendo que, se esta vier a ocorrer, restará configurada a modalidade de concurso material de crimes, cuja solução normativa é outorgada pelo artigo 69 do Código Penal, logicamente que tão somente com aqueles agentes que vierem a praticar a conduta delitiva posterior.

Segundo Fayet Júnior, o delito de quadrilha (ou bando):

Pode ser conceituado como reunião, junção, agrupamento estável ou permanente de quatro indivíduos ou mais, com o propósito de perpetrar um número indeterminado de crimes, sendo havido, para além disso, como um delito coletivo perfeitamente autônomo (2008, p.279).

O tipo penal ora dissertado procura proteger a paz pública²², na medida em que a associação para práticas delitivas acaba por ocasionar uma perturbação na ordem social.

Neste contexto, Estellita salienta que

Quanto ao bem jurídico, muito embora esteja entre aqueles crimes que tutelam a “paz pública”, observa *Sheila Jorge Selim de Sales*, após discutir a objetividade jurídica no sistema italiano (onde o crime está no capítulo dos crimes contra a “ordem pública), que a “paz pública nada mais [sic] que uma conseqüência da ordem pública, e, ao tutelar a primeira, nossa lei penal tem em vista o sentimento coletivo de segurança, evitando-se que este seja abalado com a prática de crimes” (2009, p.16) [grifo do autor].

É preciso salientar que o delito de quadrilha ou bando trata de uma modalidade delitiva em que se torna indispensável a presença do concurso necessário de pessoas²³⁻²⁴, de

²¹ Crime formal, que não exige a produção de um resultado naturalístico. Não se pode ignorar que de uma certa forma, a tipificação do delito de quadrilha ou bando, sem a produção de um resultado, acaba por gerar uma punição dos atos preparatórios, o que é inviável em matéria de direito penal.

²² As legislações penais, desde épocas remotas, sempre se preocuparam com o intenso perigo à paz pública que representavam a formação de *gangs*, *máfias* e toda a sorte de associações especificamente estruturadas com propósitos delituosos. (MEHMERI, 2000, p.809).

²³ A legislação brasileira exige no mínimo quatro pessoas para se caracterizar a figura delitiva constante no artigo 288 do Código Penal, sob pena de se tratar de fato atípico. Esse número mínimo exigido, difere de algumas legislações estrangeiras. Assim, segundo Ney Fayet Júnior, “os códigos italiano e argentino, por exemplo, estabelecem a exigência de três agentes no mínimo; já a legislação francesa não explicita a quantidade de pessoas necessárias para a configuração do delito”. Nessa linha de idéias, cabe destacar o artigo do Código Penal Francês, apontado por Ney Fayet, *verbis*: “Art. 450-1. “*Constitue une association de malfaiteurs tout groupement forme ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’un ou plusieurs crimes ou d’un ou plusieurs délits punis de dix ans d’emprisonnement*”. (in FAYET JR; MAYA, 2008, p.280).

²⁴ Já o Código Penal Suíço, segundo Mehmeri “considera atos preparatórios para o crime a organização e o plano concreto para a prática de um dos delitos que estão enumerados no art. 260”. (2000, p.808).

forma permanente e estável, ou seja, não basta o liame subjetivo entre os agentes para as práticas delitivas, ainda que direcionadas para diversos crimes, o que faz com que a simples questão quantitativa não seja suficiente para configura o tipo penal de quadrilha ou bando.

Neste aspecto, cabe realizar uma diferenciação que, não raras vezes, acaba por se tornar obscura para muitos operadores do direito: quais as diferenças e semelhanças existentes entre o delito de quadrilha ou bando (*Societas delinquentium*)²⁵ e a figura do concurso de pessoas (*Societas in crimine*)²⁶.

Nesta linha de ideias, pode-se afirmar que a pluralidade de agentes constitui, inegavelmente, uma semelhança entre as duas figuras penais. No entanto, no tocante ao crime de quadrilha ou bando, a associação necessariamente tem que ser estável, permanente e voltada para a prática indeterminada de delitos, ao contrário do concurso de pessoas, em que o agrupamento é eventual e temporário, sendo, inclusive, voltado para a prática de delito determinado.

Segundo leciona mais uma vez Fayet Júnior, *in verbis*:

Significa que não é suficiente um simples acordo de vontades. E a reunião eventual, esporádica mesmo que para a prática de diversos crimes, não será capaz de caracterizar a quadrilha, exatamente por estar ausente a nota de permanência ou estabilidade. É essa característica que, basicamente, irá distinguir esse tipo penal em foco do mero concurso de pessoas, figura jurídica que se individualiza pela transitoriedade ou momentaneidade da conjugação de esforços entre os agentes para a prática de determinado crime[...] Além disso, como regra geral, no concurso eventual, os indivíduos reúnem-se para o cometimento de um certo crime, enquanto na quadrilha prevalece a indeterminação do número de infrações penais (2008, p.286).

Ademais, no delito ora analisado, a simples associação já configura o tipo penal, enquanto que em relação ao concurso de pessoas, só haverá punição se ao menos os comparsas iniciarem os atos executórios.

Em outras palavras, o crime de quadrilha ou bando não admite tentativa²⁷, ao contrário do concurso de pessoas, cuja punibilidade na forma tentada para a prática de um determinado

²⁵ “Associação, mais ou menos estável, permanente, com o propósito de práticas delituosas, para o futuro; número limitado de membros (mínimo de 4); são puníveis seus membros, independente do efetivo cometimento de crime; a pretensão é cometer vários crimes” (MEHMERI, 2000, p. 808).

²⁶ “Associação transitória, eventual, com o propósito de prática delituosa determinada, imediata e exclusiva; sem número limitado de participantes e só puníveis se o crime vier a ser, pelo menos, tentado (Idem, ano 2000, p. 808).

²⁷ Em sentido contrário, Adilson Mehmeri, *in verbis*:” O assunto é controvertido. Noronha não a admite, por tratar-se de atos preparatórios. Damásio de Jesus, com o mesmo argumento, tem semelhante posição, bem como Heleno Fragoso, Salles Júnior e tantos outros notórios doutrinadores. Esse entendimento não se reveste de poder convincente. A possibilidade de tentativa ressurgem das próprias ilustrações dadas pelos autores que a rejeitam. Damásio de Jesus: “A simples reunião para acordar os termos nos quais a quadrilha será formada não indica que o crime esteja consumado. É necessário que o bando tenha começado a operar”. (*Código Penal anotado*, cit., p.690). Obviamente, se essas reuniões, já programadas e realizadas, não consumam o crime, porque dependem

delito é perfeitamente viável (art. 14, II do CP), desde que, obviamente, a figura delitiva assim o permita.

Em verdade, salvo melhor juízo, o delito de quadrilha ou bando é uma verdadeira exceção à vedação de enquadramento penal dos atos preparatórios²⁸, eis que se pune independentemente da prática de qualquer outro delito (que passa a criar o concurso material de crimes). Ou melhor, mais uma vez, nas palavras de Fayet Júnior (2008, p.301), “cuida-se de um tipo penal precariamente garantista, por permitir a antecipação punitiva (ao tipificar atos meramente preparatórios que são, em regra, atípicos), sob o argumento de que as associações constituem um potencial perigo [...]”.

Diversas são as outras análises dogmáticas que podem ser apontadas no tocante ao delito de quadrilha ou bando, tais como as questões relacionadas à eventual participação de inimputáveis no número de agentes exigido pelo tipo.

No que tange à questão relacionada à capacidade penal, o artigo 288 do diploma repressivo não exige que os integrantes da quadrilha sejam revestidos de imputabilidade²⁹. Esse parece ser o argumento central utilizado pela doutrina e jurisprudência para o fim de caracterizar o crime de quadrilha ou bando, mesmo que um de seus integrantes (mínimo de 4 pessoas) seja inimputável. Neste sentido, mais uma vez destacam-se as lições de Fayet Júnior:

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência entendem que essa situação não é capaz de afastar a existência do crime. A argumentação baseia-se, fundamentalmente, no fato de a norma não ter efetuado qualquer exigência quanto à imputabilidade de todos os participantes, tendo em consideração, tão-só, a pluralidade de pessoas, em vista do perigo que a união representa (2008, p. 281).

Ainda que prevaleça tal entendimento³⁰, não se pode ignorar que a parte geral do diploma penal, que é um verdadeiro *outdoor* para a aplicação de todos os tipos penais

da efetiva operação, isso significa que o óbice involuntário superveniente caracteriza a frustração do propósito criminoso. Ocorrerá a tentativa.[...] Se esses atos forem simplesmente preparatórios, como argumentam os doutos juristas, haverá ocorrência de outra esquisitice no direito penal brasileiro: atos preparatórios de atos preparatórios (como é considerado por todos o crime em exame).” (MEHMERI, 2000, p. 813).

²⁸ Esse é o sentido do artigo 31 do Código Penal: “Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

²⁹ “Para ser alcançado esse número mínimo de quatro, contam-se todos que se associem, pouco importando que dentre eles haja inimputável, porque também entra na contagem. Não é necessário que haja chefe ou líder, que eles se conheçam ou que estejam juntos, nem, que sejam todos identificados” (MENHERI, 2000, p. 808)

³⁰ “A doutrina, de um modo geral, tem incluído também no número legal – mais de três pessoas – os *inimputáveis*, como, por exemplo, os doentes mentais ou menores de dezoito anos, ou seja, os penalmente irresponsáveis. A despeito de esse tema ser mais ou menos pacífico na velha doutrina nacional, merece uma reflexão mais elaborada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que não admite, em hipótese alguma, qualquer resquício de *responsabilidade objetiva*. Veja-se, por exemplo, a *participação* de crianças ou adolescentes, os quais são absolutamente inimputáveis e, conseqüentemente, não têm a menor noção do que está acontecendo. Incluí-los, em tais hipóteses, em uma *associação criminosa* representa uma arbitrariedade

constantes na parte especial, estabelece alguns critérios relacionados à imputabilidade penal (sistema biopsicológico).

Nessa linha argumentativa, merecem destaque as ideias de Vargas, ao destacar a necessidade de *in verbis*:

Quatro sejam capazes de ação e de culpabilidade, pois a lei se refere ao especial fim de agir (dolo específico): para o fim de cometer crimes. Considerando que só pode cometer crimes pessoa capaz, segue-se a exigência de que pelo menos quatro sejam capazes. Qualquer argumento em contrário esbarra na lei. Capacidade de direito penal não se transfere, nem se toma por empréstimo (VARGAS, 1993, *apud* FAYET JÚNIOR, 2008, p.281).

Ainda que tais argumentos sejam de difícil rechaço, prevalece a ideia da irrelevância de um dos integrantes da quadrilha ou bando serem pessoas inimputáveis, posição doutrinária esta que parece ser, no mínimo, duvidosa e de uma constitucionalidade discutível, uma vez que afronta os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Sobre este modelo de Estado, ainda que não seja objeto direto da presente pesquisa, vale registrar o pensamento de Copetti, para quem:

A consolidação do conceito de Estado Democrático de Direito passa num primeiro momento pela instituição do Estado Liberal de Direito, num segundo, pelo Estado Social de Direito, para, num momento final, pós-Segunda Guerra, chegar ao modelo que hoje temos abstratamente à nossa disposição na Constituição Federal de 1988 (2000, p. 51).

Portanto, não se pode admitir que a configuração típica do delito de quadrilha ou bando com a presença de um inimputável para compor o mínimo legal esteja de acordo com o modelo constitucional que está à disposição do Direito Penal.

Outras questões também norteiam a aplicabilidade do referido tipo penal, no que tange, por exemplo, ao fato de existir algum agente desconhecido³¹ no universo do agrupamento de delinquentes. Segundo as palavras de Ney Fayet (2008, p.283), “a impossibilidade de reconhecimento de algum, ou de alguns dos agentes, não é causa para a

desmedida, mesmo que, *in concreto*, não se atribua responsabilidade penal a incapazes, utilizando-os tão somente para compor o número legal. Certamente, quando o legislador de 1940 referiu-se a “mais de três pessoas” visava indivíduos penalmente responsáveis, isto é, aquelas pessoas que podem ser destinatárias das sanções penais. Para reforçar nosso entendimento, invocamos o magistério daquele que foi, sem dúvida alguma, o maior penalista argentino de todos os tempos, Sebastian Soler, *in verbis*: “Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal, es decir, mayores de dieciséis años”. (BITENCOURT, 2008, pág. 247)

exclusão do tipo penal”, passando a evidenciar o largo horizonte para a formação da tipicidade.

Ademais, sublinhe-se ainda que a questão relacionada à absolvição de um dos agentes integrantes da quadrilha ou bando merece maior destaque quando o número de réus que respondem ao processo penal limita-se ao número legal exigido pelo tipo (mínimo de 4 pessoas, conforme já referido).

Logicamente que, uma vez absolvido um dos integrantes, e permanecendo um número de réus inferior a 4 (quatro) resta impossível configurar o enquadramento da conduta fática à conduta exigida pelo tipo penal, uma vez que nesta hipótese acaba por gerar uma verdadeira atipicidade.

Mais uma vez, Fayet Júnior sublinha, *in verbis*:

Na hipótese de ser absolvido algum suposto membro da quadrilha, por falta de provas quanto à sua participação, se não remanescerem, apesar dessa situação, ao menos, quatro pessoas, o fato será atípico, em razão da ausência do quorum mínimo de participantes no delito de quadrilha (2008, pag. 284).

Necessário referir, ainda, que as questões relacionadas às causas de extinção da punibilidade e isenção de pena, se concedidas a um dos agentes, em nada afetará a questão ligada à tipicidade, uma vez que o fato em si subsistirá, sendo impossível tão somente a questão relacionada à punibilidade, eis que tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, como elementos formadores do crime, permanecem intactos. (FAYET JÚNIOR, 2008).

Afora as questões relacionadas à quadrilha armada, vem sendo palco de uma grande celeuma doutrinária a possibilidade do tipo penal em tela ser aplicado indiscriminadamente aos delitos societários, surgidos no seio de uma criminalidade econômica.

A par desse panorama, salienta-se que, originariamente, a associação de pessoas para a atividade empresarial é voltada para a prática de atividades *lícitas*, não se podendo, pois, falar em antijuridicidade.

Tanto é verdade que o Código Civil de 2002 (art.966) tem um livro especial dedicado ao direito da empresa, definindo, inclusive, o que se entende pela atividade empresária.

Já o delito de quadrilha ou bando tem em seu nascedouro o dolo específico para a prática de atividades *ilícitas* de forma permanente e estável, não se confundindo, pois, com os crimes societários, que têm finalidade distinta.

Nessa linha de ideias, salienta-se o pensamento de Estellita para quem:

É por isso que não é admissível que toda a imputação da prática de crime econômico contra quatro pessoas ou mais, atuando em contexto de sociedade empresarial (sócios, gerentes, diretores, funcionários etc.), venha acompanhada, *ipso facto*, da imputação do crime de quadrilha ou bando. A confusão entre a reunião de pessoas para a prática de atos ilícitos com o crime descrito no artigo 288 do Código Penal subverte a ordem jurídica, que, como se viu, expressamente autoriza a reunião de pessoas para o exercício da atividade empresarial (2009, p.30).

Conforme se observa, o motivo da reunião das pessoas é completamente diverso. Os sócios comerciais reúnem-se para atividades *lícitas* (ainda que posteriormente venham a cometer algum delito), os quadrilheiros, para atividades *ilícitas* no seu nascedouro, na sua origem, ou melhor, na sua intencionalidade lesiva (elemento subjetivo).

Assim, há de se ter cuidado ao analisar a justa causa para a ação penal a ponto de legitimar a denúncia dos sócios para além dos delitos por eles praticados – provavelmente de natureza econômica e tributária – uma vez que, não raras vezes, alguns operadores do direito confundem a natureza societária plúrima com o delito de quadrilha ou bando.

Neste sentido, mais uma vez merecem destaque as conclusões de Fayet Júnior:

Trata-se de limitações interpretativas que devem ser observadas, obstaculizando-se o crescimento de uma prática, arbitrária e abusiva, de serem lançadas acusações aos indivíduos, pelo crime de quadrilha, pelo simples fato de fazerem parte do quadro societário (ou desempenharem qualquer atividade nesse domínio), e haverem praticado, nesse contexto, outros delitos quaisquer (notadamente os de índole financeira) (2008, p.30).

Dessa forma, não se devem confundir as figuras apontadas, tampouco toda e qualquer quadrilha ou bando vai apresentar as características de uma organização criminosa, ainda que possam estar presentes de maneira isolada em alguma oportunidade.

Assim, o delito de quadrilha ou bando está mais próximo de uma criminalidade de massa do que uma criminalidade organizada, uma vez que dificilmente está presente a corrupção dos agentes públicos para que se realizem os delitos praticados pela quadrilha ou bando, ao contrário do que ocorre nas organizações criminosas, em que tal figura delitiva é uma constante.

Neste sentido, convém destacar o magistério de Bittencourt:

É esta criminalidade de massa que perturba, assusta e ameaça a população. Por isso, há a necessidade de se distinguir com precisão criminalidade organizada e criminalidade de massa. Nessa linha, criminalidade de massa compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. Os efeitos dessa forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança (2008, p.239).

Assim, fazem-se as presentes considerações com a finalidade de, ao mesmo tempo em que se busca o caminho rumo às condutas delitivas fragmentadas, deixa-se para trás qualquer confusão que se possa fazer entre concurso de pessoas, crime de quadrilha ou bando e o que efetivamente se entende por uma organização criminosa.

No entanto, em busca desse caminho das condutas fragmentadas – características da sociedade pós-moderna – torna-se necessário observar – também, um novo fenômeno, não menos complexo, que surgiu no seio dos cárceres brasileiros, qual seja, as facções criminosas.

1.2 O SURGIMENTO E A REPRODUÇÃO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

O esquecimento estatal para com aqueles que cumprem pena nos presídios brasileiros, aliado às condições desumanas do cárcere e à superpopulação³² carcerária têm sido um foco autorreprodutor de criminalidade no universo do subsistema penal³³ brasileiro.

Esse universo insalubre acabou por constituir o nascedouro de ações subversivas coletivas e sincronizadas, através de movimentos carcerários denominados facções criminosas³⁴, que, paradoxalmente, surgiram dentro dos presídios, local que – em tese – deveria ser controlado pelo Estado a fim de proporcionar a ressocialização, que, na prática – na maioria das vezes - não passa de mera falácia dogmática.

Neste sentido, vale destacar o jornalismo criminal investigativo de Percival de Souza:

A *mis-en-scène* foi adquirindo uma configuração que ninguém poderia imaginar. O crime, como entidade, estruturou-se dentro das prisões, até aqui o último dos lugares para pensar numa formatação criminal, porque as pessoas estão na prisão e, em tese, privadas da liberdade, isoladas da sociedade, imobilizadas pelas células e

³² Atualmente o Estado do Rio Grande do Sul convive com um de seus maiores paradoxos carcerários até então existentes, na medida em que, algumas decisões devidamente fundamentadas, estão impedindo o cumprimento de mandados de prisão porque não há mais espaço físico para os presos, sob o legítimo argumento de que o Estado (Executivo) ao longo de mais de 20 anos de vigência da Lei de Execução Penal, não implementou as medidas recomendadas.

³³ “Chamamos sistema penal ao controle social punitivo institucionalizado que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral do sistema penal em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal. Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal – tal como o temos afirmado – como controle social punitivo institucionalizado, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal”. (ZAFFARONI, 1999, p.70)

³⁴ O Rio de Janeiro é o Estado pioneiro a criar setores especializados para combater as facções criminosas. Neste sentido: “Criada em 2003, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (SEAP) definiu como uma de suas prioridades o restabelecimento da ordem e da disciplina nos presídios [...]. A partir desse quadro, a SEAP instaurou uma “política antifacções criminosas” no Rio de Janeiro. (CALDEIRA, Revista de Estudos Criminais, n.º 23, 2006, p. 107)

pulverizadas psicologicamente pelas grades. [...] Origem paulista, era esse o Primeiro Comando da Capital, o PCC, a frente do crime formada por prisioneiros. No começo, tinha um código, o número 1533, porque 15 corresponde à décima quinta letra do alfabeto, P, seguida duas vezes pela terceira letra, C. Portanto, PCC. Com estatuto. Com batismo. Com rituais de entrada. Com pagamento de mensalidade. Com garantias de apoio para quem estivesse fora ou dentro dos cárceres. Com investimentos. Com compra de pessoas que atuam profissionalmente em vários níveis, inclusive o jurídico, providenciando a graduação daqueles que seriam os *doutores do crime*. Criou-se, aos poucos, uma irmandade, ao estilo mafioso, na qual todos passaram a ser tratados e compromissados como “irmãos”. Os embriões foram o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, e o Serpentes Negras, em São Paulo. (SOUZA, 2006,p.21).

Esses agrupamentos, por sua vez, embora possam evidenciar algumas semelhanças enquanto fenômeno, em realidade, apresentam configuração completamente distinta dos institutos do concurso de pessoas e do delito de quadrilha ou bando, bem como em relação às questões relativas ao crime organizado – embora se comuniquem com este - dada a sua diferença normativa e pragmática.

O surgimento das facções criminosas³⁵ está fortemente ligado, entre outras circunstâncias, à necessidade da existência de líderes dentro do sistema carcerário, para que sejam negociadas diversas questões com o poder oficial, entre elas, a própria manutenção de certa “tranquilidade” dentro dos presídios.³⁶

Nesta linha de ideias, Caldeira salienta, *in verbis*:

Essas facções têm poder para intimidar agentes penitenciários e recursos para suborná-los. Além disso, desfrutam de condições para se comunicar com o exterior, através de familiares, advogados, assistentes religiosos ou por meio de celulares e radiotransmissores. As lideranças dessas organizações impõem disciplina à massa carcerária e dispõem de poder até sobre a vida dos detentos. (Revista de Estudos Criminais, n.º 23, 2006, p.107/108)

No entanto, diagnosticar os verdadeiros motivos que acabaram por gerar as facções criminosas no universo do sistema carcerário, embora possa parecer algo simples, tal como o vácuo estatal deixado pelas autoridades responsáveis, é uma tarefa arduosa que não merece respaldo na primeira resposta encontrada, pois se trata de um fenômeno múltiplo, de diversas

³⁵ “O crime organizado não surgiu da noite para o dia. Ele tem adeptos dentro e fora das prisões. O crime organizado sente necessidade de mostrar um lado bom. A sociedade organizada tenta compreender, mas não tem como tolerar algumas situações. Parte do crime estruturado conta com adeptos identificados ou nas sombras. A sociedade revoltada quer ver todos os criminosos bem de longe, repudia a construção de novos presídios em suas cidades e sugere que eles sejam feitos em florestas distantes ou em ilhas inacessíveis, “no meio do mar”. (SOUZA, 2006, p.13)

³⁶ Ao mesmo tempo, as lideranças têm evidente interesse em que a ordem nas prisões não sofra abalos consideráveis: a desestabilização que podem eventualmente provocar e a reação da autoridade, normalmente violenta, constituem reais ameaças à sua posição privilegiada. (COELHO, 2005, p.131)

facetar, pois assim é a sociedade transnacionalizada que tem como emergente o multiculturalismo³⁷.

Neste ponto, com base em alguns aportes da sociologia criminal, aliada à ideia do multiculturalismo – ainda que não seja objeto da presente pesquisa – cabe realizar um rápido corte epistemológico para frisar a diversidade cultural na qual está mergulhada a massa carcerária brasileira, decorrente, entre outros fatores, da globalização da informação (comunicação) e das dimensões continentais brasileiras, fazendo com que tais (sub) grupos acabem por se fechar em seus modelos de atuação e linguagem com a finalidade de manter a unidade de suas ações. São, portanto, um foco rico para a formação de subculturas que acabam por gerar as facções. Daí a aproximação entre o multiculturalismo e o subsistema carcerário, embora os apenados, ao adentrarem no cárcere sofram todo um processo de etiquetamento e despersonalização, que acaba por torná-lo tão somente mais um atrás das grades. Isso demonstra a falência não só da pena de prisão, mas da própria ideia ressocializadora.

Nessa linha de ideias, sublinhe-se o pensamento de Barata, para quem *in verbis*:

[...] não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as relações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais, dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele (1999, p.74).

Em realidade, o surgimento das facções³⁸ constitui o maior fenômeno penitenciário do século XXI³⁹, originário de diversos fatores tais como a inoperatividade do subsistema penal,

³⁷ Uma vez que aqui se pretende analisar alguns fenômenos do direito penal com outras matrizes interpretativas, com base em aportes sociológicos, é possível fazer uma aproximação do sistema prisional com a matriz multicultural, sem fugir ao tema central, dada a riqueza de (sub)culturas que estão imersas no sistema penal brasileiro. Assim, é importante salientar o pensamento do Professor José Alcebádez de Oliveira Júnior para quem [...] “o multiculturalismo não só se encontra no núcleo das discussões sociológicas atuais, como porta, consigo, um número enorme de questões interligadas, o que torna difícil para o pesquisador a delimitação de um caminho prévio com objetivos definidos, como seria possível quando se procura acessar lugares já cartografados ou mapeados. Tal constatação reforça o interesse pelo seu estudo em relação com o Direito, ciência que, no final das contas, no âmbito da pós-modernidade, é que tem que dar respostas de sentido moral e prático, com caráter institucional, às controvérsias no âmbito da cidadania, tendo que se enfrentar com aspectos objetivos e subjetivos do conhecimento”. (Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - MESTRADO URI - , N.1, 2006, p. 162)

³⁸ “A instalação do crime organizado dentro da prisão é a primeira grande novidade penitenciária do século XXI. Se o Primeiro Comando da Capital foi fundado em 1993, o fato é que sua primeira grande demonstração de organização aconteceu com rebeliões simultâneas em 2001. Até então, os presídios poderiam ser no máximo, fontes de informação para o esclarecimento de determinados casos, fora das prisões. Comandar o crime, é a primeira vez. A verdade das ruas nem sempre está dentro dos processos, o que provoca ajustes de contas com resultados quase sempre fatais. O PCC ocupou um espaço vago. Não é comum ver pessoas que trabalham no sistema penal circulando pelas prisões. Portanto, a sociedade castiga mandando para o cárcere, mas não sabe

a falta de instrumentos e recursos adequados para a investigação policial; a inflação penal, o baixo número de operadores do direito (juízes, promotores, defensores públicos, delegados de polícia)⁴⁰ e as condições sub-humanas do sistema carcerário, entre outros, fazendo com que a execução penal não tenha nenhum caráter ressocializador⁴¹ e atue tão somente como um braço forte e repressor do Estado (aliás, o único conhecido por essa população). Não bastasse isso, as teorias disponíveis para a grande maioria dos operadores não possuem ferramentas capazes de contribuir para o desvelamento dos fenômenos que cada vez mais assombram a população.

É justamente em relação a este último fator, especialmente a partir da superpopulação carcerária⁴², em que se produzem e reproduzem ações criminosas, em um mecanismo de fluxo e refluxo, que a ação estatal acaba por não contribuir com nenhum resultado no sentido de minimizar a alimentação desse grande organismo criminal⁴³.

Assim, vale destacar o pensamento de Roxin para quem, *in verbis*:

como é o lugar para onde se manda. Há quem se delicie com o sofrimento imposto, imaginando o que está acontecendo com os autores de certos tipos de crimes.” (SOUZA, 2006, p.12)

³⁹ Não se desconhece o relato do sociólogo Edmundo Santos Coelho, ao apontar a existência das facções em meados de 1983. Salienta o referido autor: O primeiro confronto direto das duas facções deu-se na noite de 12 de abril de 1983, quando houve um tiroteio na 3º galeria da Ilha Grande, da manhã do dia 13 à tarde do mesmo dia, foram assassinados cinco internos, quatro dos quais em unidades do complexo penal da rua Frei Caneca [...]. Naquela noite, ficara declarada guerra aberta entre as facções; para a administração do sistema penal, começava o problema de como isolar os grupos, em meio a uma crescente onda de violência. (2005, p. 127).

⁴⁰ “O crime organizado construiu seu formato, estabeleceu seus códigos, criou uma nova linguagem, avançou sobre funcionários de presídios, sobre juízes, policiais, promotores, advogados e jornalistas. Conseguiu atemorizar a todos, paralisar cidades, causar a expectativa dos dias seguintes.[...]Esse é o mundo do crime moderno, que transforma presídio em escritório, líderes de facções em patrões, dominados em empregados, cemitérios em valas de teorias. A função da prisão nunca foi essa. Solução, ela deixou de ser. Estranho, enigmático mundo. (SOUZA, 2006, p.14)

⁴¹ Só aparentemente está à disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos. (BARATA, 1999, p. 74).

⁴² “Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, indicam, no Brasil, um déficit de mais de 135.000 vagas. Dos 336.358 presos existentes no país, 262.710 cumprem pena em penitenciárias sob condições precárias. Ocorrem em média duas rebeliões e três fugas por dia. São 345 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos, em um país em que são praticados mais de 1 milhão de crimes por ano. Ainda segundo o departamento penitenciário nacional (DEPEN), o Brasil possui 175 estabelecimentos prisionais em situação precária, sendo necessária a construção de mais de 130 prisões para que não haja superlotação, a um custo médio de US\$ 15 milhões de dólares para cada unidade prisional construída. Segundo dados publicados pela Fundação Internacional Penal e Penitenciária, o Brasil é o país da América Latina com a maior população carcerária, bem como com o maior déficit de vagas vinculadas ao sistema prisional brasileiro. O México ocupa o segundo lugar neste *ranking* com 151.724 presos e um déficit de 38.214 vagas, seguido da Colômbia e do Chile, com um déficit de 8.074 vagas para um montante de 39.985 presos”. (PORTO, 2005, p.21).

⁴³ [...] “é importante destacar que está em andamento no Rio de Janeiro uma forte crise dentro das facções. Por conta disso, existem sim uma “lei do silêncio” entre os presos e os agentes penitenciários e autoridades da SEAP sobre a dimensão do problema das facções. Somente em setembro de 2005, pelo menos três presos de grande importância do CV foram assassinados pelo coletivo. Um quarto integrante da facção foi salvo de um enforcamento por um guarda penitenciário. Dos quatro casos, apenas um teve alguma exposição nos jornais: o assassinato do traficante de armas e drogas conhecido como Marquinho Niterói”. (CALDEIRA, Revista de Ciências Criminais, n.º 23, 2006, p.111).

Deve-se fazer o cálculo do efeito da infecção criminal que pode ter a pena privativa de liberdade. O autor, que perdeu suas relações anteriores, associa-se na penitenciária com aqueles que comandam e eles o dirigem diretamente até o caminho da criminalidade. Não são poucos os delitos perpetrados por pessoas que se conheceram no centro penitenciário e que posteriormente operaram conjuntamente. Assim, a pena privativa de liberdade pode envolver definitivamente um delincente relativamente inofensivo no ambiente criminal (ROXIN in CALLEGARI; GIACOMOLLI e KREBS, 2001, p.12).

O que deveria ser a porta de saída do subsistema acaba sendo uma fonte de alimentação do próprio subsistema, uma veia aberta, uma verdadeira roda viva, uma vez que, nas atuais condições dos presídios brasileiros - com raras exceções -, o cumprimento da pena funciona como verdadeiro castigo, despersonalizando o preso que passa a receber toda a carga repressiva do Estado.

Assim, nesse quadro de falência, nasceram e se reproduziram de forma autopoietica⁴⁴ no interior de alguns presídios brasileiros - as facções criminosas⁴⁵ - que adquiriram uma considerável força corruptora das bases do Estado e conseqüentemente, das bases da própria democracia, criando uma verdadeira e perene tensão do sistema prisional com a sociedade e com os centros de manipulação do poder, sendo que, atualmente, na maioria dos Estados brasileiros, a situação parece estar escapando do controle.

Esse fato tem contribuído significativamente para o surgimento de praticamente duas espécies de direitos, ou seja, um “direito oficial” (ditado pela ordem dominante) e um “direito não-oficial” (ditado pelas subculturas carcerárias, guetos e gangues) que passam a se intercomunicar entre si. (SCHWARTZ, 2007).

Nesse sentido, convém destacar as ideias de Schwartz para quem, *in verbis*:

[...] existe um direito oficial, válido e vigente para determinado corpo social. Há, por outro lado, um direito não-oficial, também válido e vigente, porém para os excluídos, ou, em linguagem luhmanniana, para a periferia do sistema social, local em que as decisões do centro chegam somente de forma reflexa. (Revista de Estudos Criminais, n.º 25, 2007, p.72).

⁴⁴ “Qual é a noção a partir que podemos ter de um sistema que é ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, que lida com a idéia de paradoxo? Chamamos isso de autopoiesis. 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 autopoiesis surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado”. (ROCHA, et al, 2005, p.38).

⁴⁵ “[...] não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação. As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e os outros sistemas, graças as decisões das organizações”. (ROCHA, et al, 2005, pag. 37)

A exclusão social pode ser diagnosticada tanto pelos aportes do sistema econômico totalitarista, quanto pelos aspectos relacionados à sociologia. Nessa linha de idéias, salienta-se o pensamento de Young, *in verbis*:

Desse modo, os excluídos criam divisões entre eles mesmos, com frequência sobre bases étnicas, muitas vezes quanto à parte da cidade em que se mora, ou, mais prosaicamente, (ainda que para alguns profundamente), para que time de futebol se torce. É muito importante observar, como destaca Willis, que isso cria problemas de segurança e tranquilidade para outros membros da comunidade, particularmente as mulheres. Eles são excluídos, criam uma identidade que é rejeitadora e excludente, excluem outros mediante agressão e dispensa, e são, por sua vez, excluídos e dispensados por outros, sejam diretores de escola, seguranças de *shoppings* ou supermercados, cidadãos “honestos” ou o policial em sua ronda. A *dialética da exclusão* está em curso, uma amplificação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, num processo pírrico que envolve tanto a sociedade mais ampla como, crucialmente, seus próprios atores, os quais, na melhor hipótese, se metem na armadilha de uma série de empregos sem nenhuma perspectiva, ou, na pior, de uma subclasse de ociosidade e desespero” (2002, p.31).

O fato de existir uma sociedade de direitos e uma sociedade sem direitos⁴⁶, especialmente nas grandes metrópoles brasileiras, não legitima ações das elites das tropas⁴⁷ no sentido de romper com o modelo de direitos fundamentais, criando-se neo-torturas e práticas que nada mais são do que a reprodução da violência com a roupagem estatal que se pretende legítima.

Isto acaba por oxigenar o fenômeno da inflação criminal, uma vez que uma das principais causas responsáveis por este fenômeno expansionista, que procura caminhar na mesma velocidade da delinquência, é certo consenso midiático emitido pelos formadores de opinião. Neste sentido, Salvador Netto sublinha, *in verbis*:

De outro lado, as decisões, no anseio desesperado deste mesmo controle, assumem um julgamento tanto mais arbitrário quanto lastreado em uma tida e suposta “*opinião pública*”, que, de forma ambivalente, ao mesmo tempo em que critica a ciência penal, por entendê-la distante e diletante, a utiliza como mero argumento de convencimento para decisões pré-determinadas, dissimulando-a e descontextualizando-a (2006, p.83) [grifo do autor].

⁴⁶ [...] “o sistema jurídico não conhece outro Direito a não ser o seu. Somente um observador externo estaria no limite de quebrar essa facticidade do Direito, e, com isso, introduzir uma diferença”. (CLAM, et al, 2005, p. 128).

⁴⁷ A partir do filme *tropa de elite* é possível evidenciar o quanto o “direito oficial” contribui para a fenomenologia do crime, uma vez que a estréia da obra deu-se praticamente pela pirataria. A partir desse mesmo filme, verifica-se também o quanto a população brasileira clama por segurança, a partir da insegurança que impera socialmente, ainda que ocorra um rompimento com os direitos fundamentais. Isso fica evidenciado na medida em que, uma semana após o “lançamento”, a revista VEJA de 17 de outubro de 2007, aponta que 72% dos entrevistados pelo Instituto *Vox Populi* consideram que os bandidos são tratados como merecem (alguns executados sumariamente). Nesse sentido, não há dúvida de que a mídia contribui significativamente para dar os rumos da política criminal, sem qualquer respaldo jurídico, reproduzindo – também – violência.

E é nesse universo caótico do subsistema carcerário que surgiu, no mês de agosto de 1993, o Primeiro Comando da Capital (PCC) na casa de custódia e tratamento Dr. Arnaldo Amado Ferreira de Taubaté, também conhecida como Piranhão ou Masmorra, justamente onde o princípio da dignidade da pessoa humana sequer auferiu a conceituação de natureza formal.

O PCC era o nome dado ao time de futebol dos apenados que cumpriam pena em um dos sistemas mais severos do país, sem direito à visita íntima e com direito apenas a uma hora de sol por dia.

É importante destacar que as facções criminosas originaram-se - também - através de lutas por reconhecimento da precariedade das condições do subsistema prisional, o que poderia ser visto como um direito de resistência ao contrato social, especialmente a partir do momento em que este descumpra com sua parcela.

Quanto ao direito de resistência, sublinhem-se as ideias de Buzanello, *in verbis*:

O direito de resistência, preventivamente, funciona como instrumento inibidor dos abusos do poder e, repressivamente, tem a força de garantir o pronto restabelecimento da ordem democrática violada. A submissão que os regimes políticos autoritários impõe aos povos não pode passar incólume e tem que dispor de mecanismos constitucionais e legais que o autorizem a resistirem em nome da dignidade humana ou da ordem democrática (2003, p.XXII).

Nessa linha de ideias, é importante salientar que o direito de resistência implica uma forte oposição ao sistema político considerado legítimo, ainda que as práticas desse (sub) sistema não sejam revestidas desta peculiaridade, podendo ser evidenciado como um direito de segunda ordem. Conforme as palavras de Salo de Carvalho:

O direito de resistência é um dos mecanismos jurídicos que servem para tutelar os direitos primários. Sua característica principal é de intervenção subsidiária, ou seja, quando são violados os bens jurídicos fundamentais: juridicamente o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo que são normas secundárias aquelas que dispõem a proteção das normas primárias: é um direito secundário que intervém em um segundo momento, quando são aviltados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, que são primários. Diferente, também porque o direito de resistência tutela os outros direitos, mas não pode ser por sua vez tutelado, e portanto deve ser exercido com risco e perigo próprio (CARVALHO, *apud* BOBBIO, 2003, p. 242).

Ainda que o surgimento das facções esteja diretamente ligado às condições precárias do cárcere e até mesmo aos movimentos de resistência, elas no decorrer dos anos, acabaram por proporcionar uma mudança significativa em sua finalidade.

Tal fato se evidencia na medida em que o PCC recebeu um caráter político, ainda que de forma não partidária (embora ideologicamente tenha uma linha de atuação definida), a partir do momento em que o seu maior líder, (Marcos Willians Herbas Camacho), mais conhecido como “Marcola”⁴⁸ passou a denominá-lo não mais como o Primeiro Comando da Capital, mas sim, como o Partido da Comunidade Carcerária.

Esse partido, ao longo de mais de 10 anos, reproduziu-se, cresceu e se organizou, migrando para diversos Estados Brasileiros. Hoje está dividido não mais em uma estrutura piramidal, mas em células que a permitem a continuidade das atividades criminosas mesmo com o isolamento de seus líderes.

Comparando essas células sociais com a matriz luhmanniana, especialmente com os aportes da autopoiese, é possível observar a intercomunicação entre esses (subsistemas), de modo a criar uma verdadeira autorreprodução dos organismos criminosos (direito não-oficial). Mantém-se cada unidade de comando (internamente no cárcere) que por sua vez acaba por receber as influências do seu entorno, seja através da corrupção de alguns agentes públicos, seja através das próprias visitas que levam, para dentro do subsistema carcerário, informações (comunicação) capazes de gerar a reorganização e a autoreprodução das ações criminosas a serem tomadas (decisão).

Assim, já é possível constatar a expansão das facções criminosas para todo o universo carcerário⁴⁹ do subsistema penitenciário brasileiro, em especial nos grandes centros de segregação de liberdade. Nesse sentido, alarmantes são os dados trazidos pelo Ministério Público de São Paulo, ao analisar a maior rebelião da história da humanidade, a qual evidencia a forte atuação do PCC, ao constatar que:

O apogeu desta facção criminosa adveio quando ocorreu a maior rebelião prisional da qual se tem notícia no mundo, a chamada “Megarreblião”, em 18 de fevereiro de 2001. Tal rebelião envolveu 29 presídios com ações criminosas

⁴⁸ “O lendário Marcola passou a assumir, gradativamente, uma pose de supremo comandante do PCC. O apelido, segundo ele mesmo, nasceu nos tempos em que, ainda menino, freqüentava a praça da Sé como outros garotos cheiradores de cola Mistura de Marco com cola: Marcola”. (SOUZA, 2006, p. 42/43.)

⁴⁹ “Vários exemplos, contudo, mostram que investimentos humanizados podem produzir resultados surpreendentes. Os ataques de maio de 2006 em São Paulo tiveram uma razão aparentemente singela, mas própria da ansiedade nos presídios: o cancelamento das visitas no domingo do Dia das Mães. Para alguns desinformados, isso poderia ser ridículo. Mas não é. Marcola, o líder do PCC, não tem mãe, mas lutou pelo direito dos companheiros enclausurados, seus subordinados, de vê-las. Os ataques poderiam ser evitados se houvesse um mínimo de bom senso no intransigente governo de São Paulo. Os líderes do PCC queriam ver a mamãe! Fora das muralhas, o motivo pode ser considerado banal. Os presos se rebelaram e “foram para cima”, como se diz nos presídios. Atacaram. As mães representam uma grande força também no sistema. Diretor habilidoso cativa as mães e garante a disciplina através delas. Preso pode não respeitar ninguém, mas ouve o clamor da mãe, que cumpre a pena junto com o filho, de tanto acumular sofrimentos. Quem não sabe de nada disso, não faz a menor idéia do que se passa dentro da prisão. Não é ridículo. É verdade”. (SOUZA, 2006, p.12/13).

simultâneas. O Governo estima em **28 mil o número de rebelados reunidos pelo Primeiro Comando da Capital**, em 19 municípios. Conforme sustentado pelo jornalista Alexandre Silva, para se ter uma idéia da dimensão do ato, a Polícia Civil de São Paulo, no mesmo dia, era formada de 35 mil homens. Nem Luis Carlos Prestes conseguiu mobilizar tantas pessoas em sua ofensiva mais famosa, na década de 20. Prestes atravessou, com a sua coluna, 13 Estados do país, por dois anos, reunindo um contingente fixo de 1.500 homens (PORTO, 2007, p. 75) [grifo nosso].

Tamanha é a organização desta facção que, ao adquirir o *status* político de Partido, o PCC criou o seu próprio estatuto, o que evidencia o seu caráter organizacional, conforme se observa no anexo A. (PORTO, 2007).

Paralelamente ao PCC reproduziram-se diversas facções em diferentes estados brasileiros. Para citar alguns exemplos, em São Paulo, nasceram o Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC), a Comissão Democrática de Liberdade (CDL), a Seita Satânica (SS), as Serpentes Negras e o Terceiro Comando da Capital (TCC). Já no Rio de Janeiro, criou-se o Comando Vermelho, os Amigos dos Amigos (ADA), o Terceiro Comando (TC). (PORTO, 2007).

No Paraná, estruturou-se o Primeiro Comando do Paraná (PCP). Já no Distrito Federal, além de alguns comandos legitimados, existentes e próximos aos centros de poder, criou-se o movimento Paz, Liberdade e Direito (PLD). Em Minas Gerais, surgiu o Primeiro Comando Mineiro (PCM) e o Comando Mineiro de Operações Criminosas (COMOC) (PORTO, 2007).

No Rio Grande do Sul, destacam-se os Manos e os Brasas, ambos criados no interior do Presídio Central de Porto Alegre, o qual adquire o desgostoso *status* da cadeia mais populosa do país e conseqüentemente a mais violenta. Isso tem provocado um acirrado debate na comunidade gaúcha. (PORTO, 2007)

Mas a proliferação das facções criminosas persiste. Em Pernambuco, há o Comando Norte-Nordeste (CNN). O Rio Grande do Norte tem o Primeiro Comando de Natal (PCN). O Mato Grosso do Sul, dispõe do Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul (PCMS) e o Primeiro Comando da Liberdade (PCL). (PORTO, 2007).

Como se percebe, as facções irradiaram-se para todo o subsistema carcerário brasileiro, constituindo-se em mais um problema de direito penitenciário, além daqueles de praxe já conhecidos. Estas facções, que se reproduziram e se organizaram quase silenciosamente, estão a comandar as ações do subsistema carcerário. E porque não dizer, da própria comunidade desencarcerada. Isso se evidencia, na medida em que, cada vez mais, os integrantes do corpo social contratam empresas de segurança privada, fazem seguros contra furto e roubo, gradeiam suas casas, e ainda por cima, colocam cerca elétrica para sua

proteção, gerando, assim, um verdadeiro paradoxo. Afinal de contas, quem está preso? Quem está controlando quem?

É, neste universo paradoxal, que as facções criminosas (não há como negar a sua existência) são apontadas nesta pesquisa como uma das grandes novidades carcerárias do século XXI.

Nesta perspectiva, dadas as práticas subversivas realizadas pelas facções criminosas, que ferem as normas de um “direito oficial”, (SCHWARTZ, 2007) pode-se pontar a dificuldade em reconhecer o movimento das facções como um movimento inserido dentro da ordem constitucional implícita⁵⁰ de um direito de resistência, na medida em que criam uma verdadeira revolução armada comandada dentro dos cárceres brasileiros, ainda que alguns teóricos⁵¹, não afastem a luta armada desse perfil.

Importante frisar que o tipo penal de resistência⁵², previsto no artigo 329 do Código Penal, não se confunde⁵³ com a modalidade de resistência até aqui abordada, uma vez que o tipo penal tem como pressuposto a resistência contra a execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário público ou seu auxiliar, independente de eventual pena correspondente à violência.

De qualquer sorte, no tocante aos apenados que cumprem penas privativas de liberdade nos estabelecimentos penais, e até mesmo outras espécies de pena, deve ser inserida a questão da alteridade⁵⁴. Assim a dignidade da pessoa humana deve ser entendida em uma

⁵⁰ “A essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e se combina com os elementos constitucionais formais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF) e com a abertura e a integração do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e tratados (art. 5º, par. 2º, CF); por fim, pela constitucionalização das espécies de direito de resistência (greve e a objeção de consciência). (BUZANELLO, 2003, pag.211).

⁵¹ “A Guerrilha mais importante foi a do Araguaia, sendo o maior movimento rural armado contra o regime militar, formada por militantes do PC do B (...). Foi também nesse período que sumiu muita gente, os chamados desaparecidos políticos, como os Dep. Rubens Paiva e Stuart Angel Jones. Estima-se que cerca de vinte mil pessoas, foram de alguma forma, diretamente atingidas pela repressão política durante os anos da ditadura. O saldo é de 206 mortos e 144 desaparecidos políticos. Por parte dos agentes de repressão do Estado, houve 98 mortes e nenhum desaparecido”. (Idem, p.323)

⁵² Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos. Par.1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Par. 2º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

⁵³ Nessa linha de idéias, não há que se confundir o delito de resistência com os delitos de Desobediência (aonde não há o emprego de violência ou grave ameaça a ordem emanada pela autoridade estatal), bem como com o delito de Desacato (prática de atos que procurem causar a honra subjetiva do funcionário público).

⁵⁴ “A negação da alteridade é, portanto, uma falha comunicacional que impede a auto-reprodução (e a revolução) do sistema jurídico brasileiro e da cultura gerada em torno de si. Na hipótese de percepção de horizontes de sentido possíveis, advindos dessa miríade comunicacional, seria possível concordar com a seguinte afirmação de TEUBNER: “É na “lei do asfalto” das grandes cidades norte-americanas ou no “quase-direito” das favelas do Brasil, nas formas informais das culturas políticas alternativas...que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural e o subversivo”.(SCHWARTZ, Revista de Estudos Criminais.2007. p. 83).

dupla dimensão, assegurando-se a unidade axiológica do subsistema jurídico, independente ou não de rompimentos epistemológicos.

Nesse sentido, destacam-se as ideias de Sarlet, para quem, *in verbis*:

[...] podemos descobrir as duas dimensões da dignidade. Há uma dignidade fundamental, substancial, que é dividida de forma igual entre todos os homens, qualquer que seja sua situação ou os seus danos à realidade externa. Essa dignidade fundamental exige, porém, a realização de atos, manifestando estes a dignidade que chamamos “atuada”. Dessa forma, se o princípio é absoluto, não se trata de um conceito estático. A dignidade é inalienável e ela é chamada a se realizar. É por isso que querer opor a dignidade à liberdade ou à igualdade não faz sentido. A expressão “respeitar a dignidade da pessoa humana” deve ser tomada em toda a sua amplitude. Eis o que torna a sua utilização bastante difícil no direito (2005, p.86).

Para tratar essa problemática, em contrapartida, o legislador brasileiro, em vez de produzir normas penais que assegurem a dignidade em sua dupla dimensão, como forma de minimizar o fenômeno violento, acaba por repetir discursos criminalizadores⁵⁵ e endurecedores da realidade do cárcere – direito penal simbólico - muitas vezes desrespeitando direitos fundamentais.

Quanto ao simbolismo das normas jurídicas, vale destacar o pensamento de Neves *in verbis*:

Considerando que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico [...]. Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica (2007, p.31).

Nessa linha de ideias, percebe-se, pois, que ao lado da legislação penal não são criadas condições capazes de concretizá-las no mundo da vida, constituindo-se em um mero simbolismo, incapaz de enfrentar as mazelas do Direito Penal. Notadamente, de todos os ramos do direito, ou melhor, de todos os seus subsistemas, pode-se afirmar que o Direito

⁵⁵ No entanto a solução apresentada pelos detentores do poder estatal passa tão somente pela esfera legislativa, conforme já referido, sempre tão alerta, tão atuante para as questões emergentes, quando não está envolvida nas raízes de sua própria corrupção (historicamente o poder legislativo sempre esteve voltado a atender os interesses da burguesia). A elaboração de leis penais de emergência sempre é a solução encontrada, tais como a lei dos crimes hediondos e a criação do regime disciplinar diferenciado, afora outras legislações penais especiais. Com isso se cria uma verdadeira legislação penal do terror, tratando os delinquentes como verdadeiros inimigos, sendo violada uma gama de garantias penais e processuais historicamente concebidas. Não resta dúvida de que os mecanismos de controle da criminalidade precisam ser aprimorados para que muitos delitos não fiquem impunes. Mas não se pode, sob o discurso de emergência que visa tão somente mascarar uma solução e atender o clamor público, esquecer as garantias penais e processuais penais cuja contribuição iluminista assegurou inclusive, por que não dizer, as primeiras matrizes dos Estados Democráticos.

Penal é o que mais é afetado pela legislação simbólica, fortemente arraigada em uma ideia de teoria pura do direito. Neste sentido, Meliá sublinha: “Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (2005, p.58).

Assim, segundo Schwartz, é preciso pensar o subsistema do direito, em especial o Direito Penal, com outros horizontes interpretativos, com a finalidade de fugir do simbolismo estéril e estático, incapaz de gerar novas formas de encarar os fenômenos criminais, notadamente os revestidos de alta complexidade, tais como os delitos de quadrilha ou (e) bando e, em especial, as facções criminosas e o crime organizado, entre outros fenômenos criminais que se inserem no contexto da complexidade. Segundo Schwartz, *in verbis*:

A proposta é, com base na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, permitir uma nova forma de observação desse fenômeno. A necessária comunicação entre os subsistemas sociais possibilita respostas diferentes em uma sociedade altamente diferenciada, periférica e de terceiro mundo (Brasil) (2007, p.74).

Não se trata de reconhecer como ideal os ilícitos praticados pelas facções criminosas ou por qualquer movimento carcerário (ligado ou não ao crime organizado). Trata-se, sim, de observar esses fenômenos que ainda se encontram velados para a maioria dos estudiosos, no sentido de buscar a sua origem, a sua motivação, a sua interação com outros subsistemas, e, em especial, os desvalores que passam a ser institucionalizados no interior do subsistema carcerário a partir da despersonalização e do etiquetamento.

Nessa linha de ideias, Baratta salienta, *in verbis*:

Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos, são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral “oficial”. Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam “determinar pelo valor”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista) (1999, p.73/74) [grifo do autor].

Assim, percebe-se que o universo da massa carcerária, nascedouro das facções criminosas, embora com ramificações nas ruas (sistema fechado e aberto), é um foco constante de autorreprodução de subculturas que acabam se voltando tão somente para práticas criminosas, não por estarem negando certos valores determinantes da sociedade, mas

por estarem exercendo (ainda que não reconhecidos pelo aparato estatal) os “valores” que se institucionalizaram enquanto modelos comportamentais acessíveis, semelhantes - porém de forma inversa - a outras expressões comportamentais daqueles que não delinquem, justamente por terem acessado modelos e valores diversos, próximos do Estado Social, longe das mazelas criminais.

Por mais que não se possa reduzir a problemática das facções criminosas a estas premissas, este é um ponto que se destaca como uma análise interdisciplinar do fenômeno, que acaba por se comunicar não só com matrizes multiculturais - como rapidamente abordado -, mas com a própria sociologia do Direito Penal, que vem se refortalecendo nos debates que envolvem as temáticas penais.

Nesse horizonte delineado, mais uma vez é pertinente salientar as ideias de Baratta:

A teoria das subculturas criminais mostra que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinquência, e em particular, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal. Mostra, também, que diante da influência destes mecanismos de socialização, o peso específico da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres (naturais) da personalidade, é muito relativo. Deste último ponto de vista, a teoria das subculturas constitui não só uma negação de toda teoria normativa e ética da culpabilidade, mas uma negação do próprio princípio da *culpabilidade*, ou da responsabilidade ética individual, como base do sistema penal (1999, p.76).

Por estas e outras razões, apontadas no decorrer da presente pesquisa, que se ventilam com a possibilidade de um rompimento epistemológico no que tange aos estudos das ciências criminais, no sentido de dar valor às ideias sistêmicas, que não ignoraram o campo dos sistemas sociais como um mecanismo de alimentação dos subsistemas acoplados, é claro, respeitando os direitos fundamentais historicamente concebidos.

Dessa forma, traçando um paralelo com o tópico anterior (1.1), no tocante a quadrilha ou bando, ao contrário do que se pensa, o referido delito difere em alguns aspectos do que se entende por uma facção criminosa, pois a figura penal do artigo 288 do Código Penal, embora exija a questão da estabilidade e permanência para as práticas delitivas, não apresenta a formação de estatutos próprios organizados, tampouco exige o pagamento de uma espécie de mensalidade com necessidade de aprovação para fazer parte da facção, criando-se uma verdadeira irmandade de apoio ao comando (poder), inclusive com ajuda e submissão daqueles que, inclusive, estão “aparentemente” fora do subsistema carcerário, embora permaneçam integrantes do subsistema criminal.

Neste sentido, mais uma vez torna-se pertinente apontar as lições de Fayet Júnior, para quem *in verbis*:

Apesar disso, também não se exige que a quadrilha possua estrutura altamente organizada, com estatutos e regimentos internos. Tampouco precisa estar formalizada: basta a reunião fática ou rudimentar. Como bem remarca Eusebio Gómez, “no es necesario, desde luego, para tener como cierta la existencia de una asociación ilícita, que esta se haya constituido con las formalidades que comúnmente se observan en la constitución de las sociedades consentidas por el derecho. No se requiere que ella se rija por um estatuto, ni que disponga de un local para sus reuniones, ni siquiera que estas se lleven a cabo, puesto que el entendimiento entre los socios puede producirse por cualquier medio (2008, p.287/288).

Já as facções criminosas apresentam uma hierarquia bem organizada, que se autorregula. Além disso, as funções de cada integrante encontram-se bem delineadas.

Do ponto de vista da criminologia⁵⁶, pode-se utilizar das subculturas de Cohen⁵⁷, para justificar a existência – de um ponto de vista sociológico do direito penal – das facções criminosas através da estratificação social, em especial devido ao fato de que grande parte da massa carcerária que cumpre pena nos presídios brasileiros é composta por jovens delinquentes, especialmente de delitos relacionados ao patrimônio. Isso acaba por gerar a seguinte indagação: o subsistema penal está a serviço de que modelo? Assim, mais uma vez cabe acrescentar o pensamento de Barata, para quem *in verbis*:

E é Cohen quem desenvolve completamente este aspecto problemático da teoria das subculturas. Em um famoso livro, analisa a subcultura dos bandos juvenis. Esta é descrita como um sistema de crenças e de valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre rapazes que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes. Esta subcultura apresenta a solução de problemas de adaptação, para os quais a cultura dominante não oferece soluções satisfatórias. A questão fundamental posta por Cohen refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Estas razões são individualizadas (de maneira diferente, mas complementar em relação à teoria de Merton) reportando a atenção às características da estrutura social. Esta última induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos *standards* da cultura oficial, e além disso faz surgir neles problemas de *status* e de autoconsideração. Daí, deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não-utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social. (1999, p.73).

⁵⁶ “Em suma, a criminologia permite, aos juristas, sociólogos, psicólogos, etc., uma possibilidade de análise sistemática e crítica da realidade do controle social, ou específica do controle jurídico-penal, a partir das necessidades e propósitos de tais sistemas, sem compromisso teórico com algum com eles”. (FAYET JÚNIOR, in ELBERT, 2003, p.11).

⁵⁷ Não se desconhece a crítica feita por Alessandro Baratta em relação a teoria das subculturas criminais, ao salientar que “a teoria das subculturas, todavia, não se lança para além do ponto em que chegaram as teorias dos fatores econômicos da criminalidade, no âmbito da criminologia liberal contemporânea”. (1999, p. 83)

O fato é que não há uma normatização dogmática do que se entende por uma facção criminosa, mas isso não significa que ela não exista no universo fático. Certamente não se consegue visualizá-la tão somente com a lupa do normativismo. É necessário que o observador se utilize de outros aportes, mais diretamente ligados a um direito reflexivo que não ignore as manifestações do tecido social e suas complexidades, tampouco desconsidere as questões atinentes às subculturas.

Aliada a questão das facções criminosas que surgiram no século passado e passaram a ser difundidas na aurora do século XXI, na década de 90, ingressou no subsistema penal brasileiro – no mesmo período - a legislação referente ao crime organizado (lei n.º 9.034/95) que também será observada na presente pesquisa (não somente em relação aos aspectos dogmáticos), entendidos estes fenômenos como sendo de alta complexidade e que estão a provocar um verdadeiro repensar do subsistema penal.

Dessa forma, conforme destacado, não se pretende trabalhar tão somente com as matrizes lineares, normativistas e cartesianos, mas sim com algumas observações advindas dos aportes teóricos sistêmicos de Niklas Luhmann (ainda que não se esgote a utilização de suas ferramentas), pois se entende esta como sendo a teoria mais capacitada para tratar dos fenômenos criminais complexos que despontam no universo da sociedade atual.

2 CRIME ORGANIZADO: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DE UMA OBSERVAÇÃO SISTÊMICA LUHMANNIANA

2.1 CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS HISTÓRICOS

O crime organizado é um fenômeno fortemente ligado ao processo de globalização, o que acaba por mitigar alguns apontamentos históricos no que tange ao seu surgimento enquanto objeto de estudo.

De qualquer sorte, as primeiras manifestações surgem ainda no século XVI, em países como Itália, Japão e a China, todos com características fortemente marcadas por estilos mafiosos, que passarão a ser analisados como prolegômenos desse segundo capítulo.

2.1.1 A Máfia enquanto organização criminoso

Na busca de aspectos históricos relacionados ao crime organizado, encontram-se os primeiros apontamentos na Máfia italiana⁵⁸ (Siciliana), na máfia chinesa e na máfia americana⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁸ “Fala-se pela primeira vez de mafiosos em 1862-1863, numa comédia popular de grande sucesso intitulada justamente *I mafiusi di la Vicaria*, ambientada em 1854 entre os *camorristas* detidos na cadeia de Palermo. Em abril de 1865, é feita uma menção a “*máfia, ou associação delinquente*” num documento reservado assinado pelo prefeito de Palermo, Filippo Gualterio, e já em 1871 a lei de segurança pública refere-se a “ociosos, vagabundos, mafiosos e suspeitos em geral”. Nos quinze anos seguintes, o termo convive com outro – camorra – sem referência a caracterizações regionais, sicilianas ou napolitanas, e sem diferenciações conceituais unívocas. A palavra camorra indica mormentes sistemas de controle ilegítimo dos mercados, dos leilões públicos, dos contratos, do voto, e, às vezes, as fontes referem-se aos ambientes urbanos, deixando os rurais para a máfia. Entretanto, também temos usos opostos: os protagonistas de *I mafiusi di la Vicaria*, por exemplo, são artesãos urbanos, enquanto o prefeito de Palermo em 1874, Giocchino Rasponi, define a máfia como “malandragem de cidade”. (LUPO,2002, p.14)

⁵⁹ “Passam só duas décadas e a palavra máfia aparece também no lado americano, definindo uma misteriosa organização, remontando a períodos antiqüíssimos, que conservaria sua cabeça pensante na ilha e espalharia por toda parte seus gregários; para estigmatizar uma *alien conspiracy*, um complô alienígena levado avante por “socialistas, nacionalistas ou outros”. Não falta suspeita de uma cumplicidade do governo italiano, como naquela vinheta satírica de fins do século XIX, na qual um flautista mágico atrai para além do oceano os imundos ratos do velho mundo, inclusive o mafioso, em meio ao júbilo dos reinantes europeus e o desespero do tio Sam.(Idem, p.17).

⁶⁰ “Faz muitos anos que ela era secreta, tão secreta que ninguém sabia de sua existência. Havia as cinco famílias mafiosas de Nova York, e eu só ouvira falar de algumas porque morava na Avenida 101. Quando a gente passava pelo velho Jerome Theatre, avistava um lugar chamado Bergin Hunt and Fish Club, tendo à janela um grande vidro laminado no qual se ostentava um enorme peixe. Lá dentro, uns homens de chapéu fumavam e jogavam baralho. Estavam seguros, pois eram quase totalmente protegidos pela ignorância reinante daqueles tempos. O chefe do FBI, J.Edgar Hoover, declarou que isso de Máfia não existia. A Máfia concordava de bom grado. Os agentes federais não enxergavam mais longe que ele”.(BRESLIN, 2008, p.44).

No entanto, ao mesmo tempo em que o crime organizado encontra uma dificuldade conceitual devido à sua constante dinamicidade e caráter multinacional, da mesma forma a expressão máfia é um termo que não encontra uma definição correta e precisa pois, segundo as palavras do professor universitário italiano, “se tudo é máfia, nada é máfia”. (LUPO, 2002, p.14)

Ainda assim, percebe-se que - especialmente a partir da Sicília - a máfia se reproduziu para outros continentes⁶¹, de modo a criar uma verdadeira rede interligada por uma organização funcional, estando marcada por uma interdependência entre as relações políticas, comerciais e eleitorais, dentre outras. Essa interdependência faz com que apresente traços similares ao que encontramos atualmente nas organizações criminosas, notadamente os aspectos sistêmicos ligados à corrupção.

Nessa linha de idéias, embora a máfia não seja sinônimo de crime organizado tal qual se entende hoje, cabe destacar as considerações firmadas por Pacheco, para quem *in verbis*:

Máfia e crime organizado têm algo em comum: a difícil tarefa em se propor uma definição, pois a polissemia do assunto se repete e quem começa a refletir sobre o problema da máfia corre o risco de ser arrastado pela superinundação ideológica do tema (2008, p. 59).

Salienta-se que as organizações criminosas que apresentam algumas características mafiosas estão tipificadas penalmente na Itália desde 1982, mais especificamente no artigo 416, sendo configurada quando existirem um *plus* em sua finalidade, ou seja, não basta que estejam direcionadas a práticas de delitos de forma indeterminada. Elas exigem uma evidente capacidade de intimidação, evidenciadas inclusive nas telas do cinema através do clássico do filme “o poderoso chefão”, além de que os seus integrantes - formados por 3 (três) ou mais pessoas - tenham real discernimento e consciência em relação a essa capacidade de intimidação. (PACHECO, 2008).

⁶¹ “Segundo a acepção hoje predominante, *máfia* corresponderia à criminalidade regional siciliana, *camorra* à criminalidade regional napolitana; por simetria, a mídia introduziu recentemente um termo análogo para a Calábria, ou seja: *ndrangheta*. Podemos depois acrescentar uma máfia chinesa, turca, colombiana, russa, e assim por diante. Porém, estamos só no início da confusão de linguagens, visto que o termo assume acepções bem mais amplas, **distantes até do campo da criminalidade organizada**. Ela pode referir-se à influência de *lobbies*, associações secretas, aparelhos estatais desviados, serve para indicar uma estreita relação entre política, negócios e criminalidade, uma difusa ilegalidade ou corrupção, um mau hábito feito de favoritismos, clientelismo, fraudes eleitorais, incapacidade de aplicar as leis de maneira imparcial (LUPO, 2002, p. 13) [Grifo nosso]. Salienta-se também, segundo Pacheco, “ao contrário do que muitos acreditam, são diversos os grupos que conduzem suas atividades dentro desse estilo, por exemplo, outras organizações italianas, como a Camorra, Sacra Corona Unita e N’Drangheta e tantas outras em terras estrangeiras, como a japonesa Yakusa ou as Triads chinesas.” (Crime organizado p. 60).

Ultrapassada a questão apontada no que tange ao direito penal italiano, o que se percebe - a exemplo das organizações criminosas - é uma relação direta (comunicação) existentes entre a máfia, a política e conseqüentemente a corrupção. Já o caráter intimidatório encontra-se visível não só por ações violentas ou armadas que agem como um estado paralelo (tal como vem acontecendo nas favelas cariocas) mas também no poder estatal, que de maneira silenciosa – obviamente que havendo interesse recíproco - acaba por avalizar⁶² condutas relacionadas a criminalidade mafiosa.

De qualquer sorte, tanto as máfias quanto as organizações criminosas, sempre tiveram ações ligadas a uma idéia de redes, com apoio estatal caracterizado pela corrupção dos poderes públicos, traduzindo suas ações em delitos relacionados ao tráfico de armas, tráfico de drogas e recentemente o tráfico de seres humanos, dentre outros delitos relacionados.

Em relação ao tráfico de armas, vale sublinhar a crítica realizada por Eduardo Galeano, para quem “no mundo como ele é, mundo ao avesso, os países responsáveis pela paz universal são os que mais armas fabricam e os que mais armas vendem aos demais países” (1999, p.7).

No que se refere ao tráfico de drogas, destaca-se que referido delito foi o grande responsável por uma verdadeira reviravolta dos negócios da máfia italiana. Na medida em que se tornou um mercado inevitável para aqueles que já agiam determinados por assassinatos em busca de mais poder e riqueza, as máfias passaram a oferecer mais do que segurança, fator esse fortemente ligado à questão do capitalismo e necessidade de lucro em toda e qualquer atividade.

Assim como apontado no capítulo I, no que diz respeito às facções criminosas, Pacheco aponta algumas considerações que evidenciam o princípio de inicial de um movimento de resistência na história da formação das máfias, a saber, *in verbis*:

As descrições mais remotas dessas associações podem ser identificadas no início do século XVI e tinham como fundo motivador e organizacional os movimentos de proteção contra as arbitrariedades praticadas pelos poderosos do Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos (2008, p. 22).

Nesse prisma, é possível fazer um paralelo com as questões apontadas no capítulo I, pois em sua origem, tanto as facções criminosas quanto a origem das máfias, acabam por

⁶² “Como entre os séculos XIX e XX, já afirmava o chefe de polícia palermitano Ermanno Sangiorgi, “os chefões da máfia estão sob a tutela dos senadores, deputados e outros personagens influentes que os protegem e os defendem para depois, por sua vez, serem por eles protegidos e defendidos” (LUPO, 2002, p.35).

fundar-se na tentativa de se estabelecer um verdadeiro estado paralelo, cada vez mais aprimorado, atuando justamente em um vazio estatal que acaba por se tornar um farto universo para práticas delitivas. Nessa linha de idéias, Pacheco identifica a presença da resistência na máfia chinesa, ao apontar que “figurando entre as mais antigas dessas organizações, estão as *Triads* chinesas, com origem no ano de 1644, estabelecidas inicialmente como movimento popular para expulsar os invasores do Império” (2008, p.22).

Percebe-se que uma característica marcante de toda e qualquer máfia, constitui na facilidade que desfrutam de se adaptarem às novas realidades sócio-políticas, conforme apontado anteriormente. Em relação às *Triads*, é possível verificar que migraram suas atividades, pois deixaram de lado a proteção à população (extorsão), para o incentivo ao cultivo do ópio em *Taiwan* e, posteriormente, à exploração do tráfico de heroína (PACHECO, 2008).

No Japão, verifica-se a existência da *Yakusa* cuja prática é uma espécie de agiotagem na compra de ações das empresas, utilizando-se da ameaça de revelação dos segredos a empresas concorrentes, caso não lhe sejam alcançados valores astronômicos (PACHECO, 2008). Ainda no que tange a busca histórico-jurídica⁶³ do que se entende por uma organização criminosa, depara-se, inevitavelmente e novamente, com a máfia italiana surgido no universo de um direito de resistência.

Nesse sentido, salienta-se que “[...] na Itália, país onde há alguns anos se realizou a *Operazione Mani Pulite*, a tão propalada organização, modernamente conhecida por Máfia, teve início com o movimento de resistência contra o Rei de Nápoles” (PACHECO, 2008, p.23).

Assim, ao contrário do que determina o senso comum teórico⁶⁴, a idéia de organização criminosa acompanha a própria história da delinquência, embora constitua um fenômeno reorganizado no contexto da sociedade pós-moderna. Nessa linha de idéias, Pacheco salienta que “a prática criminosa em níveis de maior ou menor organização é tão

⁶³ Ainda que Luisi aponte a presença de algumas máfias na fronteira sul do Brasil, conforme se verá no capítulo III.

⁶⁴ “O sentido comum teórico dos juristas é, assim, o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos os Tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública [...] A significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente, essa reprodução dos valores conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado *de sentido comum teórico do saber jurídico*.” (STRECK, 2001, p. 41).

antiga quanto a própria história das nações, o que não surpreende, pois o crime é fator que compõe a convivência social desde os mais distantes tempos” (2008, p.23).

Conforme se observa, as organizações criminosas se adaptaram em tempos remotos, sendo que atualmente referida adaptação também ocorre. Nesse sentido, mais uma vez destacam-se as idéias de Pacheco:

As organizações criminosas se ajustaram de forma perfeita ao processo de globalização da economia, o qual implica um fluxo relativamente livre de capitais através de sistemas altamente informatizados. As dimensões e as formas de organização do crime no mundo contemporâneo nada têm a ver com aquilo que existia há duas ou três décadas (2008, p.24).

Com o advento da globalização, fortemente caracterizada por uma abertura de mercado e das fronteiras nacionais, agregadas à inovações tecnológicas e de grandes fluxos de transações financeiras, dentre outras características, as organizações criminosas passaram a se adaptar a esse novo modelo de globalização da economia, porém, com a roupagem dada pela característica principal da sociedade pós-moderna, ou seja, a questão da complexidade.

É justamente nesse contexto que se devem analisar as organizações criminosas, que não mais – necessariamente - buscam ocupar os espaços estatais, mas tão somente se locomover nos espaços vazios deixados pela ineficácia do subsistema estatal, fruto da própria era globalizada, que acaba por balançar os pilares dos Estado-nação, não raras vezes rompendo de maneira abusiva as questões ligadas à soberania.

A partir da 1º conferência mundial sobre o crime organizado realizada em Nápoles no final do século XX, a ação das organizações criminosas passou a adquirir a roupagem internacional, na medida em que põem em risco muitas das atividades lícitas dos Estados soberanos. Isso se evidencia pela própria adequação que as organizações pretenderam com o advento da globalização (PACHECO, 2008). Acarreta, ainda, a necessidade de se buscar uma sintonia entre os diversos países, para que não se tomem ações isoladas, sob pena de sua ineficácia no tratamento a esta espécie de delinquência, conforme será abordado no capítulo III.

Na realidade, a busca de precedentes históricos pouco contribuiu para a análise do crime organizado no século XXI, possuindo uma referência muito mais ilustrativa, na qual se encontram algumas características como a auto-organização, a concentração de poder e a corrupção.

Em concordância com essa concepção, Zaffaroni salienta:

[...] o organized crime como tentativa de categorização é um fenômeno do nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc. (ZAFFARONI, *apud* PACHECO, 2008, p. 26)

Ainda que pertinente a crítica de Zaffaroni, não é demais buscar referências históricas, com o objetivo de trilhar o caminho a ser desvelado. De qualquer sorte, não há dúvida de que as organizações criminosas são fruto da sociedade pós-moderna, por mais que não se ignore seus primeiros traços firmados nos séculos passados, envolvendo as ações praticadas pelas máfias ao redor do mundo.

Na atualidade, o resgate de aspectos históricos tornou-se importante para provocar a busca das categorias conceituais de difícil observação, especialmente devido ao caráter mutante dessas organizações.

Sendo a sociedade atual uma dança interminável dessas mutações, calcadas pela categoria da incerteza, conseqüentemente, as organizações criminosas acabam por receber também essa feição, constituindo-se, ao lado das facções criminosas, como um dos fenômenos criminais mais complexos do direito penal pós-moderno.

Nessa perspectiva, é necessário identificar alguns traços marcantes dessas organizações, para diferenciá-las de outras modalidades delitivas complexas apresentadas no primeiro capítulo, no caminho da utilização de novas ferramentas teóricas a serem aplicadas a todo o subsistema penal no limiar do século XXI.

2.1.2 Características que ajudam a identificar uma organização criminosas

À primeira vista, parece fácil conceituar o que se entende por crime organizado. Diz-se somente a primeira vista porque, na realidade, para se identificar o que se entende por crime organizado, há que se transitar sobre diversos subsistemas, pois o mesmo aparece camuflado em diversos segmentos sociais.

No entanto, uma coisa é inequívoca: nem tudo o que a mídia noticia compreende o crime organizado. A utilização da expressão em vão acaba por contribuir para vulgarizar o seu verdadeiro significado, passando-se a confundir meras quadrilhas e bandos com organizações criminosas.

Por isso, salienta-se mais uma vez o pensamento de Pacheco:

A visão da imprensa é alarmista. Não que a atividade delituosa organizada realmente não seja um problema de grande envergadura e de conseqüências nefastas para as sociedades, porém há uma histeria desenfreada por parte dos meios de comunicação que dá aos leitores, telespectadores e ouvintes, impressões um tanto quanto questionáveis sobre a temática (2008, p.34).

Segundo alguns noticiários televisivos e alguns periódicos, quase todo ilícito penal constitui crime organizado, havendo uma inapropriada divulgação de um fenômeno que não raras vezes acaba por se tornar irreal e que em nada contribui para decifrar seus traços característicos.

Assim, sobre o poder da mídia, vale registrar Castesls, para quem:

[...] devido a possibilidade da mídia e à possibilidade de visar o público-alvo, podemos afirmar que no novo sistema de mídia, a mensagem é o meio. Ou seja, as características da mensagem moldarão as características do meio. Por exemplo, se a manutenção de um ambiente musical de adolescentes for a mensagem (uma mensagem muito explícita), a MTV será programada sob medida para os ritos e linguagem dessa audiência não apenas no conteúdo, mas em toda a organização da estação, bem como na tecnologia e no projeto de produção/transmissão de imagens [...] sempre sob o controle de poderosos grupos financeiros nacionais e internacionais. (2008, p. 425).

Não há dúvida de que a mídia influencia o universo do subsistema penal. Tais considerações são apontadas por Rolim, para quem, *in verbis*:

[...] o primeiro problema a ser destacado quanto à maneira pela qual a mídia retrata o crime, notadamente o crime violento, diz respeito à tendência de divulgar eventos dramáticos a partir de um “tensionamento” de sua singularidade com as dimensões do particular e do universal. Dito de outra forma: o que é apresentado como “fato” – um assassinato, por exemplo – parece desejar “emancipar-se” de suas circunstâncias e já é mostrado, invariavelmente, sem que se permita qualquer referência às condições que poderiam ser identificadas como precursoras da própria violência. Quando essa forma de noticiar o crime se torna a regra – o que, infelizmente, é o caso -, passa a ser improvável que os fenômenos contemporâneos da violência sejam percebidos pelo público em sua complexidade (2006, p.190) [grifo do autor].

A mídia tem sido decisiva na degeneração do fenômeno, não só do crime organizado, mas dos demais delitos como um todo, especialmente, os que têm como vítimas pessoas brancas e das classes mais afortunadas. Casos como os que envolveram a família Nardoni, ou Cristiane Richtholen, tendem a chamar mais atenção do que os diversos homicídios ocorridos diariamente nas favelas do Brasil.

Isso acaba por evidenciar a influência da mídia no discurso do direito penal e do processo penal, uma vez que não raras vezes, após a prática de algum delito dessa natureza, não faltam vozes legislativas para indicar um novo tipo penal, um aumento de pena, uma nova

impossibilidade de concessão de algum benefício ou até mesmo a redução da menoridade penal como no caso da morte trágica no menino João Hélio no Rio de Janeiro. Tais práticas delitivas necessitam ser reprimidas, mas precisam ser tratadas também as consequências delitivas que irão minimizar o fenômeno da violência.

Nesse sentido, os programas de televisão que se dedicam apenas ao jornalismo criminal, acabam por contribuir de forma significativa para uma reflexão estéril, sem conteúdo, que leva em consideração somente os aspectos sensacionalistas e fantasiosos, descomprometido com um verdadeiro debate sobre o fenômeno que permanece, assim, desvelado.

Assim, mais uma vez vale registrar o pensamento de Pacheco:

A manutenção do medo realmente tornou-se rentável para diversos setores. Não se trata apenas da indústria de armamentos, nem da rede privada de empresas de segurança, que se agigantam e ostentam faturamentos altíssimos em decorrência desse culto ilimitado ao pânico e ao medo. A programação que privilegia os temores coletivos eleva os índices de audiência das emissoras e proporciona que anúncios veiculados naqueles horários sejam negociados a preços milionários. As empresas anunciantes, por seu turno, obtêm grandes resultados em suas vendas (2008, p. 34).

Com isso não se pretende afirmar que a mídia, em especial a televisão, não aponte algumas atitudes da criminalidade organizada. O que se está dizendo é que nem tudo o que é divulgado como sendo crime organizado constitui essa espécie e que, não raras vezes, esse veículo comunicativo encontra-se pré-determinado para lançar idéias que não representam a verdadeira feição do crime organizado.

Mas se não se pode levar em consideração a mídia para identificar as organizações criminosas (entendidas nesta pesquisa como crime organizado), como se identificar, então, alguns traços que caracterizam essa variedade de fenômeno criminal?

Pode-se, assim, começar a operar com alguns aportes da matriz luhmanniana, tal como o mecanismo de redução de complexidade delitiva, para se chegar o mais próximo possível do fenômeno, uma vez que sua conceituação é notadamente dificultosa.⁶⁵

Sobre a utilização desse mecanismo, vale sublinhar as considerações de Schwartz, para quem “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).

⁶⁵ Ademais, toda a conceituação tende a atender a um paradigma cartesiano, ao qual se pretende superar nesse trabalho.

Portanto, para se buscar essa redução, além das questões supramencionadas, é necessário destacar, mais uma vez, que a criminalidade organizada não se confunde com a criminalidade de massa. Esta pode ser identificada como a criminalidade comum que está presente no cotidiano, traduzida nos delitos de homicídio, furto, roubo, estupro, dentre outras modalidades delitivas. Já a criminalidade organizada, ou melhor, o crime organizado, está fortemente caracterizado pela inserção da tecnologia nas práticas delitivas, além da marca constante da corrupção dos poderes, dentre outras circunstâncias.

A tentativa de conceituação não parece ser a forma mais segura de tratar o fenômeno do crime organizado, pois a tendência é que tal conceituação acabe por engessar o seu verdadeiro significado e as suas mais variadas formas de expressão. De qualquer sorte, a lei 9.034/95 que trata do crime organizado, não traz nenhum conceito específico sobre o que significam tais organizações. Assim, cabe registrar a crítica emanada por Gomes, ao salientar:

Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma, uma enunciação abstrata em busca de um corpo, de um conteúdo normativo que atenda ao princípio da legalidade. Enfim, juridicamente não se sabe ainda o que é uma organização criminosa no Brasil (GOMES, *apud* PACHECO, 2008, p. 50).

Ainda assim, não se ignora o conceito proposto por Callegari, ao referir que

[...] uma organização criminosa constitui uma estrutura criminógena que favorece a comissão reiterada de delitos (facilitando sua execução, potencializando seus efeitos e impedindo sua persecução) de maneira permanente (já que a fungibilidade de seus membros permite substituir os seus integrantes). Em consequência, é possível que sua mera existência suponha um perigo para os bens jurídicos protegidos pelas figuras delitivas que serão praticadas pelo grupo e, por tanto, constitui um injusto autônomo, um “estado das coisas” antijurídico que ameaça a paz pública. (2008, p. 21/22)

Dada a complexidade do tema, ainda que pertinente a ideia conceitual,⁶⁶ esse parece não ser o melhor caminho, conforme já destacado. Assim, é válido, por isso, registrar as palavras de Mendroni, para quem:

⁶⁶ **“Definição dos Criminologistas:** “Crime organizado é qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer em divisão de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também inclui, em uma análise, uma posição para corruptor, uma para corrompido e uma para um mandante”. Grifei

Definição do FBI: “Qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, corrupção, fraude ou extorsão, e geralmente têm significado impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam”. Grifei

Interpol: “Qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção”. No Brasil, Guaracy MINGARDI apresentou a seguinte definição: **Guaracy Mingardi:** “Grupo de pessoas voltadas para

Não se pode definir para atribuir características rígidas, com formas pré-estabelecidas. Aliás, tolíce é a definição legal, pois, como dito, em um País como o Brasil existirão diferentes organizações criminosas com distintos *modus operandi* conforme a deficiência Estatal da região que adotem para operar. Eventual definição que incorpore a legislação penal vigente fará restringir os dispositivos processuais que lhe possam ser aplicados, caso a sua tipificação se torne difícil (MENDRONI, 2002, p.9).

Por outro lado, a não conceituação do que se entende por uma organização criminosa, acaba por gerar alguns problemas no campo da tipicidade, pois há que se ter cuidado para não se cair na armadilha de criar um tipo penal demasiadamente aberto, razão pela qual, na esteira de redução de complexidade, torna-se fundamental identificar alguns elementos identificadores, algumas formas de execução e os principais delitos correlacionados.

Nessa caminhada do Direito Penal na pós-modernidade, ainda que não se deva abandonar os postulados adquiridos pelas ciências penais abaixo de muita sangue e barbáries, também não se deve ignorar que a questão da tipicidade precisa ser melhor equacionada para absorver o universo das demandas dos subsistemas sociais, sem que isso implique um retrocesso em matéria repressiva.

Pode-se afirmar que nas organizações criminosas há uma questão central comum a todas as suas formas, quais sejam, a questão da corrupção. Quanto a essa prática delitativa (que no direito penal brasileiro está tipificada nos artigos 317, 333, 337-B e 337-C do diploma repressivo), tão antiga quanto à história da humanidade, Pierangeli leciona, *in verbis*:

Na Bíblia, em várias passagens aparece a corrupção: “Quem desvia os justos para a má via cairá na sua própria fossa”(Provérbios, 28.10), texto que vem sendo interpretado como “Quem procura, de alguma forma, a corrupção dos puros, sofrerá as conseqüências de seu ato” (Atila J. Gonzalez e Ernomar Octaviano). Ainda entre os hebreus, pela lei mosaica, o juiz corrupto era punido com a flagelação, enquanto na Grécia, a pena era a de morte. Diz Hungria que a história noticia “que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pele foi guarnecer a cadeira onde devia sentar o seu substituto. [...] Nosso Código Criminal de 1830 incriminava a corrupção com os nomes de peita (art. 130) e suborno (art.133). No art.130 punia-se o recebimento de dinheiro ou outro donativo, ou aceitação de promessas. A incriminação no art. 133 consistia no deixar-se corromper por influência ou petítório de alguém [...]”. As penas eram idênticas: perda do emprego com

atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção do território. [...] A propósito, o Estado de Nova York, -ressalte-se, um dos mais assolados pela Criminalidade Organizada, quando escreveu o seu Ato de Controle ao Crime Organizado em 1986, considerou que por causa da sua imensa diversidade de natureza, torna impossível precisar o que é Organização Criminosa”. Grifei. (MENDRONI, 2002, pag. 7).

inabilitação para outro qualquer, multa igual ao trespobro da peita, e prisão por três a nove meses (2007, p.841).

Nessa trilha identificadora de alguns traços marcantes do que constitui o crime organizado, é possível observar que tais ações estão calcadas em práticas continuadas, que têm à disposição o uso alternativo da violência - tendo-se como “recurso” a grave ameaça -, bem como a própria corrupção conforme fortemente destacada nos parágrafos anteriores, além de organização funcional e multiplicidade de frentes delitivas (PACHECO, 2002).

O crime organizado em si não constituiu um tipo penal de maneira autônoma, fazendo com que se utilize de uma gama de modalidades delitivas constantes no Código Penal⁶⁷ e na legislação especial, para fins de tipicidade, já que a lei trata mais especificamente as questões relacionadas à prova e aos procedimentos investigatórios.

Diz-se que a corrupção⁶⁸ é uma marca constante das ações propostas pelo crime organizado porque ele atua em um vácuo estatal, no qual passa a estabelecer relações com o poder constituído, de forma perene para dar sustentáculo a suas ações (acoplamentos estruturais).

Nessa linha de idéias, vale repisar que o Código Penal, ao preceituar os crimes de corrupção passiva (art. 317 do CP) e corrupção ativa (art. 333 do CP), ainda está longe de ser eficaz para a minimização da corrupção, uma vez que tais dispositivos não são aplicados na mesma proporção em que se desenvolvem suas práticas nos poderes da República. Isso não significa que qualquer delito de corrupção, seja na modalidade ativa, seja na modalidade passiva, esteja diretamente relacionado ao crime organizado, o que vai depender da

⁶⁷ Neste sentido, fazendo-se uma rápida triagem no Código Penal brasileiro, é possível identificar os seguintes tipos penais: (estelionato e outras fraudes, crimes contra as marcas de indústria e comércio, crimes de concorrência desleal, corrupção de menores, tráfico de pessoas, crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, crimes de moeda falsa, crimes de falsidade de títulos e papéis públicos, crimes de outras falsidades documentais, crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, crimes praticados por particular contra a administração em geral, crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, crimes contra a administração da justiça, crimes contra as finanças públicas, dentre outros, sem falar nas tipos penais presentes nas legislações especiais, tais como o tráfico de drogas, a sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro, dentre outros.

⁶⁸ A palavra corrupção tem seus correspondentes em *coecho* (espanhol), *corruption* (francês), *corruzione* (italiano), e *Bestechung* (alemão); em todas a venalidade gira em torno da função pública, mas diversamente do que ocorre em outras legislações, estabeleceu-se uma clara distinção entre corrupção ativa e passiva. Na corrupção passiva, tem-se em consideração a conduta do funcionário *corrompido*, enquanto na ativa considera-se a conduta do *corruptor*. Neste delito, vislumbra-se “um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício” (Fragoso). Atente-se, desde logo, que não se exige a corrupção ativa para que possa ocorrer a passiva, como ocorria no Código Penal de 1890. O nosso legislador de 1940 inspirou-se no Código Penal suíço (art. 315), mas adotou uma redação bem mais técnica. A lei francesa de 8 de fevereiro de 1945 e o Código Penal espanhol anterior também tiveram a lei suíça como fonte inspiradora (Pierangeli, pag. 842).

complexidade do contexto fático, das relações entre os subsistemas e das ferramentas teóricas capazes de realizar a melhor observação.

O que se está a afirmar é que todas as práticas decorrentes do crime organizado acabam por ter presentes às questões da corrupção. Talvez aí possa estar o primeiro passo para minimizar o fenômeno.

No entanto, essa preocupação parece não ser do Brasil. Basta analisar que o Supremo Tribunal Federal, em mais de 20 anos da Constituição Federal, não apresenta nenhuma condenação de político por corrupção, o que causa no mínimo uma forte perplexidade em um país onde os escândalos se repetem de maneira desenfreada, ou melhor, se (auto)reproduzem.

A corrupção se desenvolve entre uma diferença entre o código binário proposto por Luhmann - lícito e ilícito – isto é, ocorre uma sobreposição de estruturas ilícitas que acabam por oferecer, em alguns casos, segurança ao cidadão, sobre a licitude das questões apresentadas pelo Estado, de poucos atrativos.

Isso acaba por gerar aquilo que Marcelo Neves denomina de “corrupção sistêmica”, ou seja, há uma contaminação do subsistema do direito (aqui estudado sob o enfoque do direito penal) pelas manifestações de seu entorno, ou das questões que se encontram na periferia do subsistema jurídico.

Nesse sentido, Neves salienta:

A chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito. Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais de reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretensão direito extra-estatal socialmente difuso (2007, P.147) [grifo do autor].

Assim, a corrupção sistêmica acaba por invadir o universo do direito, tornando-se terreno fértil para manifestações do crime organizado em suas mais diversas formas, tais como o tráfico de drogas, o tráfico de seres humanos, o tráfico de armas, dentre outros delitos.

Ao lado da corrupção sistêmica, vale sublinhar novamente a presença de outros elementos constantes nas organizações criminosas, tais como a estrutura hierárquico-piramidal, a divisão orientada das tarefas, a participação de membros restritos, a participação de agentes públicos (corrupção), a finalidade de obtenção de dinheiro e poder, a necessidade de certo domínio territorial que não raras vezes ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais, tudo isso voltado para a produção de diversas atividades executórias. (MENDRONI, 2002).

Registradas essas considerações, vale rememorar que a violência é um dos últimos recursos a serem utilizados pelo crime organizado, tarefa esta executada por agentes específicos e não pelo alto escalão da organização, cuja finalidade é evitar o alarde social, minando, assim, as possibilidades investigatórias e eliminando vestígios, que acaba por contribuir para a inoperância dos órgãos de controle e repressão.

2.1.3 A insuficiência dos mecanismos legais de controle ao crime organizado

A respeito dos mecanismos legais de controle e identificação do crime organizado, pode-se afirmar, desde logo, que a lei 9.034/95 (constante no anexo B), que dispõe sobre a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, por si só, acaba por se tornar insuficiente para o controle dessas ações, na medida em que não se procura uma linha preventiva que dificulte as ações do crime organizado.

Sobre isso, vale destacar o pensamento de Roxin (in CALLEGARI, GIACOMOLLI, KREBS, 2001, p.15) “Os bancos deveriam permitir ao fisco a revisão, desde o princípio, de todos os grandes movimentos de dinheiro; isto seria uma grande medida eficaz contra a criminalidade organizada em comparação à sanção de um pequeno vendedor de drogas”.

O controle rigoroso de ações ligadas às movimentações financeiras pode constituir uma estratégia importante no controle de tais ações, associadas também a outros mecanismos, tais como a cooperação internacional, que também será abordada no decorrer da presente pesquisa. Sob esse prisma, registre-se o contundente pensamento de Galeano, para quem, *in verbis*:

As possibilidades de que um banqueiro que depena um banco desfrute em paz o produto de seus golpes são diretamente proporcionais às possibilidades de que um ladrão que rouba um banco vá para a prisão ou para o cemitério [...] A economia mundial é a mais eficiente expressão do crime organizado. Os organismos internacionais que controlam a moeda, o comércio e o crédito, praticam o terrorismo contra os países pobres e contra os pobres de todos os países com uma frieza profissional e uma impunidade que humilham o melhor dos lança-bombas [...] Os bancos mais conceituados são os que mais narcodólares lavam e mais dinheiro roubado guardam (1999, p.6).

Ao lado da referida legislação, pode-se apontar diversos outros mecanismos legais que, de formas ou de outra, encontram-se atrelados à verdadeira finalidade da lei de combate ao crime organizado, a saber:

- lei 9.807/99 (estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal);

- possibilidade de formação de força tarefa, a ser constituída basicamente pelo Ministério Público e a Polícia;

- possibilidade de delação premiada, constante na lei do crime organizado;

- possibilidade de quebra de sigilo bancário e fiscal;

- lei 9.613/98 (Dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos neste Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF e dá outras providências);

- lei 7.492/86 (Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências);

- lei 9.296/96 (Regulamenta o inciso XII, parte final do art.5º da Constituição Federal.

- possibilidade de utilização de agentes infiltrados.

Se por um lado o direito material e processual penal apresentam diversos mecanismos de controle e minimização do fenômeno do crime organizado, conforme destacado anteriormente, por outro resta saber se esses apontamentos legislativos são suficientes para minimizar o fenômeno ou, no mínimo observá-lo. Ao que parece, a resposta é negativa.

O mundo normativo-legislativo, ainda trabalha com a idéia das certezas absolutas, sendo muito difícil normatizar todas as possibilidades existentes em um universo social de alta complexidade. Ademais, as diversas legislações supracitadas, são todas elaboradas em contextos temporais diversos e sem sincronia, sem qualquer contextualização, o que poderia facilitar a ação de todos os operadores do direito, a serviço do subsistema penal. Não há comunicação entre as legislações, o que acaba por contribuir mais para a expansão da inflação criminal do que para o próprio tratamento do fenômeno delitivo.

Nessa linha de ideias, destacam-se as idéias de Cunha Júnior:

A aplicação cega da norma mostrou-se mais nociva que o próprio conflito de interesse, gerando temerárias injustiças. A mediação hermenêutica, as mudanças históricas, as novas demandas sociais, as exigências éticas, as vicissitudes dos casos concretos, a abertura e a principiologia do sistema jurídico são variáveis contínuas e maleáveis **que comprovam que também no mundo do Direito acabaram certezas,**

ilusões e determinismos (CUNHA JÚNIOR, *in* BARRETO, 2006, p.230) [Grifo nosso].

Esse fenômeno expansionista sobrecarrega o princípio da legalidade, o que acaba por contribuir para certa crise de ineficácia do subsistema penal, aonde ainda impera a idéia de que é possível acabar com a criminalidade, seja ela de massa ou organizada, tão somente com a edição de novas leis. Assim, se por um lado o princípio da legalidade foi importante para a sustentação dos Estados Modernos, por outro, o seu uso desenfreado só tem contribuído para gerar uma expansão do direito penal (COPETTI, 2000).

No mundo globalizado e complexo, ainda que seja fundamental a preocupação com o não rompimento do modelo protetor de direitos fundamentais, resta saber se tal modelo normativo está de acordo com os anseios da sociedade pós-moderna, completamente modificada em relação ao tempo em que o princípio da legalidade restou estabelecido. (COPETTI, 2000).

Nesse contorno reflexivo, cabe apontar com as próprias palavras de Copetti, o seguinte:

O princípio da legalidade, enquanto ativo somente dentro de uma relação formal de aplicação da lei, **é insuficiente para atender às demandas da justiça dentro da esfera da atuação estatal penal nos parâmetros da sociedade atual.** A ele precisam ser somados instrumentos que possibilitem aos legisladores e aplicadores da lei realizar uma leitura substancial do fenômeno sujeito à incidência da lei penal, impondo-os limites desta ordem, e não somente de natureza meramente formal (2000, p.113) [Grifo nosso].

Registradas tais ideias, não se pretende uma leitura formal do fenômeno do crime organizado e seus problemas de tipicidade. É necessário mais que uma leitura substancial do fenômeno, a começar pela matriz jurídica a ser aplicada, pois não se compreende o que se entende por crime organizado senão se compreender o que se entende por sociedade atual. E com isso não se preocupou a matriz normativista Kelseniana.

Nessa esteira, registra-se o pensamento de Rocha:

Assim sendo, num primeiro momento, na modernidade, o normativismo surge como um sistema jurídico fechado, em que as normas válidas se relacionam com outras normas, formando um sistema dogmático hierarquizado; e, num segundo momento, na globalização, surgem hermenêuticas que dizem que as normas jurídicas, no sentido Kelseniano, no sentido tradicional, não são possíveis, que é preciso haver uma noção alargada, uma noção mais ampla que inclua também regras, princípios, diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade. A hermenêutica, é um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante aos juizes, advogados, e aos operadores do direito em geral. Isto quer dizer que a hermenêutica fornece ideologicamente muito

mais poder de ação. Entretanto, a hermenêutica jurídica também possuiu lacunas teóricas. A hermenêutica jurídica abre um importante ponto de preferência para a análise da sociedade, para a compreensão do direito. Mas ela não explica suficientemente o que seja a sociedade. (ROCHA, et al., 2005, p.26).

Assim, já é hora de agregar ao presente trabalho os aportes teóricos sistêmicos de Niklas Luhmann, pois talvez não exista um fenômeno penal tão sistêmico e complexo quanto ao crime organizado⁶⁹, cuja análise não pode se limitar ao contexto dos Estados Nacionais, sob pena do não desvelamento do fenômeno.

2.2 DA MIGRAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO CARTESIANO PARA O PENSAMENTO SISTÊMICO COMPLEXO

O conhecimento científico como um todo está calcado no paradigma mecanicista da determinação e da certeza das pesquisas realizadas, que sempre deu maior ênfase as 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 à idéia 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. Segundo 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).

⁶⁹ Bem como as facções criminosas.

É importante salientar também, no que tange a mudança epistemológica necessária⁷⁰ para compreensão de fenômenos complexos, as idéias de Fritjof Capra, para quem:

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 cartesianas⁷¹, seja no universo das academias, seja na prática forense, sob o pretexto do mito conservador da segurança jurídica.

A estas alturas, cabe indagar: é 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.

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 jurídica⁷² 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

⁷⁰ Não é demais lembrar 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.

⁷¹ 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 quebraimento 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.

⁷² Como ter segurança jurídica em um sistema processual probatório que ainda está calcado basicamente na prova testemunhal de reconhecida limitação?

subsistema penal, criações dogmáticas que ainda tomam conta do imaginário dos juristas (WARAT), identificadas em várias outras expressões⁷³.

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.

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 células⁷⁴. 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 “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).

⁷³ 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.

⁷⁴ Já no que tange aos sistemas sociais, pode ser explicada pela economia, pela política ou pelo próprio direito.

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 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 trabalhar com a idéia das probabilidades/contingência, na linguagem luhmanniana.

Mais uma vez, recorre-se a Capra, para quem:

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 que:

[...] 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 da presente pesquisa não consiste em saber se é possível aplicar os conhecimentos sistêmicos vindos da biologia ao subsistema do direito⁷⁵, tarefa já realizada por Luhmann, mas, sim, da possibilidade de aplicar a presente matriz no subsistema penal, em especial na análise tocante ao crime organizado 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 XXI⁷⁶. Assim, sublinhem-se as reflexões de Bindé, para quem *in verbis*:

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)

⁷⁵ Em especial o direito penal.

⁷⁶ Basta analisar as mazelas carcerárias. Em tempos de pós-modernidade, o subsistema carcerário, notadamente o gaúcho, parece reviver as barbáries apontadas por Beccaria e Foucault.

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. É o que se pretende no subitem a seguir.

2.2.1 Um novo paradigma para o subsistema penal em tempos de incerteza: a questão da complexidade

Muito se fala em complexidade na sociedade pós-moderna, mas pouco se diz sobre o que ela é. Ainda assim, 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?

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 definir 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 ações⁷⁷.

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 Revisores⁷⁸.

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).

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.

⁷⁷ O que passou a constituir um grande paradoxo, na medida em que o Estado, ao invés de vigiar, passou a ser vigiado.

⁷⁸ 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”.

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 até aqui abordados (quadrilha e bando, facções, 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.

Isso implica que a teoria sistêmica, observa “não somente o que é permitido, mas também o que é proibido” (LUHMANN, 1983) como forma de não ignorar as diversas possibilidades sociais que acabam por elevar a categoria da complexidade⁷⁹.

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).

Sendo assim, não se pode confundir complexidade com complicação, o que acaba por confundir a mente de muitos operadores. 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 ou o que se observa por crime organizado, não se pode ignorar aquilo que não o é.

⁷⁹ O Direito penal, tal como ele é, ocorre justamente o contrário. Com raras exceções como as causas excludentes de ilicitude, antijuridicidade e culpabilidade, ele se preocupa tão somente com as condutas proibitivas, pois está calcado na idéia do livre arbítrio.

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 autorregulação 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 esta 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 de 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.

2.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS DUAS GRANDES FASES DA OBRA DE LUHMANN: DO FUNCIONALISMO À AUTOPOIESE E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL

A matriz pragmática-sistêmica de Niklas Luhmann, aqui, abordada como referencial teórico da presente pesquisa, 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 subitem 2.2.1), 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 tradicional⁸⁰, sempre esteve calcado na questão central da pessoa humana e sua dignidade.

Na teoria sistêmica, Luhmann 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 impossibilidade 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.

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.

⁸⁰ Conforme destacado no item 2.2.1 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.

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 reivindicados 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 insulamento 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 observar 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 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 (tratada no capítulo I) 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:

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.⁸¹ 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 autopoietico (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 que está inserido⁸². 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.

2.3.1 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 autopoiese.

Mais uma vez cabe apontar que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é considerada a mais adequada para tratar com fenômenos 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

⁸¹ O que não está nos Códigos não existe.

⁸² 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).

para os fenômenos penais complexos, na medida em que rompe com alguns postulados cartesianos de análise linear do conhecimento e conseqüentemente dos fenômenos jurídicos, para calcar-se em uma perspectiva sistêmica, que valoriza o todo a partir da intercomunicação de suas diversas partes.

O conceito de autopoiese 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 autopoiese 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 autopoietico, pois, “não há, na natureza, um sistema autopoietico mais simples do que uma célula [...]” (CAPRA, 1996, p.159).

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 “languageamento” (“*linguaging*”). 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, tendo 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*:

Comçaremos 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, conforme se nota pelo anexo C.

A partir de tal decisão, proferida nos autos do processo número 10300041232 da 1ª Vara Cível da Comarca de Cruz Alta, ainda que timidamente, pode-se apontar que constitui a primeira sentença judicial calcada nos aportes luhmannianos, verdadeiro marco na história do Poder Judiciário brasileiro.

Essas breves constatações práticas e não somente teóricas, evidenciam a importância da teoria dos sistemas para a observação de conflitos no âmbito da prática jurídica, de fundamental importância para se compreender e observar o direito no contexto da complexidade, marca da sociedade pós-moderna, uma vez que, a autopoiese pode servir como estrutura reguladora da unidade do direito penal na pós-modernidade.

2.3.2 A inserção do risco ao subsistema penal na pós-modernidade via tipicidade

A dinâmica e a complexidade das diversas relações estabelecidas nos sistemas sociais fazem com que na atualidade a questão do risco nunca tenha estado tão presente, podendo servir de aporte para o observador na tomada de novos processos decisórios.

O risco é inerente aos sistemas sociais, ou melhor, “na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo”. (ROCHA, 2005, p.36). A equalização do risco na sociedade pós-moderna e sua inserção no direito penal para que o cometimento de alguns delitos possam assim ser analisados é uma das questões cruciais deste subitem, ao lado da indagação se o direito penal deve ou não abarcar tal categoria no interior do seu subsistema e através de qual elemento da teoria geral do delito?

Ainda que a tradição do direito penal não deva ser menosprezada em hipótese alguma - direito penal finalista, garantista e humanitário - pois, conforme destacado no subitem 2.2, o pensamento sistêmico e complexo e as matrizes que melhor tratam da temática, não

necessariamente precisa se sobrepor a teorias e métodos epistemológicos historicamente concebidos, mas sim agregar aos mesmos mecanismos de melhor compreender a complexidade que está no entorno dos subsistemas (muito mais do que dentro dele).

Assim, é notória a inserção do risco no universo dos subsistemas sociais e conseqüentemente no direito, uma vez que se fala em risco até mesmo da própria manutenção da espécie humana, o que acaba por contagiar os demais subsistemas, tais como o direito ambiental, o direito do consumidor, o direito à saúde e porque não dizer, o direito penal e suas variantes pragmáticas e teóricas.

O risco acaba por produzir comunicação no direito, pois se encontra no entorno do sistema, local fértil em manifestações que devem, sim, ser observadas pelo subsistema do direito penal, obviamente que tão somente nos limites que lhe cabe (limites de sentido).

Destaca-se mais uma vez o pensamento do professor Rocha, que tendo como referência os aportes luhmannianos, leciona, *in verbis*:

O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre a segurança. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição ao “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma) que não permitem mais se falar de decisão segura. A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo que não cessa de produzi-las. Isto gera um “paradoxo” na comunicação. Nesta ordem de raciocínio, **concordamos com Luhmann, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua compreensão** (ROCHA, 2005, p.36) [Grifo nosso].

Sendo assim, qualquer pesquisa que pretenda colocar um pé na pós-modernidade, não deve desconsiderar a categoria do risco. No universo do subsistema penal por exemplo, em especial o subsistema carcerário, existe uma constante ligação com os demais subsistemas, que gradativamente vão realizando diversos acoplamentos estruturais com a comunidade desencarcerada, também eivada de riscos e paradoxos, devendo o direito penal recepcionar estas categorias para o fim de - no processo decisório - buscar sua autonomia a partir da autorregulação.

Na grande parte das ações realizadas pelo crime organizado, por exemplo, a questão do risco aparece como central, na medida em que as ações do crime organizado podem envolver um número indeterminado de pessoas que acabam sendo atingidas de maneira

reflexiva por tais práticas, sem falar no *modus legislandi* do poder legislativo⁸³ brasileiro, que menospreza por completo questões contingenciais.

Isso evidencia que, no subsistema penal, a questão do risco adquire uma importância ímpar, o que vem gerando uma acirrada discussão entre os operadores penais/observadores penais, uma vez que a inserção dos aportes sistêmicos para o universo do direito penal acaba por causar - aparentemente - um verdadeiro terremoto em todas as estruturas penais clássicas.

Assim, pode-se afirmar que a característica do direito penal na sociedade de risco acaba por causar uma “desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema” (NETTO, 2006, p.83). Logicamente que a inserção do risco no universo do direito penal está longe de se tornar algo pacífico e majoritário (doutrinária e jurisprudencialmente), sendo que tal adequação, sem dúvida, deve ser realizada em respeito aos direitos fundamentais.

Também é verdade que o direito penal não deve ficar imune aos ruídos de seu entorno, sob pena de continuar sendo uma ciência obsoleta para tratar dos problemas da sociedade pós-moderna, tais como as manifestações decorrentes das complexidades delitivas tais como abordadas até aqui.

Nessa esteira, não seria exagero afirmar que o direito penal encontra-se em uma nova era dogmática, que não necessariamente precisa sobrepor-se à dogmática tradicional, conforme já destacado, mas tão somente acrescer alguns elementos conceituais e práticos aptos a abarcar a complexidade da sociedade atual.

Mais uma vez, é relevante frisar as palavras de Salvador Netto, para quem *in verbis*:

O momento da ciência penal, assim, é um momento de incertezas e questionamentos, uma vez que sua construção, como formato de relações sociais determinadas, não mais espelha a realidade concreta, restando daí a afirmação da contrariedade entre formas e relações de produção (NETTO, 2006, p.83).

A nova realidade social deve-se, basicamente, às novas relações advindas da tecnologia, da informática, do meio ambiente, e no que se refere ao direito penal e à presente pesquisa, por que não dizer, do crime organizado. Todos esses fatores e fenômenos são altamente detentores de riscos sociais, principalmente tratando-se do Direito Penal – riscos estes que não conseguem ser controlados, sequer observados pelo direito penal tradicional,

⁸³ Nesta linha de idéias, cabe salientar que as leis penais jamais passaram por uma análise sistêmica entre si, tampouco levando em consideração as orientações da Constituição de 1988, limitando-se a argüir-se, basicamente, a (in)constitucionalidade das leis. Não há sistematização. Criam-se leis penais sem levar em consideração outras leis penais já existentes, sem observar os bens jurídicos envolvidos e os significados de determinadas orientações políticas criminais, gerando, não raras vezes, uma verdadeira bagunça legislativa.

firmados em tempos de certeza, devido, basicamente, a uma questão: ser portador de elementos de baixa complexidade.⁸⁴

Esses reflexos dos novos tempos não devem ser desconsiderados pelo subsistema do direito, sendo que sua diferenciação funcional atrelada ao Código Direito/não direito, acabará por determinar o universo de sua atuação, ou seja, o subsistema do direito penal deve ser aberto⁸⁵ para observar os fenômenos sociais que necessitam de sua interferência. Ao mesmo tempo precisa ser fechado para se autoregular, afastando do sistema aquilo que não deve ser objeto de sua observação, árduo trabalho para o observador, que não pode ignorar preceitos fundamentais, sob pena de a teoria sistêmica servir para fins distantes das idéias do Estado Democrático de Direito.

Ainda quanto ao aparente abalo das estruturas penais clássicas causadas pela questão do risco, destaca-se, *in verbis*:

Na formulação de BECK – como de outros autores como GIDDENS e LUHMANN – surgiu a sociedade do risco, onde as estruturas são explodidas por completo pela afirmada modernização reflexiva, colocando-se o afastamento da realidade imposta na simples causalidade, e trazendo uma nova modalidade de convivência capitalista demarcada na figura dos riscos, da necessidade preventiva, do perigo da autodestruição; todos trazidos pelos “*sapatos silenciosos da modernidade*”, hoje questionadores do anterior encantamento com o controle possível e absoluto das ciências e da tecnologia (NETTO, 2006, p.88) [grifo do autor].

Se o direito penal não deve tratar das contingências do mundo pós-moderno, a questão do risco deve ser ignorada por completo, mantendo-se a estrutura de análise tão somente com os postulados finalistas e garantistas, indispensáveis para um determinado momento histórico, mas talvez insuficiente para o momento atual, uma vez que tais orientações teóricas ficam adstritas à proteção dos direitos e liberdades individuais, não avançando em questões contingenciais de alta complexidade. Isso parece, mais uma vez, por firmar a teoria sistêmica de Luhmann como o referencial adequado para ser utilizado pelo subsistema penal, especialmente para fenômenos penais complexos.

Por outro lado, se o direito penal pretende comunicar-se de “igual para igual” com a sociedade pós-moderna, não há dúvida de que necessita abarcar em seu universo a categoria do risco, como mais uma ferramenta (ao lado do finalismo e garantismo), para tratar da

⁸⁴ Com isso não se quer dizer que o direito penal clássico, especialmente sua aplicação seja considerado demasiadamente fácil, pois se estaria ignorando a dificuldade advindas de questões relacionadas ao instituto da prescrição, por exemplo. Dificuldade não se confunde com complexidade.

⁸⁵ Em outras palavras, o conteúdo e extensão dos tipos penais incriminadores passam a ser delimitados não por si mesmos, conforme pretendeu o padrão clássico, mas através de fatores sociais (exógenos) incorporados ao sistema de forma racional pela imputação objetiva (NETTO, pag. 128).

criminalidade de alta complexidade. Nesse sentido, sublinhe-se que “abarcando a figura do risco torna-se mister para a tentativa de compreensão das decisões no mundo pós-moderno e, principalmente, na área criminal”. (SCHWARTZ, in CALLEGARI, GIACOMOLLI, KREBS, 2001, p.42).

Assim, respondendo as indagações formuladas no início deste tópico, parece claro que a comunicação entre risco e direito penal, deve dar-se no campo da teoria geral do delito, notadamente na tipicidade, justamente porque tal elemento da figura delitiva não comporta descrição de questões penais de maior complexidade.

Isso se evidencia, por exemplo, quando os doutrinadores de direito penal não conseguem atribuir com exatidão o que verdadeiramente significa - juridicamente falando – o crime organizado no Brasil, ainda que tenhamos legislação específica para tanto.⁸⁶

Assim, mais uma vez destaca-se o pensamento de Schwartz, para quem *in verbis*:

O risco pode ser entendido como um evento generalizado presente em todas as camadas da sociedade e que se espalha via comunicação, qualquer que seja sua forma, e que é intrínseco a qualquer ato decisional. Uma sentença penal que analisa os requisitos do art. 59, do CP, é um *decisum* de alto risco, pois não há certeza alguma que o juiz saiba exatamente, para exemplificar, o comportamento da vítima. Na Direito Penal, por exemplo, quando o legislador-programador tem que tomar uma decisão a respeito da criminalização ou não do aborto, qualquer que seja o sentido da decisão, é uma decisão de risco e que somente foi tomada porque poderia ser adotada a outra possibilidade. Veja-se: o importante é a decisão, que deveria (e foi) tomada. Mas não se pode negar que ela pode ser falível (SCHWARTZ, in CALLEGARI, GIACOMOLLI, KREBS, 2001, p.36).

Utilizando-se mais uma vez dos aportes luhmannianos referendados por Netto, vale destacar, *in verbis*:

A integração do risco no delito, trazendo-o para a própria configuração da tipicidade, possui claramente uma de suas bases de elaboração na sociologia de LUHMANN, onde o direito se coloca com uma estrutura de importante correlação com a sociedade dinâmica, entendida como um macro sistema estruturado pelo sistema jurídico dotado de interesses sobre o meio envolvente (2006, p.95).

É importante frisar, novamente, que não se advoga pela inserção do risco como uma forma de rompimento com os direitos fundamentais, até porque Luhmann não ignora a Constituição como unidade integrante dos sistemas sociais. Assim, “não se trata de ser mais ou menos garantista na defesa dos corolários clássicos em detrimento do ‘direito penal do risco’, mas simplesmente notar as alterações das relações sociais” (NETTO, 2006, p. 106).

Se Luhmann aborda a Constituição como sendo um acoplamento estrutural entre o direito e o sistema político, como se pode pensar que os direitos fundamentais estariam fora das análises sistêmicas?

Buscando sustentação para essa assertiva, sublinhem-se as palavras de Neves, *in verbis*:

É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação. De acordo com esse modelo, Luhmann define a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição sem sentido especificamente moderno apresenta-se com uma via de “prestações” recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela “possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do “sistema jurídico”. [...]Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. (2007, p.65/66).

Sendo assim, ainda que se fale em um pós-iluminismo ou pós-finalismo, como se verá no capítulo a seguir, além de preciso é possível realizar a inserção do risco de acordo com os preceitos constitucionais.

Novamente busca-se respaldo nas palavras de Netto:

Neste sentido, a impossibilidade do tipo penal em tutelar esta nova realidade faz-se explicativa. Esta mesma constatação coloca o direito penal na encruzilhada de permitir a alteração de seus corolários clássicos – com todas as críticas pertinente – ou assumir, definitivamente, sua passividade em face de todo o ocorrido. As novas tendências de tipicidade penal vêm apontando para a readaptação que o sistema jurídico vem fazendo diante das atuais relações sociais. O mercado financeiro e de capitais e os padrões de comportamento nestes inseridos, o controle da remessa de divisas, a introjeção no mercado de capitais provenientes do crime (lavagem de dinheiro), a confiabilidade nos valores mobiliários, a degradação do meio ambiente, a energia nuclear, entre outros, são fenômenos da sociedade de risco que o direito penal começa a reconhecer por meio da tipificação (2006, p.181).

Esse ponto da pesquisa traz outra questão crucial. Como falar em tipicidade⁸⁷ que abarque o risco e questões de alta complexidade, se toda a estruturação dos tipos penais está calcada na descrição máxima das condutas delitivas, o que não se mostra mais possível em tempos de incerteza, inclusive advindas das questões penais, tais como o crime organizado?

⁸⁷ O mais importante, contudo, é como o direito penal, tendo em vista a necessidade de tutela destes novos bens jurídicos impostos pela reflexividade da sociedade de risco, direciona a tipicidade para tal controle. (NETTO, 2006, p. 181)

Ainda: - como trabalhar tais questões, que aos poucos inserem as categorias sistêmicas para o universo do direito penal sem romper com uma gama de direitos e liberdades individuais, garantidos ao longo da história com muito sangue pelas conquistas humanitárias?

Essa é outra encruzilhada para o observador, o que parece ser desvendado pela autopoiese como a verdadeira estrutura do sistema jurídico aliada a uma nova observação do tempo em matéria penal e de uma nova política criminal, o que será abordado a seguir.

2.3.3 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 rápida⁸⁸, veloz⁸⁹, 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 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

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

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 à 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 produzindo, ou seja, não devem ficar limitadas a preceitos abstratos do tipo penal, calcados em um tempo remoto⁹⁰ 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).

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:

[...] 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:

A expectativa contém um horizonte futuro de vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer

⁹⁰ Não é demais lembrar que o Código Penal data de 1940.

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 debatido⁹¹ 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

⁹¹ 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.

normativistas Kelsenianos. Por isso, a importância das teorias sistêmicas para a observação da complexidade do Direito atual”.(ROCHA, in DIREITOS CULTURAIS, 2006, p. 182).

Porém, resta saber de que forma pode ser possível utilizar tais aportes para que o subsistema penal e seus fenômenos complexos, tais como o crime organizado, possa ser tratado no universo dessa nova forma de sociedade. Isso será possível através de um outro mecanismo, qual seja uma nova política criminal.

3 POR UMA POLÍTICA CRIMINAL SISTÊMICA: UM NOVO HORIZONTE PARA O DIREITO PENAL (TRANS) NACIONAL

3.1 PROLEGÔMENOS EM MATÉRIA DE POLÍTICA CRIMINAL

Na atualidade, a política criminal passou a assumir uma importância ímpar para determinar os novos rumos do subsistema penal brasileiro, devido aos (in)fluxos da globalização e da alta complexidade dos sistemas sociais, categoria esta que vem sendo fortemente reestudada nos países Europeus, notadamente a Alemanha.

No que a este segmento das ciências penais, sublinhe-se as idéias de Carvalho, para quem *in verbis*:

Segundo Franz Von Liszt a política criminal nasce na segunda metade do século XVIII na Itália, fundamentalmente com o advento da publicação da obra de Beccaria em sua preocupação com as formas eficazes de prevenção do delito e o conteúdo legislativo efetivo para alcançar tal finalidade (2006, p.81).

Conforme aponta o professor e penalista Salo de Carvalho, ainda hoje se percebe a importância da obra de Beccaria, que deve servir como marco para traçar os novos rumos da política criminal, logicamente que aparelhado de novos conceitos e ferramentas teóricas interpretativas, capazes de contribuir para uma nova sistematização clamada pelo contexto da sociedade atual em matéria de criminalidade.

Nesta linha de idéias, mais uma vez destacam-se as idéias de Carvalho:

Os princípios e diretrizes que fornecerão os mecanismos de entendimento da complexa e mutável vida social e, principalmente, de sua projeção ao futuro da lei penal seriam definidos pela política criminal. Define-se, portanto, política criminal como o “contenido sistemático de principios – garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena -, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecucion”. Criticar a legislação penal vigente à luz dos fins do direito penal e da pena, e propor sua reforma, adequando a lei à realidade, seriam as duas funções primordiais do novo ramo das ciências criminais [...] Portanto, segundo Marc Ancel, é em Liszt que se encontra a determinação, em primeiro plano, da noção de política criminal cientificamente orientada, ou seja, é no autor alemão que a política criminal nasce como ciência (2006, p.82) [grifo do autor].

No caminho desta conceituação relacionada a política criminal, novamente destacam-se as idéias de Carvalho, para quem:

A política criminal é definida, portanto, como sendo o conjunto de princípios e recomendações para reagir contra o fenômeno delitivo, através das agências de punitividade. O Estado, ao monopolizar toda a forma de reação contra o delito, necessitaria das orientações político-criminais. A política criminal atuaria como conselheira dos órgãos de segurança pública, e “se limitaria a indicar ao legislador onde e quanto criminalizar condutas (2006, p.83).

As referências apontadas podem-se agregar ainda as clássicas idéias de Nilo Batista, ao apresentar a política criminal como um universo rico de significados a serem seguidos pelos sistemas penais. Neste sentido

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação (BATISTA, 2002, p. 34).

A partir destas premissas, pode-se afirmar então que a política criminal⁹² pode ser dividida – basicamente – em dois grandes movimentos a saber: uma política criminal de lei e ordem, calcada na teoria das janelas quebradas⁹³, e outra das liberdades, fundada em ideais de natureza garantista.

No que tange a primeira, sublinhe-se as idéias de Canterji ao destacar que:

Foi na gestão de Rudolph Giuliani que a doutrina das janelas quebradas, implantada em Nova York, tornou-se vitrine para o mundo. O combate, nesse caso, era feito de forma agressiva na tentativa de repressão da pequena delinquência, dos mendigos e dos sem-teto. Estes ideais têm origem em teoria formulada por James Q. Wilson e George Kelling denominada broken Windows theory (teoria da janela quebrada) em 1982. Nesta, a ideologia explícita que através da luta contra os pequenos distúrbios do cotidiano é possível reduzir as patologias criminais (2008, p.44).

Referido movimento acabou sendo recepcionado de forma reflexiva na América Latina e no Brasil, advindos das ações implantadas nos Estados Unidos, especialmente na cidade de Nova York, que pretendeu varrer das ruas todo e qualquer delito, dando certo ar de

⁹² Entende-se também a política criminal como um conjunto de ações práticas e teóricas de diversos segmentos (executivo, legislativo, judiciário, doutrinadores e pesquisadores) que buscam legitimar os novos rumos do sistema penal frente a um universo de incertezas.

⁹³ Salo de Carvalho descortina a zona esfumada existente entre a teoria da janela quebrada e o movimento de lei e ordem ao salientar que “percebe-se uma nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelos MLO e as oferecidas pelos defensores da “Tolerância Zero”, baseadas no incremento da repressão penal. Todavia, enquanto estes primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatela, entendendo a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social, aqueles reivindicam alta punibilidade às ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra à pessoa e o patrimônio”. (CANTERJI apud CARVALHO, 2008, pag. 47).

tranquilidade e segurança a seus cidadãos. Isto está muito bem evidenciado em Wacquant para quem:

De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiros* – o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente (2001, p.30).

Esta corrida pelo encarceramento de um dos países que se diz ícone da democracia, colocou os Estados Unidos em primeiro lugar no *ranking* do encarceramento no mundo, ao lado da Rússia. Neste sentido, mais uma vez Wacquant⁹⁴ destaca:

[...] 10 anos mais tarde, os efeitos encarcerados haviam saltado para 740.000 antes de superar 1,5 milhão em 1995 para roçar os dois milhões no final de 1998, ao preço de um crescimento de quase 8% durante a década de 90. Se fosse uma cidade, o sistema carcerário norte-americano seria hoje a quarta maior metrópole do país. Essa triplicação da população carcerária em 15 anos é um fenômeno sem precedentes nem comparação em qualquer sociedade democrática [...]. Apenas a Rússia, cujo índice dobrou desde a derrocada do império soviético para se aproximar de 750 para cada 100.000, está hoje em condições de disputar com os Estados Unidos o título de campeão mundial do encarceramento (2001, p.81).

Nesta linha de idéias, analogicamente, vale registrar o alerta realizado por Castels, no que tange a necessidade das empresas manterem-se em alta no mercado da bolsa de valores. Na presente pesquisa, notadamente as empresas responsáveis pela carceragem privada, ao destacar que:

Empresas de alta tecnologia dependem de recursos financeiros para manter seu esforço contínuo pela inovação, produtividade e competitividade. O capital financeiro atuando diretamente por meio de instituições financeiras ou de forma indireta mediante a dinâmica dos mercados das bolsas de valores, condiciona o destino das indústrias de alta tecnologia. Por sua vez, a tecnologia e a informação são ferramentas decisivas para a geração de lucros e apropriação de fatias do mercado. (CASTELS, 2008, p. 568)

Esse movimento da corrida pelo encarceramento nos Estados Unidos, acabou por gerar uma “ação afirmativa carcerária”, não raras vezes encontrada no Brasil com um encarceramento maciço de negros e pobres. No dizer de Wacquant, “a indústria da

⁹⁴ Salienta-se, pois, que os dados de Loic Wacquant, são obtidos em 1997. Porém, pelos rumos da política criminal adotada na maioria dos países do globo, acredita-se que tais índices só aumentaram de 1997 para cá.

carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos” (WACQUANT, 2001, p.93).

Nessa linha de idéias, mais uma vez o professor da Universidade da Califórnia salienta, *verbis*:

Como prova da quinta tendência-chave da evolução penitenciária norte-americana, temos o “escurecimento” contínuo da população detida, que faz com que, desde 1989 e pela primeira vez na história, os afro-americanos sejam majoritários entre os novos admitidos nas prisões estaduais, embora representem apenas 12% da população do país.[...] Em probabilidade acumulada na duração de uma vida, um homem negro tem mais de uma chance sobre quatro de purgar pelo menos um ano de prisão e um latino uma chance sobre seis, contra uma chance sobre 23 de um branco (WACQUANT, 2001, p.93/94).

Esses movimentos de política criminal, através da comunicação, migraram dos Estados Unidos, atingiram grande parte da Europa, especialmente a partir da década de 80, recebendo também tais influxos a América Latina e o Brasil, o que acaba por se evidenciar em algumas legislações, tais como a lei dos crimes hediondos, o regime disciplinar diferenciado, culminando naquilo que se denomina direito penal do inimigo, se é que pode existir um direito penal dessa natureza.

Não bastasse isso, atualmente a tendência da política criminal vem a ser justamente este modelo de flexibilização das garantias e sua supressão, notadamente a partir do crime organizado. Nesta linha de idéias, sublinhe-se que:

A tendência da política criminal atualmente é no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, adquiridas após anos de muito debate e esforço, e substituí-los por outro de segurança do cidadão ou, ao menos que demonstre esta suposta segurança (CALLEGARI, in MELIÁ, BARBOSA, 2008, p.12).

Tanto é verdade que vem surgindo no direito penal uma nova categoria que está levando o direito penal para um retrocesso, ao se preocupar tão somente com as questões da segurança coletiva em detrimento dos direitos e garantias individuais, conforme se observa pelos apontamentos de Rocha *in verbis*:

Uma área que se materializou e evoluiu desde a idéia de Estado liberal até chegar a uma noção de Estado de bem-estar. De um Direito penal positivo, até um direito penal mínimo, de recuperação do delinquente, muito mais voltado para o interesse social. No entanto, ao contrário do que poderia se pensar, o Direito penal, hoje, e não estou falando somente no Brasil, não na própria Europa é caracterizado pela idéia de vingança e de segurança. O Direito penal da globalização está

completamente desinstitucionalizado de suas características tradicionais. O problema do Direito Penal passou a ser explicitamente a segurança, pois a sociedade quer segurança, esse é o novo instituto que está surgindo dentro do Direito Penal (ROCHA, in Revista de Direitos Culturais, n. 1, p.194).

Por outro lado, pode-se apontar o movimento garantista, do direito penal mínimo, na observância dos direitos e garantias individuais como postulado absoluto, marco de toda a estruturação do direito penal desde o iluminismo.

Observa-se que no Brasil há um verdadeiro misto dos influxos de política criminal a ser adotada, na medida em que, tendo por base o poder legislativo, ora são promulgadas leis que atendem a movimentos de lei e ordem (tais como a lei dos crimes hediondos, a lei do crime organizado, a lei Maria da Penha⁹⁵ e a própria lei seca), ora são promulgadas leis que buscam uma descriminalização, tais como o tratamento do usuário na nova lei de drogas e o próprio Juizado Especial Criminal.

Isto faz com que o Brasil não tenha adotado ainda uma política criminal coerente, por mais que a academia tenha contribuído decisivamente para o debate, com a publicação de diversas dissertações de mestrado e teses de doutorado que procuram dar uma nova visão a temática.

Todavia o Poder Legislativo responsável por solidificar as questões sociais que estão a sua volta, não consegue analisar os fenômenos contemporâneos, devido, basicamente, a outro problema: o histórico despreparo do legislador brasileiro em lidar com questões relacionadas a política criminal, e em especial ao subsistema do direito penal, especialmente porque sempre esteve preocupado e voltado para atender aos interesses da burguesia (COPETTI, 2000).

Mais uma vez surge o seguinte problema:

- Será possível enfrentar a criminalidade organizada sem romper com o modelo de garantias? Entende-se que sim, e a resposta se encontra não só no paradigma funcionalista e na necessidade de uma análise sistêmica dos fenômenos criminais, como também em uma maior eficácia dos aparelhos de controle.

Neste sentido, Luisi continua lecionando e apontando soluções, *verbis*:

⁹⁵ Ainda que não se ignore a importância da lei como fenômeno de desvelamento do problema da violência contra a mulher no Brasil, a aplicabilidade prática da referida legislação no cotidiano forense tem gerado uma série de questionamentos, especialmente pelo risco de serem decretadas prisões cautelares com base tão somente na palavra de vítima e em medidas protetivas decretadas sem qualquer observância dos pressupostos processuais.

O grande problema que surge na elaboração desse necessário diploma legal unificado é o seu ajustamento, de um lado, aos princípios constitucionais do estado democrático de direito e de outro lado com as exigências de uma disciplina normativa capaz de efetivar a prevenção e a repressão deste tipo de delinquência. E me indago: Será possível enfrentar a criminalidade organizada, respeitando-se as garantias do estado democrático de direito, e do seu direito penal substantivo e adjetivo? Ou necessário se faz um direito penal e processual penal de emergência, com sacrifício nas garantias individuais? Entendo, como um jurista que vem pregando um direito penal mínimo, respeitoso dos direitos humanos, que necessário se faz achar a forma de conciliação entre o enfrentamento real, e não meramente simbólico, do crime organizado, e o respeito aos postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos. Acredito ser possível essa conciliação desde que os Estados se disponham a enfrentar com os recursos necessários e o pessoal especializado a gravíssima realidade do crime organizado (2003, p.201).

Assim, pretende-se agregar a estas questões, os debates políticos-criminais que estão ressurgindo no século XXI, especialmente no que tange a introdução da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para o universo do subsistema penal brasileiro, no sentido de contribuir com os novos rumos da política criminal, notadamente nos aspectos referentes a fenômenos criminais de alta complexidade. Para tanto, são necessárias novas considerações sobre o fenômeno da globalização, o que será realizado a seguir.

3.1.1 A globalização reflexiva e a reedição da política criminal inimiga pós 11 de setembro de 2001

Os atentados contra as torres gêmeas americanas ocorridos em Nova York no dia 11 de setembro de 2001, levou os Estados Unidos⁹⁶ a instaurarem um plano de ação contra ataques terroristas, que acabou por gerar alguns reflexos na política criminal Européia⁹⁷ e também da América Latina, com influxos semelhantes ao movimento criminalizador da década de 80, conforme apontado no item anterior.

Sob o ícone de combate ao terrorismo, Günther Jakobs (penalista alemão) reedita o direito penal do inimigo, ainda que se discuta se isso efetivamente possa ser chamado de

⁹⁶ “[...] diferentemente do discurso que parece predominar nos EUA – no qual se reconhece abertamente que se trata de uma guerra, na qual não importa nem sequer a aparência jurídica -, na velha Europa (e na Espanha) os agentes políticos que impulsionam estas medidas o fazem sob o estandarte de uma pretendida e total normalidade constitucional, incrementando, assim, ainda mais, os riscos que por contágio ameaçam de perto o Direito penal em seu conjunto”. (MELIÁ, in JAKOBS, MELIÁ, 2005, p.14).

⁹⁷ O direito penal do inimigo que no dizer de Zaffaroni, acarreta a passagem de um Estado de Direito para um Estado de Polícia e acaba por gerar uma verdadeira paranóia nos órgãos responsáveis pela segurança pública. Basta lembrar a trágica morte de um brasileiro executado pela polícia em um metrô na Inglaterra (Londres), devido a uma suposição irreal que o confundiu com um terrorista, notadamente porque carregava uma mochila e corria pelo metro para pegar o trem que estava prestes a partir. Um suspeito em potencial, um inimigo em potencial. Uma falha irreparável. Um inocente acusado e executado em nome de um suposto direito penal do inimigo, cheio de contradições e muito vulnerável a erros desta espécie.

direito penal em um Estado Democrático de Direito, aonde a condição de cidadão não pode ser minimizada, tampouco ser sobreposta em razão de uma (i)legítima ação estatal repressora.

Diz-se que o direito penal do inimigo é reeditado, porque como bem aponta Luisi, é possível diagnosticar a presença dessa orientação política criminal desde Atenas até as Ordenações bem como na Alemanha nazista. Neste sentido, como sempre, Luisi leciona, *verbis*:

Não é incorreto afirmar que o direito penal do inimigo não constitui, no essencial, algo novo. Está presente ao longo da história do direito penal. É possível demonstrar, em um breve esboço histórico, a constante presença de um direito penal mais gravoso distinto de um direito penal menos rigoroso. Em Atenas, Dracon não estabeleceu esta diferença porque a legislação penal por ele elaborada previa a pena de morte para todos os delitos [...] No mundo romano, o delito de *perduellio*, ou seja, o delito de traição à pátria em suas variadas hipóteses, era, tanto na repressão ordinária como na repressão extraordinária, sancionado com a pena de morte, mediante a fustigação e decaptação com o machado. O *perduellis* era, no universo jurídico penal romano, o inimigo da pátria. Não se lhe reconhecia a condição de pessoa. No direito penal medieval, consolidado nas Ordenações Europeias dos séculos XV a XVII – das quais pela sua brutal severidade se destacam as Ordenações Portuguesas Afonsinas, Manoelinas e Filipinas – tinham, nos livros, pertinentes aos delitos como inimigos a serem punidos com morte cruel (a vivicombustão, precedida de torturas) os hereges, os apóstotas, os feiticeiros, os pederastas, afora os autores dos crimes de lesa majestade, previstos em numerosas hipóteses.[...] Na primeira metade do século XX, os totalitarismos nazista e bolchevique usaram o direito penal para justificar, com duvidosa “legalidade”, a eliminação física de centenas de milhares de seus “inimigos”. Os judeus e os não-arianos em geral eram os inimigos do nazismo. Os burgueses e contra-revolucionários eram os inimigos de Lênin e de Stálin (in CALLEGARI, et al., 2007, p. 113/114).

Nesta linha de idéias, Zaffaroni também aponta alguns precedentes históricos, ao relatar que:

Nada é muito novo no direito penal, de modo que a pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo pode ser situada na Antiguidade e identificada em Protágoras e Platão. Este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a idéia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das idéias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um direito penal diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade (2007, p. 83).

Assim, diz-se que Jakobs reeditou a pretensão de se instaurar de forma legítima um direito penal do inimigo, porque em realidade, conforme apontado, na história do direito penal tais manifestações foram uma constante.

Salienta-se que Jakobs insere a discussão atual no seio dos Estados Democráticos, ou seja, percebe-se clara diferença entre origem do direito penal do inimigo (inimigos do regime

estatal dominante) e as questões apontadas no contexto da pós-modernidade (inimigos da globalização para alguns).

Sob este prisma, ainda que a análise das práticas terroristas possa ter como pano de fundo a questão de caracterizar-se com um movimento de resistência ao processo de globalização, desde logo, rechaça-se a idéia de que os atentados terroristas⁹⁸ possam ser reconhecidos dessa forma, ou seja, não são revestidos da legitimidade da resistência ao modelo de globalização imperialista americana - tão totalitário quanto os movimentos religiosos⁹⁹ orientais¹⁰⁰ - pois as práticas subversivas, assim como acontece com as facções criminosas, conforme abordado no primeiro capítulo, acabam por tirar esta legitimidade das ações terroristas.

Nessa linha de idéias, destaca-se o pensamento de Buzanello, para quem, *verbis*:

[...] retoma-se a questão do terrorismo e qual sua estratégia final, ao questionar: esse terrorismo se move com ou sem causa. A luta sem causa é a morte e a destruição por si só; a luta com causa faz tudo isso em nome de uma idéia que diz defender, como contra a globalização ou a determinação dos povos, no caso a dos palestinos. Terrorismo nunca pode ser justificado como direito de resistência, pois um movimento que usa a violência indiscriminadamente contra inocentes, ainda que como meio para fins louváveis, não pode pretender que agem em respeito aos direitos humanos (2003, p. 399).

Assim, ainda que se reconheçam práticas e movimentos que caminham na contra-mão do modelo globalizador, tal como o Fórum Social Mundial¹⁰¹, não se pode reconhecer em um

⁹⁸ “O terrorismo é certamente a face mais trágica e perversa da resistência antiglobalização, como se constatou nos Estados Unidos, mas não há como ignorar, nesta terrível prática, a idéia de que nem todo mundo está contente com o modelo americano, democrático para uns, maquiavélico para os excluídos dessa grande festa, pois agora a dita pós-modernidade de natureza individualista passa a produzir micro-revoltas, individualizadas, as quais, na França, têm em Michel Onfray um de seus maiores defensores. Há um exagero na visão antiamericana, mas de outro lado não se trata de um país ingênuo ou que não faz parte da humanidade, como se estivessem acima dela e fossem diferentes dos outros cidadãos do mundo. Esse traço da cultura política norte-americana evidencia confusão entre valores e interesses próprios e valores e interesses da humanidade. Explica o desprezo por decisões multilaterais relativos a comércio, meio ambiente, clima, etc., quando contrariam qualquer interesse nacional. Se condenamos o terrorismo recente, repudiamos também o holocausto dos judeus, perpetrado pelo governo de Hitler e no lançamento da bomba atômica sobre Hiroshima e Nagasaki. Condenamos as intervenções militares dos Estados Unidos na América do Sul e Caribe desde 1982, que patrocinaram os vários golpes de Estado. Todo esse terrorismo de Estado é proclamado em nome da “liberdade” e da “democracia”. (BUZANELLO, 2003, p. 400)

⁹⁹ “A guerra contemporânea tem ênfase no terrorismo de fundo religioso, mais de grupos e menos de Estado (Hisbollah libanesa ou Al Qaeda de Bin Laden)”.(BUZANELLO, 2003, p. 399).

¹⁰⁰ Ainda que não se confunda religião com as questões multiculturais, fica evidente a importância do multiculturalismo, pontuado no item 1.2 do primeiro capítulo, na medida em que a política criminal acaba por receber influxos da matriz multicultural para tratar fenômenos penais de natureza complexa.

¹⁰¹ “A Carta de princípios do Fórum Social Mundial estabelece, entre outros, que é um espaço aberto de encontro para o aprofundamento da reflexão, o debate democrático de idéias, a formulação de propostas de entidades e movimentos da sociedade civil que se opõem ao neoliberalismo e ao domínio do mundo pelo capital e por qualquer forma de imperialismo, e estão empenhadas na construção de uma sociedade planetária centrada no ser humano. As alternativas propostas no Fórum contrapõem-se a um processo de globalização capitalista

Estado Democrático de Direito, práticas subversivas terroristas e, por consequência, violentas e de extermínio como legítimas a enfrentar a onda globalizante e totalitarista que avança para todos os cantos do planeta de forma desenfreada e a desrespeitar a dignidade dos povos, especialmente, dos mais desfavorecidos economicamente.

Sob essa ótica, salienta-se que de uma certa forma, a globalização – tal como vem ocorrendo – acaba por produzir de maneira sistêmica uma violência aparentemente invisível, mas originária da estrutura social, que por sua vez, se reproduz e acaba por produzir mais e mais violência, que acaba por desaguar no tecido social em um mecanismo infundável de possibilidades, aonde a ação estatal é praticamente inoperante para minimizar os fenômenos criminais.

Neste diapasão, sublinhe-se o pensamento de Santos, para quem:

Fala-se, hoje, muito em violência e é geralmente admitido que é quase um estado, uma situação característica do nosso tempo. Todavia, dentre as violências de que se fala, a maior parte é, sobretudo, formada de violências funcionais derivadas, enquanto a atenção é menos voltada para o que preferimos chamar de violência estrutural, que está na base da produção das outras e constitui a violência central original. Por isso, acabamos por apenas condenar as violências periféricas particulares (2001, p.5).

Percebe-se, pois, que a violência mais ameaçadora da tranquilidade das relações sociais, ao contrário do que se pensa, não é aquela estampada nas capas dos jornais de grande circulação nacional, ou nos telejornais, mas sim aquela estruturada pelo modelo imposto pela globalização, comandado pelas grandes empresas financeiras multinacionais que acabam por ditar as regras do jogo. Conforme afirma Castels, “em todo o mundo, a lavagem de dinheiro de negócios criminosos diversos flui para esta mãe de toda a acumulação que é a rede financeira global” (2008, p.569).

Isto acaba por produzir um verdadeiro globalitarismo, sem chances para uma nova forma de globalizar o planeta e seus povos, como uma via de mão única, incapaz de dialogar com os Estados Nacionais que vem cada vez mais se deteriorando em nome de uma idéia transnacional de livre circulação do mercado, um verdadeiro império do dinheiro e da informação (SANTOS, 2001).

Nesse sentido, mais uma vez destacam-se as idéias de Santos, para quem:

comandado pelas grandes corporações multinacionais e pelos governos e instituições internacionais a serviço de seus interesses. Elas visam fazer prevalecer, como uma nova etapa da história do mundo, uma globalização solidária que respeite os direitos humanos universais.[...] O Fórum não se opõe a integração globalizada, mas questiona o tipo de globalização que é imposta, que é específica de integração econômica voltada para os interesses de investidores e instituições financeiras. Precisamos alimentar a esperança que um outro mundo é possível”. (BUZANELLO, 2003, p. 407).

Ao nosso ver, a violência estrutural resulta da presença e das manifestações conjuntas, nessa era de globalização, do dinheiro em estado puro, cuja associação conduz à emergência de novos totalitarismos e permite pensar que vivemos num época de globalitarismos muito mais do que globalização. Paralelamente, evoluímos de situações em que a perversidade se manifestava de forma isolada para uma situação na qual se instala um sistema de perversidade, que, ao mesmo tempo, é resultado e causa de legitimação do dinheiro em estado puro, da competitividade em estado puro e da potência em estado puro, consagrando, afinal, o fim da ética e o fim da política (2001, p. 56).

Os parâmetros para a tomada de decisões é tão somente a vontade das grandes empresas que dominam o mercado financeiro em detrimento de uma grande massa de excluídos sociais, muitos deles integrantes da massa carcerária e da parcela desviante dos cidadãos que acabam por não encontrar outra alternativa a não ser cair nas redes da criminalidade, seja ela de massa, seja ela organizada. Conforme novamente aponta Manuel Castels:

A construção social das novas formas dominantes de espaço e tempo desenvolve uma meta-rede que ignora as funções não essenciais, os grupos subordinados e os territórios desvalorizados. Com isso, gera-se uma distância social infinita entre essa metarrede e a maioria das pessoas, atividades e locais do mundo. Não que as pessoas, locais e atividades desapareçam. Mas seu sentido estrutural deixa de existir, incluído na lógica invisível da metarrede em que se produz valor, criam-se códigos culturais e decide-se poder. Cada vez mais, a nova ordem social, a sociedade em rede, parece uma meta-desordem social para a maioria das pessoas (2008, p.573).

Esses agrupamentos, que para Marx constituiriam os explorados sociais, em uma relação de jogo de poder ligado a classe econômica, passam a ser considerados como excluídos sociais, com uma função completamente diversa, ou seja, os explorados são fundamentais para a manutenção do sistema, enquanto os excluídos, nessa nova dinâmica social, são perfeitamente dispensáveis. Daí porque o seu tratamento, em relação ao direito penal, como verdadeiros inimigos.

Nesta linha de idéias, destaca-se o pensamento de Zaffaroni, publicado em obra de comemoração aos 30 anos da faculdade de direito de Cruz Alta, em homenagem ao emérito Prof. Luis Luisi, *in verbis*:

La principal consecuencia social de este fenómeno de poder es la generación de un amplio y creciente sector excluído de la economía. La relación explotador-explotado ha sido reemplazada por una no relación incluído-excluído. La bibliografía especializada – especialmente alemana y europea en general – habla con frecuencia de la brasileñización como generalización de un modelo con un 20% de incluídos y un 80% de excluídos (sociedad 20 por 80), que da lugar a una sociedad con aislados guetos de ricos fortificados en un mar de pobreza. En semejante modelo prácticamente no hay espacio para las clases medias. El excluído

no es el explotado: el último es necesario al sistema; el primero está demás, su existencia misma es innecesaria y modesta, es un descartable social. (ZAFFARONI, in COPETTI, et al, 2001, p. 143).

É justamente nesse ponto que se torna possível fazer um enlace entre a política criminal inimiga e a globalização, uma vez que aquela acaba por ditar - no combate ao terrorismo, por exemplo, - as regras a serem adotadas no combate a criminalidade como um todo, assim como a globalização perversa, acaba se expandindo para todas as partes do globo. Dessa forma, resta analisar como o funcionalismo penal trabalha com a idéia da política criminal, em busca de uma idéia sistêmica e de cooperação.

3.1.2 O funcionalismo radical sistêmico de Günther Jakobs e o funcionalismo moderado de Claus Roxin:

O funcionalismo radical sistêmico de Jakobs está assentado, dentre outras considerações, no direito penal do inimigo¹⁰². Pretende o penalista alemão fundamentar a possibilidade de sua incidência com alguns aportes jusfilosóficos dos contratualistas, que serão brevemente relatados na presente dissertação, justificando a atuação do direito penal no sentido de coagir o ser humano delinquente, uma vez que restou rompido o contrato social firmado para uma harmoniosa convivência social.

Assim, Jakobs aponta *verbis*:

¹⁰² No cenário nacional, algumas manifestações estatais deste tipo, além das elecandas no capítulo I (tropa de elite), pode ser observada em alguns dispositivos legais, notadamente no artigo 52 da Lei de Execução Penal, inserido no sistema penal no ano de 2003. Em virtude de tal regime, estabeleceu-se algumas regras carcerárias extremamente rigorosas, que atingem tanto presos provisórios quanto condenados definitivos, que dentre outras circunstâncias, admitem ao apenado tão somente duas horas de sol por dia, tem como duração o tempo de 360 dias, podendo ser repetido até o limite de 1/6 da pena aplicada. Não bastasse as rigorosas sanções impostas, que rompe com uma série de direitos fundamentais (proporcionalidade, presunção de inocência, humanidade, dentre outros), a parte legislativa que permite diagnosticar a presença do direito penal do inimigo é a que refere as “fundadas suspeitas” dos apenados em participação de organizações criminosas, quadrilha ou bando, como sendo suficiente para inserir o sujeito/inimigo neste severo regime de cumprimento da pena. Conforme detalhado no capítulo primeiro, organização criminosa não se confunde com quadrilha ou bando, havendo, pois, uma evidente desproporcionalidade das sanções penais. Embora expressamente não esteja presente tal confusão no referido dispositivo, de uma certa forma o legislador brasileiro colocou “todos no mesmo saco”, ignorando a diferenciação funcional que as categorias conceituais de cada modalidade delitiva assumem no contexto penal. Poder-se-ia dizer que o fundamento para a inserção de tais grupos neste regime, encontra amparo na parte do texto legislativo que indica a expressão *fundadas suspeitas* conforme já relatado. Mas mesmo que *fundadas* não deixam de ser *suspeitas* o que parece ser insuficiente para o universo do direito penal. Melhor seria então, trabalhar com a idéia dos requisitos da prisão preventiva, que mesmo assim seriam passíveis de crítica. Por outro lado, ainda que timidamente, o cenário internacional parece apresentar uma pequena possibilidade de afastamento do direito penal do inimigo, embora pareça ser – infelizmente – a tendência da política criminal internacional, por isso propõe-se outra de forma diversa. Diz-se isso porque o novo Governo americano, manifestou publicamente a intenção em fechar a prisão de Guantãmano, que abriga não só terroristas como suspeito de terroristas, com julgamentos sumários e quase nenhuma possibilidade de defesa.

[...] o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rosseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão (in CALEGARI, 2005, p.26).

Na linha da jusfilosofia contratualista, Jakobs destaca também as idéias de Fichte ao salientar que:

[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos (2005, p. 24).

Percebe-se, pois, tanto em Rosseau como em Fichte, conforme destaca Jakobs, que a prática de qualquer ilícito penal acaba por retirar do delinquente a sua condição de parte integrante do contrato social, conseqüentemente, este mesmo personagem passa a ser carecedor de legitimidade capaz de manter o seu *status* de cidadão, sendo afastado do ordenamento jurídico, que passa a se voltar com toda a sua força contra o mau-feitor.

Por outro lado, segundo as palavras de Jakobs, Hobbes apresenta uma roupagem um pouco diferente para a questão do rompimento do contrato, de maneira que, a princípio, Hobbes não afasta do delinquente a sua condição humana enquanto sujeito de direitos e obrigações.

Nesta linha de idéias, destacam-se as palavras de Jakobs, ao dizer que:

[...] cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza...E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos. Para Rosseau e Fichte, todo delinquente é, *per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é (2005, p. 27).

Sob esse prisma jusfilosófico, destaca-se ainda o pensamento de Kant¹⁰³, que ao tratar da questão da limitação do poder estatal, centra-o na passagem do “estado de natureza” ao

¹⁰³ “Kant irá, desse modo, se juntar ao debate sobre as condições de legitimação da política. Parece que ele é o primeiro a propor uma resposta à questão colocada por Rosseau, a saber, o que legitima o contrato como tal – o contrato entendido como a fundamentação da moderna teoria da integração social. A resposta de Kant é

“estado estatal”. Kant afirma ser possível que uma pessoa obrigue outra a fazer parte da constituição, deixando, pois, em aberto a questão do sujeito que se nega a fazer parte dela.

Jakobs pretende resolver este problema com os escritos do próprio Kant denominado “Sobre a paz na terra” salientando:

Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... (da) *sic* segurança (necessária), e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança. Consequentemente, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo (2005, p. 29).

Conforme se percebe, para Rosseau e Fichte, todo aquele que rompe com o contrato social deve ser considerado como um inimigo, já para Hobbes, apenas deve ser considerado dessa maneira aqueles que têm uma conduta de alta traição, enquanto Kant considera inimigo todo aquele que não adere ao contrato social. Hobbes e Kant, precariamente, reconhecem a existência de um direito penal do cidadão, embora admitam a possibilidade de coexistir o direito penal do inimigo (JAKOBS, 2005).

Ao que parece é que o quer fazer Jakobs. No entanto, o penalista alemão parece esquecer que os modelos dos subsistemas penais democráticos em tempos de pós-modernidade são completamente distintos dos modelos totalitários e do tempo dos pensadores clássicos, importantes como ponto de referência é verdade, mas insuficientes para explicar e legitimar o contexto e as complexidades que envolvem as práticas delitivas na sociedade pós-modernas.

Assim, torna-se importante identificar o contra-ponto realizado pelo professor espanhol Manuel Cancio Meliá que critica duramente a possibilidade da existência do direito penal do inimigo, por basear-se em um direito penal do autor e não do fato, criticando-se, inclusive, sobre a possibilidade de chamar-se isso de direito penal, pois estar-se-ia a criar um verdadeiro estado de exceção¹⁰⁴.

simples e se encontra nos princípios *a priori*. Ele interpreta o contrato não mais como um fato dado, mas como um norma que se torna critério para determinar a sociedade civil. Esta, por sua vez, não é de modo algum a expressão de alguma consideração utilitarista. A alternativa encontrada por Kant em relação a Hobbes não é mais o Leviatã, mas a proposta de uma aliança de cidadãos. A noção de Kant do contrato social posiciona-se claramente em contraste com a idéia hobbesiana do contrato como subjugação. Kant não tomou este caminho das perspectivas sociais” (MILOVIC, in BARRETO, p. 500).

¹⁰⁴ As críticas ao direito penal do inimigo não devem fechar os olhos para as algumas práticas existentes nas três esferas do Poder, preocupando-se tão somente com aspectos teóricos, pois não raras vezes o direito penal assim se mostra nessas instâncias.

Nesta linha de idéias, o professor espanhol da Universidade Autônoma de Madrid sublinha, *in verbis*:

[...] o conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não-Direito penal presente nas legislações positivas: por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do Direito penal verdadeiro, por outro, como consequência do anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito penal do fato. (MELIÁ, in CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2005, p.66)

Em realidade, o direito penal do inimigo seria, segundo Meliá, com os aportes de Silva Sanches, a terceira velocidade do direito penal, o que acabaria gerando uma certa flexibilização das garantias, daí porque o grande rechaço – reflexivamente – da obra de Luhmann para a aplicabilidade de sua teoria ao subsistema do direito penal. Uma culpa que não é sua, mas sim de Jakobs.

Assim, mais uma vez cabe sublinhar o pensamento de Meliá, *verbis*:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. De modo materialmente equivalente, na Espanha Silva Sanchez tem incorporado o fenômeno do Direito penal do inimigo a sua própria concepção político-criminal. De acordo com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõe penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações -, a imagem das duas velocidades induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sanchez – no Direito Penal do inimigo como terceira velocidade, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação. (MELIÁ, in CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2005, p.67/68)

De qualquer sorte, Jakobs vem provocando um grande debate doutrinário, na medida em que, com base nas premissas apontadas anteriormente e apropriando-se de algumas idéias da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, trabalha com a idéia de uma teoria funcionalista, que atualmente se apresenta com duas grandes orientações a saber: o funcionalismo radical

sistêmico (normativismo-monista – 1983); e o funcionalismo moderado de Claus Roxin (1962).

Neste ponto, é preciso fazer um breve recorde conclusivo. Não se compreende porque grande parte da doutrina finalista rechaça com veemência as idéias de Niklas Luhmann.

Em primeiro lugar, porque de fato, por tratar-se de uma teoria de alta abstração e de difícil compreensão, poucos juristas a compreendem a ponto de poder criticá-la.

Em segundo, porque não foi Luhmann quem criou o direito penal do inimigo, mas sim Jackobs, com base em alguns de seus aportes (basicamente a questão das expectativas).

O fato de Luhmann dar mais ênfase em sua teoria a questão da comunicação, não significa que esteja desconsiderando a questão da centralidade da pessoa humana e conseqüentemente da sua dignidade, de fundamental importância para o direito penal. Até porque funda sua teoria em tempos democráticos, ainda que sua a escrita de sua obra tenha ocorrido em décadas passadas.

Se Jackobs exagera com a concepção inimiga, não significa que a teoria dos sistemas de Luhmann deva ser afastada do subsistema penal, uma vez que se acredita em um direito penal democrático e sistêmico, que respeite as garantias, pois ao contrário do que se pensa, elas não são eliminadas do subsistema penal pela concepção funcionalista.

Assim, fechada a janela, cabe tecer algumas considerações em relação a origem funcionalista luhmanniana, conforme aponta Schwartz:

A teoria de Parsons teve grande influência no pensamento de Luhmann. Essa teoria tem fortes raízes weberianas, mas traz significativos avanços. Em verdade, Parsons tenta unir o pensamento de Durkheim e Weber, procurando demonstrar que ambos podem ser conciliados na busca de uma sociologia jurídica. Dessa maneira, toda a interação duradoura pressupõe normas, e sem elas não constitui um sistema. Mais, Parsons descreve e procura refletir a sociedade a partir das idéias de sistemas advindos da biologia (Maturana e Varela) e da Cibernética (Bertalanffy). Na idéia de sistemas parsoniana, aparece como central a idéia de ação social, elemento essencial do pensamento weberiano. Sobre essa igualdade, Luhmann ressalta que as teses de Parsons podem ser classificadas como variações da fórmula: ação é sistema. Mas ao contrário dos autores pós-weberianos, Parsons não conjuga a ação com o indivíduo, e sim, com o sistema, de tal forma que a ação somente pode ser compreendida sob a forma sistêmica. (SCHWARTZ, et al, 2005, p. 56/57)

Nota-se pois, em Luhmann a forte influência do pensamento de Parsons, notadamente no que tange a *double contingency* o que acabou por estruturar a edificação do primeiro capítulo da Sociologia do Direito, ou seja, as questões relacionadas a complexidade, contingência, dentre outras.

Assim, vale destacar algumas idéias de Talcott Parsons, salientadas por Machado:

“Para Parsons, portanto, o “direito é um jogo de regras que são reforçadas por alguns tipos de sanções, que são legitimadas de alguns modos e aplicado de alguns modos”. Merece ser destacado, entretanto, que a definição das condutas desejáveis pelo sistema social (e, por conseguinte, daqueles comportamentos que merecem ser punidos ou estimulados), segundo Parsons, não deve ser feita pelo Direito, até porque este não é rico em informações como o sistema cultural, nem rico em energia como o sistema econômico. Esta tarefa de definição de escolhas da condutas deve ficar, de regra, delegada ao sistema cultural (no que diz com os valores a serem preservados), ao sistema político (com sua definição das metas socialmente definidas, tendo o sistema econômico a função de adaptação dos objetivos às condições físicas existentes. Em outras termos, não se pode pensar na criação de um “novo” Direito sem se levar em consideração que para Parsons “para cada um dos subsistemas, os outros três constituem o que chama de seu meio ambiente. Como subsistema encontra-se, portanto, em relação de interação e troca com cada um dos outros subsistemas” (MACHADO, in FAYET JÚNIOR, 2003, p.189).

Nestas constantes interações, a estrutura funcionalista de Luhmann, ou melhor, no funcionalismo estrutural, a estrutura de um sistema passa a ser menos relevante do que sua função, vista como um organismo de regulação que amplia as possibilidades de observação, tornando mais palpável o sistema jurídico (SCHWARTZ, 2005). Ou melhor, nas palavras do pensador sistêmico “É assim que a análise funcional estruturalista pressupõe o reconhecimento das diferenças mediante informação/comunicação. Com ela, pode-se perceber o existente como contingente e o diverso, como comparável” (Idem, p. 63).

Mais uma vez, sublinhe-se o pensamento de Schwartz, para quem:

Exsurge, nesse contexto, a importância da observação. Nessa lógica, a grande contribuição de Luhmann reside na proposição de que a única realidade é a realidade das observações, ou, em outras palavras, a pergunta sobre o que é real somente é possível porque existe um observador que a faça, e o “real” somente existirá enquanto observação. Com outras palavras: somente o observador é capaz de fazer a comparação equivalente das funções que compõe o sistema. (2005, p.65)

Ao lado da questão da observação, é importante destacar que o direito, e em especial o direito penal, ainda que em comunicação com os subsistemas sociais, de forma alguma perde os seus referenciais, ou seja, a sua autonomia mantêm-se intacta devido a sua clausura operacional. Assim, novamente, sublinhem-se palavras de Schwartz, para quem:

Nesse diapasão, a importância de se estabelecer o direito como um subsistema autônomo se dá pelo fato de que tal subsistema criou uma rede recursiva interna e universal que o diferencia do entorno, de tal forma que se enclausurou operativamente e vai ser o único subsistema responsável por problemas relativos à sua unidade, conseguindo, dessa forma, uma diferenciação funcional [...] Portanto, a questão do Direito, sob o perscrutamento funcionalista estrutural, em observar a unidade da diferença das funções equivalentes que compõem esse subsistema. Trata-se, pois, de comparar a função do sistema jurídico (Direito/não-

Direito), para que se possa (re)descobrir possibilidades outras que tornem possível a (re)construção de sentido de seu objeto (2005, p. 66/67).

Salientadas estas essas breves considerações a respeito da teoria dos sistemas de Luhmann, sem ter a pretensão de esgotá-las, cabe indagar:

- mas afinal, de que forma as questões funcionalistas são absorvidas (acopladas) ao subsistema do direito penal e o que efetivamente se entende para este ramo do direito. Melhor dizendo: o que se entende por funcionalismo penal ?

Essas questões estão relacionadas a verdadeira finalidade do direito penal, calcadas em razões de política criminal. Segundo Schmidt

Por funcionalismo entende-se a construção do sistema penal e do conteúdo de suas categorias a partir de considerações de política criminal voltadas ao controle social. Essa afirmação é bastante ampla, assim como o são as diversas vertentes do funcionalismo. Na verdade, não se podem agrupar todas as correntes funcionalistas num único substrato, podendo, sobre elas, recaírem algumas classificações. (SCHMIDT, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 107)

Ainda que o funcionalismo penal possa se apresentar com diversas variantes, conforme aponta o autor supracitado, a presente pesquisa ficara recortada no universo do funcionalismo radical/estratégico de Jakobs e o funcionalismo moderado/estrutural de Claus Roxin.

Conforme salienta Ricardo Breier, a questão do funcionalismo sistêmico na atualidade acaba por evidenciar uma verdadeira (re)construção metodológica da dogmática penal pós-finalismo, o que determina uma rachadura nas estruturas dos sistemas penais, ainda que em realidade não constitua uma grande novidade, pois na Europa tais questões vem sendo discutidas há algumas décadas, sendo que, especialmente na Espanha e na Alemanha, as teorias funcionalistas renascem com grande força reconstrutora.

A teoria funcionalista traz uma mudança de paradigma, na medida em que pretende dar uma outra noção a verdadeira finalidade do direito penal, especialmente pela sua defasagem perante fenômenos de alta complexidade. Nessa linha de idéias, “[...] são várias interpretações possíveis da realidade, o que vem confirmar os aspectos de complexidade e contingência da sociedade (variedade de escolhas) descritos por Luhmann”.(MORAES, 2009, 126)

Ou seja, a função do direito penal não se limita a proteção de bens jurídicos¹⁰⁵, mas como sendo um instrumento capaz de garantir a funcionalidade e eficácia do sistema social e seus subsistemas.

Um das grandes críticas que a dogmática tradicional e finalista vem sofrendo, reside no fato de ter se preocupado tão somente em bases ontológicas, deixando de lado os aspectos ligados a natureza social, ou seja, a estruturação dos tipos penais por exemplo estão completamente em desacordo com as questões que se encontram no entorno (ambiente de alta complexidade), daí porque parece ser possível a aplicação da categoria da autopoiese ao direito penal.

Esta idéia heteropoiética clássica, embora importante sobre o ponto de vista da legalidade (substancial), deixa o subsistema do direito penal completamente defasado em relação as sociedades calcadas em ambiente complexos. Aliás, sob a ótica luhmanniana, ousa-se afirmar que sequer é possível falar em um sistema penal, pois esse é rigorosamente fechado e avesso a comunicação, uma das questões centrais da teoria sistêmica.

A crítica ao modelo estritamente ontológico é apontada por Breier ao destacar que

Atualmente, a doutrina resgata antigos postulados filosóficos-científicos reproduzidos por pensadores alemães, o que está oferecendo um novo rumo para a dogmática penal, como, por exemplo, a reformulação histórico-conceitual da política criminal de Liszt por Roxin e os postulados sistêmicos-sociais de imputação de Jakobs. Tais posicionamentos estão a oferecer um novo rumo metodológico, distinto dos postulados exclusivamente ontológicos. O objetivo vem a ser o de aproximar e redefinir os institutos do Direito Penal com as novas questões da sociedade moderna. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p.134)

No que tange ao funcionalismo de Jakobs, que radicaliza com a idéia do direito penal do inimigo, conforme apontado anteriormente, o penalista alemão pretende renormatizar os conceitos gerais no que tange aos elementos delitivos. Assim como Roxin, porém de forma diversa, conforme se verá a seguir, acredita que as bases ontológico-finalistas são insuficientes para sustentar os sistemas penais da atualidade, passando a utilizar-se das categorias sistêmicas sociais como um novo modelo para o Direito Penal (BREIER, 2003).

Assim, mais uma vez destacam-se as idéias do professor do Vale dos Sinos, para quem

¹⁰⁵ “O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio da interpretação teleológica”. (ROXIN, in CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2006, p.20).

A teoria sistêmica vem sendo considerada como a teoria que mais se desenvolveu no pensamento doutrinal penal alemão nos últimos tempos. Jakobs associa-se às concepções de Luhmann de que o Direito é o instrumento que serve para a estabilização social. Distinto do abstratismo determinado pelo positivismo de que a norma está edificada em conteúdo valorativo, a teoria sistêmica trata esta questão não como um ponto crucial, mas sim como uma consequência da própria norma. A suposta garantia individual instituída pela ponderação jurídica vai ao encontro da subjetividade individual como o centro do sistema social, o que segundo a teoria sistêmica, permite uma maior expansão no consenso de valorações éticas. Tal indicativo, renova o paradigma abstrato (despersonalização) para um sistema de expectativas de comportamentos. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p.145)

É exatamente neste ponto que se percebe a aproximação que Jakobs realiza com a teoria sistêmica de Luhmann, no sentido de estabilizar expectativas, que passaria a ser a verdadeira função do direito penal.

Nessa linha de idéias, mais uma vez Breier salienta, *verbis*:

Em vários escritos, o professor alemão expõe sua tese, no sentido de firmar que as premissas do Direito Penal devem partir do caráter normativo, o que está amplamente identificado com a corrente funcional-sociológica do filósofo Luhmann¹⁰⁶. A norma fundamental, expressada pela concepção Kelseniana, deixa de alcançar seus objetivos na sua criação e denominação própria. Em vez dos termos mandatos e desobediência, vamos falar de validade e frustração de expectativas. Fora desse contexto, o que for considerado antinormatizado, com base em regras meramente normativas, distante do acontecer social, não possuem relevância sistêmica. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 145)

Assim, visto que a aproximação localiza-se basicamente na questão das expectativas, salienta-se que Luhmann as define como sendo de natureza cognitiva e normativa.

Para a primeira, trata-se da “referência às relações do homem com os ocorridos na natureza”. (LYNETT, in CALLEGARI, et al, 2005, p.14.) Nas palavras de Luhmann

[...] Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas a realidade. (1983, p. 56)

Assim, no que tange as expectativas cognitivas, percebe-se que ocorrendo um eventual desapontamento, é possível a sua adequação a realidade, sendo justamente isso que Jakobs utiliza para o fim de buscar a estabilização do subsistema penal, deslocando o foco de proteção do bem jurídico como verdadeira finalidade do direito penal para a questão da afirmar a vigência da norma, ou “o que protege o direito penal são os mecanismos que

¹⁰⁶ Ainda que Luhmann transite com naturalidade pela filosofia, é no campo da sociologia que reside o centro de sua obra.

permitem manter a identidade de uma sociedade, é dizer, as expectativas fundamentais para sua constituição”. (LYNETT, in CALLEGARI et al, 2005, p. 15)

Isto significa que essa mudança da finalidade do direito penal deve - necessariamente - ignorar a função de proteção dos bens jurídicos?

Entende-se que não, pois não se trata de sobrepor o funcionalismo ao finalismo/garantismo, mas sim em trabalhar com a idéia de aproximação teórica, pois ambas têm como finalidade uma melhor eficácia do direito penal, até porque foram elaboradas e (re) pensadas em tempos de Democracia (ainda que não raras vezes exista tão somente de maneira formal).

Já no tocante as expectativas normativas elas tratam das “relações do homem com os demais membros da interação social” (LYNETT, 2005, p. 14). Nesta linha de idéias, segundo Luhmann

Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. No caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo; nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamento, não fazendo questão de cabelo louro, exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento neste ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. (1983, p. 56)

Assim, vale registrar o fechamento realizado por Luhmann no que tange as duas modalidades de expectativas¹⁰⁷, ao salientar que

¹⁰⁷ “As diferenças têm como fundamento que é distinta a resposta que se dá quando uma regularidade da natureza muda a forma de reagir ante um fato social. Frente ao descumprimento de uma expectativa de uma expectativa cognitiva, como deve reagir o homem? Mantém a expectativa frente a natureza ou deve mudar seu comportamento? Se alguém que durante anos construiu sua casa de madeira a uma determinada distância de uma fonte de água, sobre a base de que ainda que no caso de o rio transbordar a água não alcançará a construção, observa que devido as mudanças atmosféricas a corrente ameaça seguidamente a casa e termina por arrastá-la, qual deve ser seu comportamento: volta a construir a casa no mesmo lugar, ou muda de lugar, calculando que a água não o alcançará em caso de enchente? Nestas situações, a pessoa não pode manter a expectativa, e o conflito se resolve mudando a própria conduta. A resposta a defraudação de uma expectativa normativa é distinta. Quando outro membro da interação social se comporta de forma diversa ao esperado, o homem pode seguir confiando nessa expectativa apesar de seu descumprimento, porque o sistema social tem um mecanismo para que se mantenha como modelo da orientação social: a sanção. Através desta o Estado afirma que, apesar de que se tenha rompido uma norma de conduta (há uma negação), o cidadão pode seguir confiando nela, porque com a imposição da pena se afirma que não vige a especial concepção do mundo que tem o sujeito (há uma negação da negação), e por isso a pessoa pode seguir orientando sua conduta com base nas expectativas gerais. É dizer, com a imposição da pena se mantém a vigência da norma como modelo de contato social. Exemplo: uma pessoa transita pela rua em seu veículo e tem preferência diante de um semáforo. Não obstante, outro cidadão viola a norma de trânsito e lhe produz uma lesão. Nestas hipóteses, apesar da defraudação da expectativa (o respeito ao direito de preferência) as pessoas podem seguir orientando-se sobre a base de que os demais cumprirão no futuro nas normas de trânsito, porque com a imposição de uma pena o sistema reafirma que seguem vigentes umas determinadas expectativas. A sanção serve, então, para a estabilização das expectativas sociais”. (LYNETT, in CALLEGARI, et al, 2005, p. 14/15)

Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. (1983, p. 56)

A questão funcionalista está então atrelada a qual vem a ser a verdadeira função do direito penal no contexto das sociedades pós-modernas, que deve considerar as diversas relações sociais e os diversos subsistemas daí decorrentes. Neste cenário se insere os fenômenos criminais complexos apontados no capítulo I, uma vez que devido ao fato de que as expectativas estão inseridas em um universo riquíssimo em possibilidades, pois estão diretamente relacionadas a condutas de outras pessoas (e outras comunicações), é muito difícil determinar o comportamento do outro, tal como ocorre nas ações praticas pelo crime organizado.

Daí porque a dificuldade do subsistema direito penal em absorver esse fenômeno delitivo.

Nessa linha de idéias, mais uma vez Breier leciona:

O delito não pode ser mais visto como uma mera infração à norma de natureza pessoal (singularidade), e sim, como um fenômeno de relações sociais. Aqui se encontra a amplitude de que o Direito Penal tem que reestruturar. “Cabe rogar ao Direito penal que realiza esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social. O delito é algo cientificamente de maior complexidade, sendo que a teoria do delito, com fundamentos abstratos, limita-se em vários aspectos contextuais, o que o impede a formação da norma; exemplo: o que é um bem jurídico para a sociedade? O agente primeiro infringe a norma ou o bem jurídico que ela protege? (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 146)

Isso acaba por mexer também na estrutura da culpabilidade, que não passa a ser visto, sob a ótica funcionalista, tão somente como um juízo de reprovação de natureza individual, mas a ser basilada por questões relacionadas a reação estatal advindas dos sistemas sociais. Tal concepção, comparada à ótica garantista que será abordada a seguir, parece não ter qualquer chance de aplicação, até porque, aparentemente, as idéias de Jakobs parecem ignorar as conquistas no campo das liberdades individuais que o direito penal alcançou ao longo de sua história desde o movimento iluminista.

Novamente, o professor Breier leciona relatando que

Ao definir a contradição do comportamento para com a norma, nasce o problema de imputação pessoal, ou seja, qual o real comportamento que pode ser considerado típico e antijurídico? Quais os limites? Creio que a resposta está

direcionada para uma nova linha investigatório-conceitual dos elementos da teoria do delito, a partir da orientação sistêmica de Direito penal. (2003, in FAYET JÚNIOR, p. 147)

Como visto, a concepção funcionalista praticamente rompe com a idéia finalista, aonde se estruturou todo o direito penal moderno, a partir do momento em que Jakobs coloca a teoria da pena não mais sob os aspectos da ressocialização, mas sob o foco da prevenção geral positiva, calcados em algumas idéias de Hegel e da teoria dos sistemas de Luhmann.

Nessa linha de idéias, mais uma vez aponta-se o pensamento de Lynett, para quem

Poderíamos afirmar que se trata de uma nova leitura de Hegel através da concepção do direito de Niklas Luhmann. A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social. Com seu comportamento, o infrator rompe umas expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas. Com base em uma das leis da dialética, Hegel desenvolveu sua teoria da pena. O filósofo alemão entendeu que há uma vontade geral que está constituída pelo direito abstrato, e frente a ela se contrapõe uma vontade particular que, com seu comportamento, nega essa vontade geral. A finalidade da pena é restabelecer a vontade geral através de uma negação; é dizer, de uma negação da negação. Quem comete um delito expressa um especial esboço do mundo, uma especial concepção do mesmo, porque para ele não vige o ordenamento jurídico, mas sua vontade particular (uma negação). Com a pena, o estado manifesta que essa concreta concepção não vale e que deve imperar a vontade geral (negação da negação). Dessa maneira se restabelece a vigência do direito (sínteses). A partir deste fundamento, Jakobs aplica uma teoria institucional do direito, que entende as normas como estrutura da sociedade. O direito, na concepção de Niklas Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do direito, e a missão do Direito Penal é garantir essa configuração. As expectativas sociais se estabilizam através das sanções. (in CALLEGARI et al, 2005, p. 13).

De todos os aportes da teoria sistêmica, somente estes pontos são utilizados por Jakobs, o que por si só, parece deslegitimar a idéia de que é impossível aplicar a teoria sistêmica ao direito penal. Até porque, conforme já apontado, não foi Luhmann quem criou a categoria do direito penal do inimigo, tampouco Jakobs, que (re) edita este pensamento, conforme nos ensina o sempre lembrado professor Luis Luisi.

De igual sorte, vale registrar as críticas apontadas por Moraes no que tange a inaplicabilidade da teoria dos sistemas ao direito penal, *verbis*:

O grande problema da teoria de Luhmann, segundo seus críticos, é a sua despreocupação com os aspectos materiais dos conflitos de interesses que ocorrem no meio social e o seu desprezo pelas desigualdades materiais existentes entre os membros da coletividade. Além disso, segundo os críticos, Luhmann partiria da premissa tida como equivocada de que os indivíduos aceitarão as decisões do aparelho estatal somente por que tiveram acesso ao procedimento (2009, p. 102).

Moraes, ao sublinhar o pensamento de Francisco Muñoz Conde, salienta que a teoria sistêmica é incapaz de apresentar qualquer crítica ao sistema, seu funcionamento e suas ações, sob o argumento que:

[...] a teoria sistêmica conduz para uma concepção preventiva integradora do direito penal, em que o centro da gravidade da norma jurídico-penal em que passa da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema. [...] Quando desde a teoria sistêmica se fala em “funcionalidade” da norma jurídico-penal, nada se diz sobre a forma específica de seu funcionamento nem sobre o sistema social para o qual a norma é funcional. Desde esta perspectiva, o conceito de função, é demasiadamente neutro e realmente não serve para compreender a essência do fenômeno jurídico punitivo. [...] Em última instância, a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de “funcionalidade do sistema social” perdendo a essência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo (2009, p. 103).

A primeira vista, a crítica apresentada por Muñoz Conde parece ser insuperável, na medida em que, ao se confiar demasiadamente no sistema (em especial no subsistema penal), estar-se-ia confiando também demasiadamente no papel do poder legislativo.

No entanto, mais uma vez vale repisar:

- o que deve interessar ao direito penal no contexto da pós-modernidade, é como as garantias irão gravitar nos sistemas (e subsistemas que se diferenciam funcionalmente), sendo que a existência dos direitos e garantias fundamentais não pode implicar em um afastamento do direito penal da realidade dos sistemas sociais, sob pena de permanência da sua defasagem.

Assim, uma vez ultrapassada as idéias funcionalistas sistêmicas de Jakobs, é preciso tecer algumas ponderações no que tange ao funcionalismo moderado de Claus Roxin, rumo a uma nova política criminal.

Roxin foi o verdadeiro propulsor do funcionalismo em matéria de direito penal, movimento este iniciado na Alemanha na década de 60, trazendo a política criminal para o universo dos critérios do justificação do direito penal como forma de limitar os excessos de poder, tomando por base alguns critérios de Voz Liszt (BREIER, 2003).

Se por um lado Jakobs parece não se preocupar com os bens jurídicos, Roxin cuida de mantê-lo em seu sistema funcionalista, ao lado de uma nova concepção no que tange a culpabilidade.

Nesta linha de idéias, novamente sublinhe-se o pensamento de Breier, para quem:

Roxin parte da dicotomia de bem jurídico e de ressocialização, caracterizando a pena em duas funções: prevenção de natureza geral abstratismo (proteção dos bens jurídicos) e especial concretismo (ressocialização do agente infrator), a reconhecida teoria relativa da pena [...] Os parâmetros da pena estariam determinados pelos limites

de uma nova concepção de culpabilidade, ou seja, uma culpabilidade somente como função de limite e não como fundamento da pena. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 138)

A idéia de culpabilidade enquanto limite do poder estatal parece ter eco em um subsistema penal falido, na medida em que, a superpopulação carcerária¹⁰⁸ e os altos índices de reincidência – conforme apontado no capítulo primeiro – acabam por indicar que o fundamento da pena e o juízo de reprovação aliado a uma utópica ressocialização, são dados que exigem uma nova para as categorias conceituais do direito penal, notadamente no que tange a teoria geral do delito.

Na medida em que o direito penal parece estar tão afastado do contexto das relações sociais¹⁰⁹ a idéia de Roxin de aproximar a dogmática penal da realidade social merece – no mínimo – ser estudada enquanto nova possibilidade de análise dos fenômenos de alta complexidade que envolvem o subsistema do direito penal.

Nesta linha de idéias, mais uma vez leciona Breier:

[...] Roxin, através de uma metodologia já instituída por Liszt, idealizasse a junção da dogmática penal com a política criminal como fundamento para uma construção limitativa dos elementos da teoria do delito. Roxin preconizava que um sistema penal orientado por princípios de política criminal converteria a construção da dogmática penal para as reais necessidades sociais. A orientação de Roxin parte de três exigências que considera importante para o desenvolvimento de um novo sistema metodológico jurídico-penal. São elas: ordem e clareza conceitual e a aproximação da realidade com orientações de política-criminal. Os elementos delimitadores do fato punível (tipicidade – função de satisfazer a determinação e taxatividade definidas pelo princípio da legalidade, antijuridicidade – como sede de resolução dos conflitos sociais que se origina pela colisão de interesses individuais e/ou supra-individuais e culpabilidade como limite da intervenção punitiva do Estado) necessitariam a partir de então, de uma nova orientação construtiva, a qual estaria sob o desenvolvimento exclusivo da política criminal. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 139)

Dessa forma, através desta espécie de funcionalismo – moderado – Roxin pretende tirar o direito penal de uma posição imutável, incapaz de observar outros fenômenos que estão a sua volta, situação esta que insere o direito penal em uma postura acrítica, calcada em uma extremada tradição, que sob o grito das garantias e liberdades individuais – extremamente importante é verdade, mas não a única observação – acaba tornando o direito penal ineficiente, o que acaba por contaminar todo o restante do subsistema.

¹⁰⁸ Registre-se que a explosão do subsistema carcerário chegou a tal ponto que o próprio Poder Judiciário do Rio Grande do Sul está a iniciar um movimento de alarme da sociedade no que tange as condições subumanas do cárcere, a ponto de determinar rodízio de presos ou impedir a prisão, não por falta de fundamento legal das prisões cautelares por exemplo (o que mereceria uma discussão própria), mas por falta de vagas nos presídios gaúchos. Isso está a gerar um verdadeiro paradoxo em matéria de direito penitenciário.

¹⁰⁹ Até pouco tempo o Código Penal ainda trabalhava com categorias tais como “mulher honesta”.

Não resta dúvida de que não é fácil vencer a tradição. Até porque, toda vez que surge uma nova teoria em matéria de direito penal, se tem medo que as mesmas acabem rompendo com um modelo de direitos e garantias fundamentais. Isto se evidencia na medida em que as idéias de Roxin parecem causar um verdadeiro susto nas escolas penais humanitárias, notadamente pela difusão de algumas idéias no que tange a tipicidade, tais como destaca, incansavelmente, destaca Breier, *in verbis*:

A noção de que toda a conduta deverá previamente estar descrita no tipo penal, não seria mais considerada como a única fonte de garantia junto ao cidadão. A lei penal, pelo contrário, através do preceito *nullum crime*, teria que trazer consigo uma maior dimensão na tipificação do comportamento delituoso. O indicativo seria a regulamentação social, ou seja, um Direito penal identificado com a realidade específica, objetivando reestruturar a sistemática individualista da escola finalista. A premissa de que os fatores sociais estariam alheios ao Direito penal estaria com os dias contados. O novo modelo científico obrigatoriamente levaria a vários questionamentos a respeito de quais seriam os critérios reestruturais da dogmática, ou seja, os conteúdos determinantes do moderno Direito Penal. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 140)

Na medida em que Roxin pretende que a culpabilidade seja utilizada como critério limitador do poder estatal, não há que se temer a dinâmica típica, que passa a levar em consideração também a realidade social e não somente aspectos descritivos previstos pelo legislador.

Portanto, a inserção da política criminal como o grande carro chefe nas idéias de Roxin, revelam um direito penal muito mais eficiente para absorver algumas demandas sociais. Com isso, não se está dizendo que se pretende resolver sociais através do direito penal. Pretende-se tão somente, que o direito penal - como suporte nos sistemas sociais - consiga observar o inobservado, tais como as ações do crime organizado se apresentam perante a sociedade brasileira, o que acaba por conduzir o direito penal em um descrédito, culminando com seu atestado de falência perante a complexidade.

Assim, mais uma vez sublinhe-se o pensamento de Breier para quem *verbis*:

Sem dúvida as propostas de Roxin direcionaram o Direito penal para uma dimensão de maior abrangência através do ingresso da política criminal. Tal evento possibilitou e ainda possibilita, na atualidade, uma maior discussão sobre as questões referentes à criminalização, à descriminalização e à despenalização [...] O ressurgimento da política criminal como fonte de renovação e conexão metodológica atualmente está sendo considerado pela doutrina majoritária como a corrente de maior aceitação acadêmico-científica, principalmente pelo elo que proporciona entre o injusto penal e os Direitos fundamentais. (BREIER, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 144)

Nesta linha de idéias, Bitencourt ao analisar o funcionalismo de Roxin enquanto teoria pós-finalista, o faz com propriedade ao diferenciar das premissas do funcionalismo de Jakobs, ao apontar que:

Enfim, o funcionalismo de Roxin não se confunde com o de Jakobs porque, apesar de ambos admitirem uma estrutura teleológica da dogmática penal, Roxin não admite a possibilidade de os valores jurídicos serem obtidos a partir dos seus próprios pontos de vista normativos. Roxin propõe uma dogmática plena de dados empíricos que se ocupa das realidades da vida de forma muito mais cuidadosa que um finalismo concentrado de estruturas lógico-reais em tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-crimal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídico-normativamente relevantes, tem preponderância.[...] Distinguem-se, basicamente, a partir da renormatização total do sistema e suas categorias e no grau de relativização (ou absolutização) do aspecto metodológico funcionalista. A diferença mais significativa, no entanto, reside das referências funcionais mediante as quais atribuem conteúdos aos conceitos. O normativismo teleológico preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que o normativismo sistêmico se satisfaz com os fins da pena, isto é, com as conseqüências do Direito Penal. Em síntese, a orientação teleológica funcional norteia-se por finalidades políticas-criminais, priorizando valores e princípios garantistas; a orientação funcionalista-sistêmica leva em consideração somente necessidades sistêmicas e o Direito Penal é que deve ajustar-se a elas. (BITENCOURT, 2008, p. 78)

Assim, a verdade é que as teorias funcionalistas, sejam elas radicais ou moderadas, passam a assumir uma importância ímpar para o subistema penal, na medida em que insere na dogmática penal um importante debate advindo da política criminal, que precisa ser melhor equalizado é verdade, mas nem por isso deixa de ter uma relevância enquanto forma de retirar a esterilidade do direito penal. Quanto a importância da política criminal, sublinhe-se as idéias de Schmidt, para quem

Se, por um lado, o dogmatismo acrítico pode manter a ciência penal estagnada frente às mudanças sociais contemporâneas, a política criminal universalizante, ao contrário, pode levar esta mesma ciência penal a viajar normativamente alto demais. É chegada a hora de arregaçarmos as mangas e debruçarmo-nos para uma discussão séria de política-crimal brasileira. (SCHMIDT, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 125)

Dessa forma, a orientação funcionalista parece adequada para inserir o direito penal na sociedade pós-moderna, concepções estas que podem coexistir com predicados de natureza garantista. Em sentido similar, Rochefort, professor de direito penal da *Universidad de los Andes*, sublinha, *in verbis*:

Además de las estructuras de legitimidad que hemos denominado “formales” (si bien en cuanto estructura no puede establecerse diferencia alguna entre ellas, sino solo desde la perspectiva de un observador de segundo orden), puede afirmarse también la existencia de ciertas estructuras de legitimidad material. A diferencia de las anteriores, estas estructuras no implican que siempre se legitime la operación del

Derecho penal a partir de la negación de la pena (~pena), sino también mediante una disminución de la intervención punitiva (menos pena). Dentro de esta clase de estructura se encuentran – entre otros – el principio de subsidiariedad, de fragmentariedad, proporcionalidad, humanidad, igualdad, exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad y non bis in idem. (ROCHEFORT, in DÍEZ, 2005, p.274).

Este novo direito penal, ainda que desinstitucionalizado, pode sim adentrar na era pós-moderna sem perder os seus postulados indissociáveis, sendo a política criminal uma importante ferramenta para este fim.

Nesta linha de idéias, mais uma vez destaca-se o pensamento de Schmidt, para quem *in verbis*:

Nenhum autor moderno de Direito Penal poderá ser encarado com a devida seriedade científica caso pretenda desenvolver uma teoria geral do delito e, em especial, um sistema jurídico penal, sem atentar para a necessidade de construção dos significados dos valores de política-criminal que devem ser perseguidos pelo sistema. O sistema proposto por Liszt, de total separação entre a dogmática e a política criminal, já se encontra suficientemente superado pelo sistema funcional (principalmente a partir da obra de Roxin), que evidencia a necessidade de aproximação entre a Teoria Geral do Delito e a Política Criminal como forma de realização do Direito Penal. (SCHMIDT, in FAYET JÚNIOR, 2003, p. 130).

Sob essa ótica, acredita-se ser possível realizar esta aproximação, até mesmo das orientações de política criminal, antes mesmo de se aproximar com a dogmática penal, tal como preconiza Schmidt:

Assim é que teríamos uma justificativa metodológica para um Direito Penal funcionalista-garantista que, em suas incursões dogmáticas, labore a partir de conceitos como os de tipicidade e ilicitude materiais, co-culpabilidade etc. Este seria o modelo de ciência penal conjunta que, sem dar as costas aos ditames da política criminal, mostra-se compatível com os direitos fundamentais (2003, p. 133).

Nesse sentido, a política criminal pode funcionar como uma filtragem (notadamente a partir da diferenciação funcional) que se ingresse no universo do subsistema penal, que por mais avançado que seja, continuará mantendo suas mazelas.

Assim, segundo Roxin

Podem-se eliminar casos leves cujo fato delitivo só causa perturbações sociais; assim, é possível suspender o procedimento penal e em seu lugar impor determinados serviços (talvez na cruz vermelha ou outras instituições sociais). Isto poupa o autor da discriminação social que supõe a condenação; mas ao mesmo tempo lhe deixa claro que o Estado não pode tolerar sua conduta (in CALLEGARI et al, 2001, p. 19).

Com as análises até aqui elaboradas, percebe-se que o modelo funcionalista não precisa – necessariamente - se sobrepor as idéias tradicionais do direito penal (iluminismo/garantismo), embora os superem em largos passos no sentido de observar o inobservado.

Na verdade, o que precisa ficar claro na busca de um subsistema penal que não ignore a complexidade dos sistemas sociais, é qual será o papel das garantias no universo da teoria dos sistemas.

Para tanto, entende-se adequada uma aproximação entre a principal teoria que preconiza as garantias como centro do sistema penal (FERRAJOLI) e alguns aportes sistêmicos (LUHMANN), que por sua vez privilegia a idéia da comunicação entre os subsistemas, conforme será exposto no tópico a seguir.

3.2 APROXIMAÇÕES: GARANTISMO E TEORIA DOS SISTEMAS

A teoria do garantismo penal proposta pelo italiano Luigi Ferrajoli pode ser considerada como o grande marco do direito penal humanitário e garantista do século XX, enquanto que a teoria dos sistemas, tanto no século passado quanto no século XXI, é a referência mais indicada para se observar uma sociedade altamente complexa, globalizada e contingente.

Surgida em oposição a modelos penais autoritários, e porque não dizer absolutistas, a teoria do garantismo agrega novas matrizes ao pensamento iluminista, criando uma verdadeira escola de direito penal que vem sendo muito recepcionada no Brasil, em especial no Rio Grande do Sul, tanto na academia quanto nas práticas forenses¹¹⁰.

De matriz iluminista e preconizando cada vez mais a consolidação de um Estado de Direito, a teoria garantista tem em seu bojo alguns contrapontos que passam a ser uma constante no pensamento de Ferrajoli. O penalista italiano propõe um modelo de direito penal mínimo em contraposição e um modelo de direito penal máximo, buscando sobrepor o interesse do mais fraco - indivíduo - na verdadeira relação de poder que se estabelece no universo do processo penal, aonde, obviamente, o estado repressor acaba por constituir o braço mais forte e mais pesado com toda a gama de ferramentas punitivas que se encontram a seu dispor.

¹¹⁰ Tal como a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, Ferrajoli propõe a teoria do garantismo sustentada basicamente em três pilares, tais como a necessidade de um novo modelo normativo, de uma nova concepção da teoria jurídica de validade das leis e de uma nova filosofia política de legitimação (COPETTI, 2000).

No que tange ao sistema normativo Ferrajoli sustenta que:

[...] “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” de SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo o sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 684) [grifo do autor].

Nesse sentido, tendo como referência o pensamento de Ferrajoli, no que tange a estruturação do modelo epistemológico de garantias criado pelo penalista italiano, o professor André Copetti salienta alguns parâmetros com a finalidade de apurar o grau de garantias inerentes a cada sistema penal, senão vejamos:

O sistema garantista SG compõe-se de dez axiomas, seis de natureza penal e quatro de origem processual, incluídos todos os termos antes referidos, estruturados de uma forma escolástica, segundo o próprio autor, a saber: A1) Nulla poena sine crimine (princípio da retributividade); A2) Nullum crimen sine lege (princípio da legalidade lata); A3) Nulla lex poenalis sine necessitate (princípio da necessidade ou da intervenção mínima); A4) Nulla necessitas sine iniuria (princípio da lesividade); A5) Nulla iniuria sine actione (princípio da materialidade); A6) Nulla actio sine culpa (princípio da culpabilidade); A7) Nulla culpa sine iudicio (princípio da jurisdicionalidade); A8) Nullum iudicio sine accusattione (princípio da separação entre juiz e acusação); A9) Nulla accusatio sine probatione (princípio da carga da prova); A10) Nulla probatio sine defensione (princípio do contraditório). A estes princípios acrescentaríamos o da proporcionalidade da pena, que julgamos de fundamental importância num contexto garantista de aplicação da lei penal (2000, p.116).

Nessa linha de idéias, é possível sustentar que o direito penal não é capaz de tratar dos problemas da sociedade complexa tão somente com o modelo normativo dominante no direito penal, que se preocupa tão somente com uma legalidade formal, incapaz de assegurar a efetividade de direitos substanciais, em especial, no que toca ao direito penal, daqueles instrumentos capazes de satisfazer o devido processo legal, a presunção da inocência, a culpabilidade e a proporcionalidade, dentre outros postulados iluministas.

Nesse diapasão, na esteira das idéias do professor Copetti, vale destacar:

[...]cabe-nos questionar se o modelo normativo da legalidade formal, em que a lei aparece como condicionante, ainda é adequado, diante de uma sociedade tão

modificada, cultural e tecnologicamente, como a atual, para atender aos anseios de justiça material de todos os cidadãos, especialmente no campo de atuação estatal penal, cuja justificção tem sido alvejada diariamente pelos fatos produzidos pelo sistema. A resposta só pode ser uma: não. O princípio da legalidade, enquanto ativo somente dentro de uma relação formal de aplicação da lei, é insuficiente para atender as demandas de justiça dentro da esfera da atuação estatal penal nos parâmetros da sociedade atual. À ele precisam ser somados instrumentos que possibilitem aos legisladores e aplicadores da lei realizar uma leitura substancial do fenômeno sujeito à incidência da lei penal, impondo-os limites desta ordem, e não somente de natureza meramente formal (2000, p.113).

Acrescenta-se a isso, o fato de que a incerteza da sociedade atual que traz como emergente a categoria do risco e as novas relações dos sistemas sociais, faz com que o direito penal acabe tendo que se tornar - também - aberto para o futuro¹¹¹, situação esta não muito simples de equalizar, mas nem por isso impossível, uma vez levado em consideração a complexidade dos subsistemas.

Por outro lado, historicamente, o direito penal sempre esteve voltado para o passado, em virtude do princípio da legalidade. Como equilibrar essa questão temporal, diante de novas demandas, e como equilibrar uma prevenção mais eficaz sem romper com o sistema de garantias, parece constituir o grande desafio para o penalista do futuro.

O segundo pilar da teoria garantista consiste em uma nova concepção de teoria jurídica de validade das leis. Pode-se sublinhar algumas palavras do Ferrajoli, ao destacar que:

“Em um segundo significado, “garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “deve ser” *no* direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (2002, p. 684) [grifos do autor].

Assim, a concepção de validade das leis para Ferrajoli vai muito além da idéia proposta por Kelsen, pois são nítidas e pertinentes as distinções apontadas na teoria garantista entre as categorias de vigência, validade e eficácia das leis penais, o que de certa forma é confundido pelo pensamento kelseniano.

Nessa linha de idéias, pode-se agregar o pensamento de Salo de Carvalho “[...] a idéia conjugada de legitimidade e legalidade originou uma teoria jurídica assentada no dogma da

¹¹¹ Tenha-se como exemplo, em matéria penal, as questões relacionadas a clonagem humana, a pesquisa com embriões, o extermínio de embriões excedentes, os organismos geneticamente modificados, as questões ambientais, dentre outros.

presunção de regularidade dos atos do poder, identificando a validade das normas com sua mera existência” (2003, p. 101).

Dessa forma, não se pode conceber a validade de uma lei, ou de um tipo penal, tão somente por sua inserção ou imersão no subsistema penal. Tampouco admitir sua validade por ter sido argüido por argumentos de autoridade que acabam eliminando qualquer possibilidade de observação diversa. É necessário que ocorra uma adequação, sob pena de afastamento da norma do subsistema, proposto na presente pesquisa através da diferenciação funcional do direito penal.

Nesse diapasão, sublinhe-se novamente as idéias Carvalho (*apud* FERRAJOLI):

Como ressalta Ferrajoli, os conceitos de vigência e validade são assimétricos e independentes: enquanto vigência diz sobre a forma dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; validade corresponde a significado, trata-se de uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições (2003, p. 102).

Dessa afirmativa, pode-se abstrair que a teoria garantista não se contenta com modelos meramente formais do positivismo estritamente dogmático (CARVALHO, 2003).

Sendo assim, neste prisma, é necessário buscar cada vez mais uma adequada leitura substancial do princípio da legalidade, aliada a uma nova concepção de validade das leis, para agregar-se, posteriormente, no que tange ao terceiro pilar de Ferrajoli, uma nova filosofia política de legitimação (COPETTI, 2000).

Sob este aspecto, segundo as palavras do próprio penalista italiano, sublinhe-se *in verbis*:

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “deve ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2002, p.685).

Com esses aportes teóricos, a teoria garantista pretende afastar toda e qualquer arbitrariedade Estatal - minimizar a violência – ao agente que ingressa no subsistema penal, passando o Estado a ter outra finalidade, ou seja, ao invés de ter um fim em si mesmo passa a ser um instrumento capaz de assegurar a presença de todas as garantias penais durante a persecução penal.

Registradas essas breves incursões da teoria garantista, cabe indagar, na esteira da proposição deste tópico da pesquisa, como é possível (e se é possível) fazer uma aproximação teórica entre a teoria garantista de Ferrajoli e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann em busca de uma política criminal que atenda as demandas dos sistemas sociais complexos?

Desde logo, salienta-se a resposta preliminar apresentada pelo professor Germano Schwartz, ao salientar que “Ambas podem e devem coexistir mutuamente e de forma harmônica, visto que seus pressupostos podem ser combinados” (in CALLEGARI, et al, 2001, p. 44).

Ainda que a resposta possa ser dada de plano, é preciso apontar o caminho da aproximação. Em um primeiro momento, tal tarefa parece impossível, especialmente por se tratar de teorias que aparentemente caminham em sentidos opostos, ou seja, o garantismo como uma teoria *heteropoiética* e a teoria dos sistemas como uma teoria *autopoiética*.

Esse ponto de desencontro das teorias parte da idéia de que o garantismo tenta resolver - por si só - os problemas do direito penal a partir de uma perspectiva interna, eis que Ferrajoli nega que a complexidade do sistema social é um dos fatores determinantes da crise do direito¹¹², dando a idéia de que o direito penal é capaz de solucionar suas controvérsias a partir de sua própria perspectiva. Com isso, praticamente nega-se a contingência¹¹³ do mundo global e complexo.

Para responder os problemas de um mundo globalizado, Ferrajoli propõe a teoria do garantismo, calcada na realização da democracia, como a única possibilidade, ignorando a contingência do mundo pós-modernos e das diversas possibilidades decorrentes de uma sociedade altamente complexa.

Ainda que nesta pesquisa esteja sendo utilizado muito das contribuições e idéias do ilustre professor Germano Schwartz, não se compactua de uma de suas idéias no sentido de que a teoria de Ferrajoli, ao intitular-se como única possibilidade no mundo pós-moderno, acabe por representar resquícios totalitaristas, conforme afirma o autor ao apontar que “Ferrajoli defende que está é a única possibilidade, podendo-se verificar nesta afirmativa,

¹¹² Ferrajoli defende que a crise do sistema atual passa por três aspectos: a) a crise de legalidade ou ausência ou ineficácia dos controles, traduzindo-se na ilegalidade do poder, surgindo daí o denominado Estado Paralelo; b) inadequação do Estado ao Welfare State; c) crise do estado social, face aos deslocamentos dos lugares de soberania, na alteração dos sistemas de fontes, e, portanto, em um enfraquecimento do constitucionalismo (SCHWARTZ, in CALLEGARI, et al, 2001, p. 39).

¹¹³ “Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assimir-se riscos” (LUHMANN, 1983, p. 47).

resquícios totalitários que vão contra qualquer idéia contrária, e que, nesse sentido, seria antidemocrática”. (SCHWARTZ, 2001, p.40).

Ainda que as idéias de Ferrajoli possam constituir tenham uma forte convicção ideológica-política-criminal, é muito difícil observar o garantismo como um sistema com resquícios totalitarista, pois estar-se-ia a negar toda a estruturação da teoria que consiste justamente em afastar os modelos autoritários e garantir o máximo possível não só das garantias penais, mas também a felicidade do mais fraco nesta relação de poder com o Estado, bem evidenciada nas lides forenses.

Outro problema que pode ser apontado na teoria garantista como o grande marco teórico para resolver problemas penais complexos, deve-se ao fato de trabalhar com a idéia de igualdade, o que não condiz com a realidade fática da sociedade, sendo uma matriz incapaz de tratar com o problema das diferenças, tão presente no mundo globalizado.

Nessa linha de idéias, retoma-se o pensamento de Schwartz, *in verbis*:

O problema básico desta idéia garantista é que parte do pressuposto de todos serem iguais, sem perceber que esta é uma abstração jurídica não correspondente no mundo dos fatos. Ocorre que não somos iguais, antropologicamente e sociologicamente falando. Há ricos e pobres. Há negros e brancos. O mundo moderno é uma sociedade de diferenças não reconhecidas pelo garantismo. Claro que o discurso de Ferrajoli é importante. Porém, é irreal. Marx já dizia que a sociedade em que o humano está inserido é classificada em classes e diferenças. Caso não se acreditasse nisso, cair-se-ia na armadilha burguesa. Ou, talvez pior, em uma totalitarismo leninista, por exemplo (in CALLEGARI et al, 2001, p.40).

Outro aspecto a agregar em relação a insuficiência do garantismo para minimizar os problemas do direito penal da atualidade, deve-se ao fato de que a heteropoiese, por ser uma teoria estritamente fechada, não é capaz de dar conta de questões completas que estão no entorno do sistema pelo simples fato de que o poder encarregado de formar normas penais e processuais é externo ao sistema de garantias.

Nesse sentido, salienta-se que “[...] é falho acreditar que o direito é heteropoiético e que é capaz de se autoproduzir internamente sem que se olhe para o exterior. Basta referir que o programador do direito é alguém alheio a ele: o legislador” (SCHWARTZ, 2001, p.41).

Como se percebe, o garantismo penal, ao contrário da teoria dos sistemas, não admite a idéia de um sistema aberto (além de fechado), ou seja, não admite a comunicação além da Constituição e dos direitos fundamentais, restringindo-se a seu interior. Uma auto-regulação interna demais, que não absorve nada do que está no entorno e não se acopla com outros subsistemas.

Assim, ao contrário do que sustenta a teoria garantista, o direito penal não pode permanecer estritamente fechado. É necessário realizar uma abertura para o ambiente, aonde efetivamente encontra-se toda a complexidade da sociedade pós-moderna, realizando diversos acoplamentos estruturais¹¹⁴ com outros subsistemas, para o fim de, através da autopoiese, reduzir a complexidade minimizando riscos, tomando decisões e produzindo a diferença. O papel das garantias passa a ser de contribuir para a diferenciação funcional do direito penal, ao invés de manter exageradamente fechado no universo da dogmática.

O fechamento da teoria garantista - embora importante como limite ao poder penal exacerbadamente repressivo - acaba por se tornar insuficiente para análise de fenômenos complexos, especialmente aqueles decorrentes do crime organizado.

Assim, no caminho da aproximação entre a teoria sistêmica e a teoria do garantismo, percurso este já trilhado por Schwartz¹¹⁵, nada mais apropriado do que referendar novamente suas idéias, como caminho a ser seguido rumo a uma nova política criminal, ao salientar que:

[...] a teoria dos sistemas pode absorver em seu interior o garantismo. Em sua operação fechada o direito é extremamente positivo e baseado na Constituição, elementos que Ferrajoli indica como pressupostos de sua teoria. O que importa, para Luhmann, é que o direito se legitime pelo seu procedimento, que no momento atual baseia-se em direitos fundamentais, como quer Ferrajoli. Mas o que não se pode esquecer é que o direito é fruto evolutivo de uma sociedade e que dela não pode estar distante, sob pena de antidemocracia, entendendo-se democracia como a possibilidade de decisões diversas e não unitárias. A teoria dos sistemas está baseada no paradoxo. É positivista e ao mesmo tempo aberta, reconhecendo diferenças e vendo nas diferenças a possibilidade de seu avanço. O que possibilita ser aberta é exatamente o fato de ser positiva em seu interior (in CALLEGARI, et al, 2001, p.44).

Nessa linha de idéias, a partir da teoria dos sistemas que procura uma comunicação com todas as áreas do saber, é possível afirmar que o garantismo penal constitui um subsistema do subsistema do direito penal, cuja comunicação é direta com os sistemas sociais,

¹¹⁴ Para que o processo autopoietico ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas. Essa técnica de troca comunicativa é denominada de “acoplamento estrutural”. O acoplamento estrutural serve para que outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas. Nesse caso, pode-se afirmar que um mesmo fato do mundo da vida pode ser incluído em mais de um sistema. Isso ocorre devido à possibilidade do conteúdo do fato ser aceito por mais de um código seletor. Como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo entre o sistema jurídico e político, “juridicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito”. (TRINDADE, 2008, p. 89)

¹¹⁵ “Ao contrário do que alguns filósofos e operadores do Direito propugnam, o sistema jurídico não pode ser visto como um sistema heteropoietico (Ferrajoli) e incomunicavelmente fechado (positivismo Kelseniano). Isso nega a mobilidade a um problema extremamente dinâmico, além de dar menos visibilidade ao que necessita ser visualizado. O direito deve ser analisado sob a ótica sistêmica, que amplia o seu campo de atuação e o faz ser pensado como algo muito maior, mais contextual e mais complexo do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional”. (SCHWARTZ, 2005, p. 67)

fixando-se aí o ponto de encontro entre as teorias, tornando-se importantes ferramentas a análise de fenômenos penais complexos (SCHWARTZ, 2001).

Não bastasse isso, a convivência entre as modelo funcionalista e o modelo garantista é perfeitamente possível. Ocorre é que as garantias terão que gravitar no sistema, sem que isso implique em relativização. E isto realmente parece ser pouco compreendido, ou sequer há interesse de compreensão, pois implica na necessidade de uma reciclagem teórica nada cômoda.

3.3 REFLEXÕES PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL SISTÊMICA

No que tange a política criminal a ser adotada para o subsistema penal, especialmente para os fenômenos penais complexos apontados no capítulo I, há necessidade de se pensar novos horizontes, pois na atualidade, não há um consenso sobre as medidas a serem adotadas.

Nesse diapasão, Roxin sinaliza *verbis*:

As tendências da política criminal mudam com a moda. Por uma parte, existe num primeiro plano o esforço pela reintegração social do autor, por outra, busca-se fazer frente à criminalidade mediante a firmeza e a dissuasão. De momento, estende-se esta segunda tendência – que parte da América do Norte -, a qual se funda em todo o mundo como um meio para dar popularidade aos políticos, pois partindo de um conhecimento profano resulta verdadeiro que o endurecimento das penas diminui a criminalidade. Por conseguinte, com semelhante política se pode ganhar votos e ao mesmo tempo demonstrar firmeza. Também na Alemanha, onde a pena privativa de liberdade retrocedeu amplamente – somente cinco por cento de todas as penas se cumprem como pena privativa de liberdade -, ressoa a chamada à construção de prisões; contra isso, uma medida afável de ressocialização, como é a remuneração do trabalho na prisão, só se pode conseguir passo a passo por nosso tribunal constitucional contra a tenaz resistência dos políticos. Do meu ponto de vista, as penas rigorosas – sobretudo as privativas de liberdade – são na verdade imprescindíveis para os delitos capitais, mas não são um meio de reação adequado contra a pequena e media criminalidade, as quais são numericamente preponderantes (in CALLEGARI, et al, 2001, p.11).

Na medida em que o funcionalismo traz para a discussão dogmática a inserção da política criminal, entende-se que esta deve ser feita sob uma ótica sistêmica, levando em consideração os diversos subsistemas daí decorrentes.

E a teoria sistêmica de Luhmann fornece um importante referencial teórico, na medida em que permite diversos acoplamentos estruturais, ou seja, elos de comunicação com outros subsistemas, tais como o poder legislativo, o poder judiciário, a economia, a religião, a educação, o sistema político, a segurança pública, dentre outros, para que o direito consiga selecionar os elementos que passarão a compor a sua estrutura.

Nessa linha de ideias, vale destacar o pensamento de ROCHA, para quem:

É neste sentido, então, que a auto-referência, pensada de forma pura, conduz a tautologias, necessitando de uma assimetria (auto-observação), no sentido de desparadoxizar os paradoxos que constituem a realidade circular do Direito. Isso se realiza através de um fechamento operativo, no qual o Direito atua auto-referencialmente com seus elementos internos em relações reciprocamente recursivas e circulares. Entretanto, com o escopo de orientar a aplicação da codificação binária (Direito/Não-Direito), o sistema se abre para influência do sistema social ou de outros sistemas parciais (Economia, Política, Religião, Moral, Ciência). Esta abertura somente é possibilitada devido à clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, tanto mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva (sensorial). As informações provenientes do exterior do sistema apenas adquirem relevância sistêmica e serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo um sentido jurídico. Portanto, a teoria autopoietica busca obter soluções sociais para a auto-referência através da ocultação e neutralização dos paradoxos, aplicando-os de uma forma criativa. Os paradoxos deixam de ser impedimentos ao processo de tomada de decisões, passando a ser um profícuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do Direito (2006, *in* Revista de Direitos Culturais, p. 187)

Nesse diapasão, os acoplamentos estruturais, como forma de comunicação, passa ser de fundamental importância para a elaboração de uma política criminal sistêmica, voltada a realização de um direito penal mais adequado a realidade brasileira das complexidades delitivas, notadamente o crime organizado, pois para Rocha “o acoplamento estrutural consiste na dependência recíproca do sistema e meio envolvente, ou seja, numa interação que se realiza a partir de um observador que construirá a sua descrição segundo a aplicação da distinção sistema/ambiente” (2005, p. 190).

Assim, para que o subsistema penal e o direito penal possam ser analisados, possa permitir a autopoiese, é necessário que permaneça em constante interação com os demais subsistemas. Neste sentido, Trindade aponta:

Para que o processo autopoietico ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas. Essa técnica de troca comunicativa é denominada de “acoplamento estrutural”. O acoplamento estrutural serve para que outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas [...]. Como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo entre o sistema jurídico e o político, juridicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito (2008, p.89).

Sob essa ótica, vale frisar o pensamento de Teubener ao diagnosticar a importância da Constituição como forma de permitir os acoplamentos, que de forma alguma deve ficar fora da análise sistêmica penal aqui pretendida. Teubener sublinha que:

Las constituciones civiles ni son meros textos jurídicos, ni se trata aquí de la constitución fáctica de ordenes sociales. Debería hablarse de elementos de una constitución civil en sentido estricto solo cuando se genere una conjunción, plena de presupuestos, entre procesos sociales autónomos y procesos jurídicos autónomos, dicho en el lenguaje de la teoría de los sistemas, cuando queden establecidas con carácter permanente acoplamiento estructurales entre esquemas de ordenación específicos del subsistema y las normas jurídicas (...). La gracia del acoplamiento estructural está en que de este modo, ambos – el proceso jurídico y el proceso social – se limitan recíprocamente en sus posibilidades de influencia. Se bloquea la dominación de un orden por el otro, sus posibilidades de influencia. Se bloquea la dominación de un orden el otro, sus respectivas autonomías pasan a ser posibles y las irritaciones recíprocas se concentran en vías de influencia estrictamente limitadas y abiertamente institucionalizadas (in DÍEZ, 2005, p. 107/108).

Se o Brasil realmente pretende realizar uma política criminal séria, que realmente possa constituir um algo novo no cenário das perspectivas de minimização do crime organizado, o próprio estudo da política criminal a ser inserida nos diversos setores da sociedade deve sofrer uma mudança epistemológica.

Assim, tomando como exemplo alguns subsistemas, o poder legislativo deve procurar elaborar leis penais que atendam não só o núcleo de direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal, mas por sua consigam aproximar o direito penal das relações sociais - não para resolver fenômenos sociais - mas para torná-lo mais palpável e comunicativo com um mundo de infinitas possibilidades.

A inserção de qualquer tipo penal ao subsistema penal, deve observar se não está havendo o rompimento com outras normas já lançadas em sua órbita, buscando uma sistematização de todo o aparato do direito penal material e processual no sentido de criar-se uma mão única, ou ao menos, evitar choques entre normas penais, tão raro no inflacionado sistema penal hoje existente.

Agrega-se a isto a necessidade de um aparelhamento do Estado em todas as suas instâncias, no sentido de possibilitar mecanismos de controle realmente eficaz, servindo-se, pois, do aparato tecnológico para poder “dialogar” de igual para igual com toda a estrutura do crime organizado, possibilitando assim uma nova observação e o desvelamento do fenômeno.

Mais uma vez destaca-se o pensamento do professor Leonel Severo Rocha, ao referir que *in verbis*:

A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (jurisprudência) e essa interação demonstra que a legislação é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais se encontram no centro deste (2006, p. 189).

De igual sorte, o poder judiciário precisa assumir uma nova postura. Ao menos tempo que em matéria penal não deva se confundir celeridade processual com quebra de garantias, faz-se necessário que procure efetivamente desvelar os fenômenos criminais, não aplicando tão somente uma postura formal e sim substancial de resolução dos conflitos. É preciso se aparelhar intelectualmente para abarcar em suas decisões as categorias dos riscos e dos paradoxos, como forma de não ficar as cegas no cenário do século XXI. Não se pode admitir neste contexto, um processo penal que ainda trabalhe com a idéia da verdade real e de alguns outros mitos que no dizer de Warat estão presentes no imaginário da grande maioria dos juristas. Não se pode admitir que o processo penal ainda esteja fortemente ligado - em tempos de tecnologia - a uma prova testemunhal extremamente falha, pois falha é a natureza humana. As práticas forenses ainda estão calcadas nas idéias de que “o mundo é o que está nos autos”. Os tempos de incerteza parecem mostrar justamente o contrário, ou seja, em diversas oportunidades o mundo é tudo, menos o que está nos autos, deixando o julgador às cegas, o que o faz realizar uma justiça da mesma forma.

Uma vez que grande parcela dessa criminalidade organizada está inserida em um contexto econômico, aonde a lavagem de dinheiro contribuiu significativamente para oxigenar as ações do crime organizado, todas as grandes transações nacionais e internacionais devem ser rigorosamente fiscalizadas¹¹⁶ e suas contas prestadas. Não raras vezes referidas transações escondem práticas ilícitas que o direito penal e sua lupa normativista não conseguem observar, servindo, pois, a economia, como um grande mecanismo de controle preventivo.

Em um estado laico, a religião deve ficar afastada do direito. No entanto, como ainda mantém uma grande força política, não custa ao direito penal escutá-la, ainda que seja para rechaçá-la, notadamente nos crimes que envolvem grandes questões da humanidade, tais como o debate que recentemente o Brasil ultrapassou no que tange as células tronco e questões de alta complexidade que dominarão o cenário do direito penal na pós-modernidade.

Nos currículos escolares deve ser incluída a discussão no que tange a alguns direitos básicos, em especial as disposições da criança e do adolescente e do estatuto do idoso, para que se construa desde logo as noções de cidadania e as idéias de que o crime não compensa. Não se deve tentar afastar - tão somente - as crianças da droga ou da criminalidade apenas dizendo do mal que tais situações proporcionam, pois, dada a precariedade moral em que se encontram na periferia do subsistema econômico - ainda que seja paradoxal - as mazelas

¹¹⁶ “Os bancos deveriam permitir ao fisco a revisão, desde o princípio, de todos os grandes movimentos de dinheiro; isto seria uma grande medida eficaz contra a criminalidade organizada em comparação à sanção de um pequeno vendedor de drogas”(ROXIN, in CALLEGARI. et al, 2001, p. 15).

provadas pelas drogas e pela criminalidade acabam de uma forma ou outra recompensando o sujeito.

Deve-se sim, procurar políticas educacionais públicas para que as crianças e os jovens tenham acesso a outras iniciações (inclusão digital, por exemplo), que efetivamente lhe provem que vale a pena afastar-se do universo criminoso. Efetivamente isto parece ser impossível de ser realizado nas favelas brasileiras. Mas há que se pensar em longo prazo e não somente em doses paliativas que simplesmente mascaram o problema a cada troca de governo.

Nesse diapasão o subsistema político adquire fundamental importância, na medida em que se deve buscar a realização imediata de algumas medidas preventivas de controle do crime organizado, ao passo que deverá possuir também um aparato para longo prazo, direcionando as ações para a efetiva realização do Estado Social.

As políticas públicas de atenção e inserção do egresso do subsistema penal, por exemplo, precisam urgentemente ser implementadas, para que a prestação de serviços ao crime organizado deixe de ser um atrativo para os ex-apenados, caso efetivamente se pretenda reduzir os alarmantes índices de reincidência.

A segurança pública por sua vez, necessita de práticas preventivas e não somente repressivas, sendo necessário que esteja aberta a discussão interdisciplinar, caso contrário – inobstante o endurecimento da repressão – os efeitos práticos não serão os desejáveis.

No que tange ao subsistema carcerário, por exemplo, a construção de novos presídios, por si só, não resolverá o problema, porque a falência do subsistema carcerário – que está a serviço do crime organizado – é um fenômeno altamente complexo que naturalmente não pode ser resolvido com uma única solução. Ademais, deve-se procurar evitar que os sujeitos cheguem ao presídio (o direito penal chega tarde demais) e não simplesmente construir novas arquiteturas, sob pena de cair-se na armadilha do encarceramento semelhante às questões apontadas nesta pesquisa por Wacquant, no que tange ao encarceramento de negros e pobres ocorridos nos Estados Unidos na década de 90, notadamente a partir da idéia da privatização do sistema carcerário.

É preciso pensar novas formas de sanções e limites temporais para as penas restritivas de direitos, mantendo-se as penas privativas de liberdade em casos de extrema necessidade, seja para reprimir crimes capitais ou exercidos com violência ou grave ameaça, seja para reprimir o crime organizado.

Aos presos que estão dentro do subsistema é necessário ser-lhes assegurada a realização de terapia, para fins de melhor ajustar o tempo de cumprimento das penas

privativas de liberdade. Em relação às medidas de segurança, por exemplo, um outro sério problema do subsistema penal¹¹⁷, há necessidade de efetivamente serem implantadas condições humanas para o funcionamento dos estabelecimentos, evitando assim que se reproduza uma violência institucionalizada.

Não há dúvida de que é possível realizar uma política criminal que leve em consideração todas estas questões, além das idéias funcionalistas, garantistas e sistêmicas apontadas até aqui, para que efetivamente a dogmática penal possa estar mais bem aparelhada. E se a teoria sistêmica é o grande referencial teórico das sociedades complexas, o subsistema penal dela não pode se furtar. Como aponta Boas Filho “o instrumental sistêmico torna-se, pois, uma eficiente ferramenta para uma autodescrição dessa sociedade e de seu direito e não uma heterodescrição com base em perspectivas advinda de outros contextos” (2009, p.XIII).

Agrega-se a tais considerações, a necessidade de cooperação – no que tange as ações voltadas contra o crime organizado – entre os Estados (nacionais e internacionais), sob pena das medidas políticas criminais – ainda que sistêmicas e bem intencionadas, acabem também se tornando ineficazes para o observar os fenômenos penais complexos. Mas tais considerações serão tecidas no tópico a seguir.

3.3.1 Da necessidade de um Direito Penal cooperado

Ainda que a presente pesquisa não pretenda analisar questões ligadas ao direito penal internacional, no decorrer do trabalho vislumbrou-se a necessidade de criação de uma política criminal que leve em consideração – também - aspectos externos do território brasileiro, dada uma certa crise do princípio da territorialidade a que esta submetido o direito penal, em especial, devido a quebra da soberania decorrente da globalização.

Em relação à soberania no mundo atual, Ferrajoli aponta *verbis*:

[...] o fim dos blocos e, ao mesmo tempo, a crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural realmente transformaram o mundo, apesar do aumento de sua complexidade e de seus inúmeros conflitos e desequilíbrios, numa aldeia global. Hoje, graças à rapidez das comunicações, nenhum acontecimento no mundo nos é alheio e nenhuma parte do mundo nos é estranha. É exatamente a soma

¹¹⁷ A mídia tem tocado muito no problema das penas privativas de liberdade devido a superpopulação carcerária, que tem atingido dados insustentáveis. Na realidade, o fenômeno super-populacional não representa nenhuma para quem se dedica ao estudo do direito penal e suas mazelas. O que causa estranheza é que pouco se fala no problema das medidas de segurança cumpridas através da internação, que também virou um verdadeiro depósito de seres humanos, dada a precariedade das condições nos manicômios brasileiros. Mas também há que se compreender: - a quem interessa discutir isso?

desses fatores que torna hoje mais urgente e, simultaneamente, mais concreta do que em qualquer outro momento do passado, a hipótese de uma integração mundial baseada no direito (2002, p. 47).

Efetivamente, as integrações mundiais, se por um lado não constitui tarefa fácil, por outro passa a ser uma alternativa às nações, especialmente em matéria de política criminal, que deve se comunicar, ou seja, ao mesmo tempo em que deve manter a unidade interna – pois o direito penal continua soberano – deve abrir-se para as questões que estão sendo debatidas pela comunidade internacional, tornando-se uma política criminal aberta e fechada ao mesmo tempo, e, conseqüentemente, autopoietica.

Quanto à importância desse direito internacional cooperado, mais uma vez Ferrajoli sinaliza:

Fora do horizonte do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado: não apenas a paz, mas tampouco a igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente concebido como patrimônio da humanidade, conceito que também inclui as gerações futuras. E isso depende não apenas do caráter já global do tamanho desses problemas, pois uma integração do mundo já se realizou em todos os planos e em todas as esferas de vida em relação às quais tais problemas se colocam: na economia, na produção, na exploração e no aproveitamento dos recursos, nos equilíbrios ecológicos, na grande **criminalidade organizada**, no sistema das comunicações (2002, p. 51) [grifo nosso].

Talvez por isso na Europa, especialmente a partir da União Européia, já se vislumbre a existência de um direito penal europeu, passos estes que provavelmente serão adotados pelo MERCOSUL no sentido de criar as condições para um direito penal internacional comunitário, e conseqüentemente a realização de uma política criminal sistêmica na América Latina.

A idéia de um direito penal no MERCOSUL, notadamente nas questões que envolvem o crime organizado, há tempos já foi vislumbrada pelo professor Luisi, ao referir que, *in verbis*:

O crime organizado no Brasil, tem vinculação com o crime organizado de outros Países do MERCOSUL, e encontra-se em franco e lamentável progresso. E os fatos são de tal notoriedade que a chamada imprensa investigativa tem dado notícia da existência de organizações criminosas que atuam na área do tóxico, dos armamentos da falsificação de moedas, etc. Impressionante é a recente declaração do Presidente da Estatal Uruguiaia, Junta Nacional Antidrogas, Alberto Scaravelli, que afirmou existir no sul do Brasil, na fronteira com o Uruguai instaladas organizações criminosas como as máfias russa e nigeriana, a Yacuzza japonesa, afora os cartéis da região. E afirma, ainda, que na fronteira Brasil e Uruguai há “estruturas de crime internacional de primeira grandeza”.[...] Ante este quadro a mim parece que a legislação brasileira é manifestamente inadequada. E, sobretudo,

se faz imperativa uma unificação da legislação dos Países do Mercosul no sentido de viabilizar, um efetivo enfrentamento da criminalidade organizada. Estes instrumentos legais devem obviamente abranger tanto o aspecto substantivo, como o processual e o penitenciário (2003, p. 200).

Por outro lado, quanto ao direito penal Europeu, vale registrar o estudo de Lopes de Lima:

Na Europa, o penalista não trabalha apenas com o conceito estrito de direito penal. Opera com um conceito mais amplo, fruto de uma evolução jurídica: a matéria penal. Esta engloba ao mesmo tempo o sistema penal propriamente dito – direito penal e processual penal – e o sistema de repressão quase-penal ou sistema administrativo-penal (2007, p. 29).

A importância deste direito penal cooperado deve-se basicamente às novas formas de criminalidade transnacional, que se apoiou sobre certa crise da soberania, notadamente a partir do século XXI, diagnosticada por Ferrajoli sob as seguintes premissas:

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, **combate a grande criminalidade** – que no passado tinha sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento de outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e da pacificação interna (2002, p.48/49) [grifo nosso].

Sabe-se que o direito penal brasileiro está calcado, dentre outros aspectos, no princípio da territorialidade esculpido no artigo 5º do diploma repressivo, como bem aponta Bittencourt:

O conceito de território nacional, em sentido jurídico, deve ser entendido como âmbito espacial sujeito ao poder soberano do Estado. O território nacional – efetivo ou real – compreende: a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (fluviais, lacustres e marítimas) e o espaço aéreo correspondente. Entende-se, ainda, como sendo território nacional – por extensão ou flutuante – as embarcações e as aeronaves, por força de uma ficção jurídica. Em sentido estrito, território abrange solo (e subsolo) contínuo e com limites reconhecidos, águas interiores, mar territorial (plataforma continental) e respectivo espaço aéreo (2008, p. 177).

Embora o princípio da territorialidade esteja sujeito as regras da extraterritorialidade¹¹⁸, podem-se dizer que em virtude de uma das principais características da globalização – a transnacionalização – as práticas realizadas por algumas organizações criminosas acabam por atuar em um vazio legislativo, na medida em que desprezam as fronteiras da territorialidade elencadas no artigo 5º do Código Penal, criando mais um problema a ser enfrentado por este subsistema.

Nesse sentido, sublinhem-se as idéias de Schwartz, para quem:

O crime organizado cresceu à sombra da (i)legalidade e atua em um território transnacional. Assim é que o crime organizado coloca em xeque a questão da territorialidade em Direito Penal e põe a sociedade em estado de alerta, de vez que avoca para si funções típicas do Estado sem que tenha legitimidade para tanto (in, CALLEGARI. et al, 2001, p. 34).

Percebe-se, pois, que o princípio da territorialidade não está de acordo com a realidade global¹¹⁹. E este déficit é diagnosticado a partir das condições temporais e sócio-políticas de elaboração do diploma repressivo.

Tal realidade aliada a crise dos Estados nacionais acaba por tornar necessário - no desmonte do crime organizado - uma cooperação penal internacional, tarefa nada fácil de operacionalizar, na medida em que até mesmo internamente é difícil falar em cooperação das unidades federativas.

Nesse diapasão, as formas de cooperação estabelecidas pela polícia e poder judiciário firmadas pela União Européia, através do Tratado da União Européia¹²⁰, desde que respeite as liberdades individuais, parece ser um modelo a ser estudado na América Latina.

Sobre o referido modelo, vale destacar as idéias de Lopes de Lima, para quem *in verbis*:

A cooperação judiciária em matéria penal visa a facilitação da cooperação entre magistrados europeus, a facilitação da extradição, a resolução de conflitos de competência e a adoção de certas regras penais uniformes no tocante à criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico de drogas, crimes que violam tanto interesses nacionais como comunitários (2007, p. 267).

¹¹⁸ Somente nos casos excepcionais elencados no artigo 7º do Código Penal.

¹¹⁹ O que falar então dos crimes realizados pela internet !

¹²⁰ Nesta linha de idéias, vale destacar aqui alguns artigos do Tratado de União Européia, a saber: “Artigo 30: 1. A ação em comum no domínio da cooperação policial abarca, entre outras ações: [...] d) a avaliação em comum das técnicas de investigação particulares concernentes à detecção das formas graves de criminalidade organizada. 2. O Conselho encoraja a cooperação por intermédio da EUROPOL e, em particular, nos cinco anos que seguem a data de entrega em vigor do Tratado de Amsterdã:[...] c) favorece o estabelecimento de contatos entre magistrados e investigadores especializados na luta contra a criminalidade organizada e que trabalham em estreita cooperação com EUROPOL; e d) instaura uma rede de pesquisa, de documentação e de estatísticas sobre a criminalidade transnacional”(LOPES DE LIMA, 2007, p.265/266).

Sublinhem-se, neste sentido as palavras de Roxin ao salientar que “se queremos fortalecer a segurança individual e garantir a paz social, tanto como seja possível, necessitamos de uma ciência interdisciplinar da prevenção na qual esteja incluída a cooperação do Direito Penal” (in CALLEGARI, 2001, p. 15).

Nesse mesmo sentido, no tocante ao fortalecimento da idéia de cooperação, registre-se também o pensamento de Barbosa, ao registrar tal experiência no direito penal Colombiano:

En el ámbito internacional, debe destacarse el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación y asistencia judicial destinados a combatir la delincuencia organizada como fenómeno global. Al respecto, los avances mas significativos se vienen presentando en la entrega de detenidos y condenados, y la creación de órganos judiciales especializados en la lucha contra el crimen organizado, en este ámbito el ejemplo viene dado por la orden de detención europea (in CALLEGARI, 2008, p. 63).

Assim, por mais paradoxal que possa parecer, na América Latina, a Colômbia parece mostrar caminhos para enfrentar a criminalidade organizada, não só através da cooperação penal, mas também através de um sistema investigatório/acusatório e com diversas medidas preventivas de controle que parecem sinalizar a possibilidade deste embate. Nesta linha de idéias, novamente destaca-se o pensamento da professora da Universidade de Salamanca, ao relatar que:

En el mismo sentido, la implementación del sistema penal acusatorio en el país há possibilitado la adopción de nuevas medidas em la lucha contra la macrocriminalidad, y la criminalidad organizada, que se han ajustado a los requerimientos internacionales que se han venido formulando con tal propósito. Entre las medidas procesales en la lucha contra la criminalidad organizada, pueden senalarse la implementación de las investigaciones bajo un riguroso control judicial; el fortalecimiento de las investigaciones financeiras y patrimoniales sobre entramados económicos de los grupos criminales, los mecanismos de protección de victimas, testigos e intervinientes en los procesos penales. En efecto, en Colômbia la ley 906 de 2004 y la implementación del sistema acusatorio, han venido fortaleciendo tales medidas como el comiso, la extinción de dominio, el embargo y secuestro de bienes, las rebajas por colaboración e la justicia, entre otras (BARBOSA, 2008, p.63).

A importância da cooperação penal e o estabelecimento de novos mecanismos de controle assumem um papel fundamental, na medida em que se pode pensar em prevenir ao invés de tão somente reprimir, como sinaliza o direito penal colombiano, *verbis*:

Las iniciativas internacionales en la prevención, persecución y represión de la criminalidad organizada han sido muy importantes en cuanto han possibilitado la adopción de medidas e instrumentos comunes al interior de los Estados que las han adoptado. En este sentido, instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas

contra la Delincuencia Organizada Transnacional y las Directivas y Recomendaciones de la Unión Europea han supuesto la adopción de instrumentos supranacionales encaminados a la lucha contra la criminalidad de gran escala (BARBOSA, 2008, p. 103).

Assim, aponta-se que é possível enfrentar a moderna delinqüência organizada, desde que o Estado efetivamente constitua mecanismo eficientes de controle, notadamente no campo econômico e implante políticas públicas para a implementação do Estado Social. Ao lado de tais considerações, a política criminal deve ser adequada e não somente visar a supressão de garantias penais em nome de uma suposta segurança, tal como a tendência mundial atual.

Para tanto, é possível sim utilizar alguns os aportes apontados da matriz sistêmica de Niklas Luhmann sim, sem implicar em rompimento com um sistema de garantias. E não se está a trabalhar em contradição, pois rompimento epistemológico proposto no capítulo II refere-se a novas formas de encarar os fenômenos criminais complexos, notadamente no que tange ao crime organizado.

Nessa esteira, vale registrar:

La jerarquía normativa no solo significa autogénesis, sino también autocontrol del Derecho. El próprio Derecho declara antijurídicas ciertas normas emitidas conforme a Derecho cuando su contenido se halla em contradicción con normas jurídico-constitucionales de rango superior (TEUBNER, in DíEZ, 2005, p. 112).

Acredita-se, pois, na possibilidade de realização de um direito penal funcionalista e autopoietico, para torná-lo capaz de ter contato com a realidade e os sistemas sociais, ao mesmo tempo em que mantém os pés nas garantias, que podem ser vistas enquanto unidade e função do subsistema penal, e porque não dizer, enquanto uma expectativa do próprio subsistema.

Assim, é preciso auferir que na Europa¹²¹ a possibilidade de aplicação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann ao direito penal, vem sendo matéria bastante debatida, notadamente pela contribuição da obra *Teoria dos Sistemas y Derecho Penal fundamentos y posibilidades de aplicación*.

Sob este prisma, destaca-se as idéias de Díez, professor da Universidad Autónoma de Madri, para quem *in verbis*:

¹²¹ É claro que não se pode simplesmente importar modelos. É preciso discuti-los no universo da sociedade brasileira, em especial, os observadores do direito penal.

A lo largo de la exposición espera haberse mostrado que la teoría de sistemas permite realizar interesantes aportaciones a temas tan claves en Derecho penal como la relación entre culpabilidad y pena. Por supuesto, ello no significa que esta forma de observar y describir las cosas sea la única posible; únicamente intenta establecer nuevas posibilidades de resaltar ciertos aspectos comunicativos de un sistema, como es el jurídico, de profunda raigambre social. Y es que, en definitiva, la adopción de los postulados del constructivismo operativo – sc. Epistemología de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos – supone la incorporación de importantes avances que se han producido en las ciencias de la comunicación a partir de la segunda mitad del siglo XX fundamentalmente. Las ganancias teóricas que lo elle pueden derivarse son, por lo menos en opinión de quién escribe estas líneas, considerablemente importantes (2005, p. 433/434).

Ao lado de tais idéias está a importância da teoria dos sistemas enquanto meio de comunicação eficiente a transitar entre a dogmática e a política criminal. Tamanha são as reflexões neste campo do direito ou as “ganâncias teóricas” como prefere o autor supracitado, que há quem diga que *“un delito es la comprensión de la comunicación imputable de una información contraria al Derecho penal”*(BLECKMANN, 2005, p. 360). A todas estas, pode-se apontar que a teoria dos sistemas tem muito a contribuir para a dogmática do direito penal, senão vejamos:

El beneficio central de una dogmática jurídico-penal con información de teoría de sistemas es la prestación de integración de esta teoría. Hace posible una heterodescripción científica de la realidad social del Derecho penal y la mantiene accesible también para la construcción teórica interna al Derecho. Esta puede beneficiarse en dos ámbitos: por um lado, el método funcional y la orientación, llevada a cabo desde puntos de vista teóricos, con base en problemas de referencia, hacen posible una dogmática más adecuada a la sociedad. Correflexionando acerca de los límites del Derecho, tiene mejores oportunidad de producir consecuencias sociales. Por outro lado, la dogmática gana esencialmente en complejidad y profundidad teórica, porque hace comparables supuestos de hecho que hasta ahora se consideraron incomparables (BLECKMANN, in Díez, 2005, p. 383).

Assim, a teoria sistêmica tem muito a contribuir com o direito penal, notadamente a partir de uma política criminal sistêmica e de cooperação, para que o subsistema penal tenha efetivamente instrumentos teóricos suficientes para encarar as complexidades delitivas, o que, até agora, não se vislumbrou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato do Direito Penal brasileiro ter sido estabelecido sobre as bases de uma sociedade cujas relações, ainda, estavam firmadas em paradigmas estritamente individualistas e conservadores, fez com que este ramo das Ciências Penais acabasse por se tornar obsoleto para sintonizar-se com o contexto da sociedade pós-moderna, altamente dinâmica, globalizada e complexa.

Alguns agrupamentos penais tais como os delitos de quadrilha e bando foram os primeiros no universo do subsistema penal a trazer esta problemática, o que acabou sendo aprimorado a partir do surgimento das facções criminosas no universo carcerário brasileiro, organismos criminais esses que se autoreproduziram para todos os Estados da Federação.

Embora o Direito Penal outorgue às facções um tratamento na linha de uma política penal inimiga, em especial a partir da implementação através da lei de execução penal do regime disciplinar diferenciado, tal fenômeno ainda não foi tratado pelo Direito Penal normativista, pois carece de uma conceituação formal e de formas mais adequadas de seu controle e prevenção. Nem por isso, deixa de existir no mundo fático, sendo sua observação perfeitamente visível a partir da utilização de alguns aportes teóricos sistêmicos, notadamente a partir de sua autoreprodução e sua organização não necessariamente piramidal, na medida em que as facções formam diversos ciclos comunicativos.

Ao lado disso, observou-se também que as máfias podem ser constatadas como as primeiras manifestações do crime organizado, cuja inserção na sociedade pós-moderna e posteriormente no sistema normativo brasileiro, acabou por gerar um descompasso imenso entre a realidade fática e a realidade normativa, evidenciando a limitação da matriz kelseniana para tratar fenômenos criminais dessa natureza.

Isso fica claro ao passo que o legislador penal e grande parte da doutrina, sequer conseguem conceituar com precisão o que se entende por crime organizado. Tal realidade comprova, mais uma vez, que estão sendo utilizados aportes dogmáticos penais inadequados, visto que se torna quase impossível conceituar com precisão tal fenômeno.

Assim, apontou-se algumas características que podem ajudar a diagnosticar as manifestações do crime organizado, a partir da inserção da ideia da complexidade e, paradoxalmente, sua redução, começando-se por apontar que nem tudo o que é noticiado na grande mídia brasileira constitui tal fenômeno. Esse diferencia-se das quadrilhas e dos bandos, que possuem natureza distinta, e da grande criminalidade de massa, sendo que uma de suas características principais constitui a inserção da tecnologia e a corrupção dos poderes,

o que leva a uma violência difusa. Ainda que não se desconheça alguns conceitos formais, não se pretendeu trabalhar tão somente com tais categorias, pois se observou que qualquer tentativa de conceituação recairia em uma possibilidade extremamente limitada, o que pode contribuir para a manutenção de uma cegueira normativa, em especial por ignorar a questão da contingência.

Tal fato, se por um lado parece causar um grande problema para o Direito Penal tradicional - pois parece romper suas bases -, por outro, clama por uma mudança epistemológica que ultrapasse os aportes cartesianos. É justamente por aqui que se dá - também - a inserção da teoria sistêmica para o universo do direito penal.

Assim, a estruturação das ideias do pensar complexo é fundamental para o operador do direito, com mais ênfase ainda no Direito Penal, área em que a teoria dos sistemas vem sendo debatida com mais fervor, notadamente, a partir da Europa.

Para tanto, propõem-se alguns referenciais - que não são números *clausus* - para que se possibilite o pensar sistêmico (sistêmico ou organizacional, hologramático, ciclo retroativo, ciclo recorrente, autonomia, dialógico, reintrodução do todo em cada parte).

Isso evidentemente causa uma grande discussão em matéria de Direito Penal, na medida em que não constitui algo comum, sendo o crime organizado o verdadeiro carro chefe de toda a discussão que se estabeleceu não só no Brasil, mas, também, no mundo.

Observou-se, ainda, que algumas categorias da teoria sistêmica luhmanniana, partindo-se do funcionalismo de Parsons e, posteriormente, dos biólogos Maturana e Varela, tem sim aplicabilidade no mundo do Direito Penal. Justamente, aqui, reside um ponto central do problema que restou desvelado, na medida em que Luhmann tem como o centro referencial de sua teoria a questão da comunicação, o que, para muitos penalistas - por si só - torna impossível sua aplicação no Direito Penal, uma vez que se desconsidera por completo a pessoa humana. Para superar esse impasse, pretendeu-se demonstrar que, se por um lado não existe sociedade sem comunicação, por outro, não existe comunicação sem pessoas, ao passo que a teoria luhmanniana fora elaborada para observar a sociedade como um todo e não somente o direito penal.

Esse, segundo os referenciais sistêmicos, pode manter sim sua autonomia e suas unidades, mas por sua vez não deve deixar de se comunicar com outros subsistemas sociais que estão no seu entorno, sob pena de manter-se estático.

A questão parece causar desconforto quando se pretende abarcar para o Direito Penal a categoria do risco, inerente a todas as sociedades, não podendo ser um aporte desconsiderado pelo Direito Penal. O mecanismo que tal ramo do direito dispõe para tanto é justamente

através da tipicidade, sem que isso implique uma desconsideração com os postulados de natureza iluminista, embora as teorias funcionalistas estejam apontando para o pós-iluminismo. Nesse sentido, a autopoiese apresenta um papel fundamental, abarcando o risco dentro do direito penal, podendo – a partir do código proposto por Luhmann e de forma funcionalmente diferenciada - afastar do sistema aquelas premissas que não lhe dizem respeito, tarefa a ser realizada pelo observador.

Para que seja possível repensar o subsistema penal e os fenômenos criminais de alta complexidade, vislumbrou-se também a necessidade de uma nova observação a respeito da categoria do tempo, pois o direito penal o tem como algo estático e não como uma representação social, o que também acaba contribuindo para sua inoperância e afastamento da realidade globalizada.

Uma vez que o crime organizado vem causando essa grande discussão na academia brasileira; vislumbrou-se, pois, como o fenômeno adequado para trazer a teoria sistêmica para a dogmática penal. Ratifica-se, então, que um dos caminhos para uma melhor observação e minimização desse fenômeno violento estruturalmente, é a necessidade de uma reflexão do que, efetivamente, deva ser a política criminal no século XXI.

Diz-se isso porque, os atentados de 11 de setembro de 2001 acabaram por reeditar a ideia de um direito penal do inimigo, passando a ser a tendência da Política Criminal a ser adotada na grande maioria dos países, torna-se necessário uma reestruturação desses apontamentos. Dessa forma, as teorias funcionalistas acabam por apresentar uma feição inovadora nesse aspecto, porque conseguem aproximar o direito penal da realidade complexa dos sistemas sociais.

Para tanto, propõe-se uma nova política criminal (sistêmica) a qual precisa considerar vários aspectos que estão em outros subsistemas para que o direito penal realmente possa ser eficaz no mundo pós-moderno, visto que o seu excessivo enclauramento, embora importante do ponto de vista dos princípios constitucionais, acaba por torná-lo inoperante.

Nessa linha de idéias, vislumbrou-se então a possibilidade de aproximação entre a teoria sistêmica e o garantismo penal, pois há uma enlace entre tais aportes teóricos. Considerando que, no mecanismo de redução de complexidade utilizado pela matriz sistêmica, as garantias penais e processuais podem servir para - de forma funcionalmente diferenciada - escolher o que interessa ou não para o universo do direito penal, notadamente na questão da identificação do crime organizado.

Propõe-se, ainda, que nada adianta utilizar-se de uma teoria altamente capaz de enfrentar as mazelas do crime organizado, se não for trabalhada a ideia de um Direito Penal

cooperado. A fim coibir e prevenir as ações delitivas transnacionais, torna-se necessário um direito penal integrado entre os países vítimas de suas ações que se espalham difusamente para o globo.

Entende-se possível tirar o Direito Penal do universo feudal e inseri-lo na sociedade pós-moderna, em especial para tratar das questões dos fenômenos de alta complexidade tais como os apontados na presente pesquisa. E mais: acredita-se ser possível essa passagem sem perder os direitos e garantias fundamentais, pois a Constituição Federal – embora não sendo o centro dos sistemas de Luhmann – permite o acoplamento estrutural entre o direito e a política.

Isso se torna possível porque no subsistema penal, por exemplo, a função das garantias passa a ser a sua gravitação nos subsistema penal, mantendo-se com isso a sua unidade e terminologia própria para afastar deste toda a conduta ou criminalização que possam violar esse subsistema.

Por fim, não se pretendeu apontar um caminho de mão única e, certamente, o tema proposto será objeto de críticas, debates e reflexões. De qualquer forma, acredita-se na possibilidade de um novo Direito Penal, que efetivamente se comunique na pós-modernidade, tornando-o mais eficaz para encarar os desafios do mundo globalizado. Esse Direito Penal, ao mesmo tempo em que deve manter as garantias no sistema, precisa se tornar mais apto para enfrentar as demandas criminais de alta complexidade. Em outras palavras, precisa se tornar um Direito Penal sistêmico e autopoietico, mantendo-se, pois, logicamente, o seu viés democrático e humanitário.

REFERÊNCIAS:

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

AMORIM, Carlos. **A irmandade do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8º 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**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 3ª Edição. Vol.4. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BRESLIN, Jimmy. **O Traidor A verdadeira história da Máfia Americana**. Tradução de Débora Ginza, Antônio de Pádua Danesi e Gílson Cardoso de Souza. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. 2º Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro. Aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradutores. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Coord. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALDEIRA, Cesar. Presídio sem Facções Criminosas no Rio de Janeiro. *In: Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Especial.** 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
____ **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático).** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo.** Tradução de Paulo Cezar Busato, 4º Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

COLEMAN, James William. **A elite do crime para entender o crime do colarinho branco.** Tradução de Denise R. Sales. 5º Ed. São Paulo: Manole, 2005.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

____(org) **Criminalidade moderna e reformas penais. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Comunicação e Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara(Org). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal Fundamentos y posibilidades de aplicación.** Granada: COMARES, 2005.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia.** Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 1998.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
____ **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Orlando Villas Boas. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FLAVIAN, Eugenia; FERNANDEZ, Gretel Eres. **Minidicionário Espanhol Português Português Espanhol.** 4º Ed. São Paulo: Ática,

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico elaboração e formatação**. 14º Ed. Porto Alegre:(s.n), 2007.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso**. 9º Ed. Tradução de Sergio Faraco.Porto Alegre: LP&M, 2007.

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.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JÚNIOR, Ney Fayet, MAYA, André Machado. (Org.) Da (in)combinabilidade do tipo legal de quadrilha (ou bando) e dos delitos societários. *In: Ciências Penais e Sociedade Complexa*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

JÚNIOR, José Alcebíades de Oliveira. Multiculturalismo: O “olho do Furacão” no Direito Pós-Moderno. *In: Direitos Culturais*. Santo Ângelo: EDIURI, 2006. n.º 1.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Manual de metodologia da pesquisa para o Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LIMA, José Antonio Farab Lopes de. **Direito Penal Europeu**. Leme: JH Mizuno, 2007.

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

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luis. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____. **O tipo penal e a teoria finalista da ação**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul para a livre docência da cadeira de Direito Penal.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2º Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

LUPO, Salvatore. **História da Máfia das origens aos nossos dias**. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo:UNESP, 2002.

MACHADO, Rafael Bicca. A “função social” do Direito na visão sistêmica de Talcott Parsons. *In :Ensaio Penais em homenagem ao Prof. Alberto Rufino Rodrigues de Souza*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

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

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado aspectos gerais e mecanismos legais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. **Crime Organizado Tipicidade Política Criminal Investigação e Processo** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal. Curso completo.** São Paulo: Saraiva, 2000.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo. A terceira velocidade do Direito Penal.** Curitiba: Juruá, 2009.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e Sociedade de Risco.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

NETO, Ranieri Mazzilli. **Os caminhos do Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

____ **Código Penal comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado Medidas de Controle e Infiltração Policial.** Curitiba: Juruá, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Especial. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PODVAL, Roberto. Organizador. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *In: Temas de Direito Penal Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional.** São Paulo: Atlas, 2005.

RAMOS, Enrique Peñaranda; et al, **Um novo sistema do direito penal considerações sobre a teoria de Günther Jakobs.** Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003

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

____ Tempo e Constituição. *In: Direitos Culturais.* Santo Ângelo: EDIURI, 2007.N.º2

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha policiamento e segurança pública no século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Problemas atuais da política criminal. *In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.* Coordenação: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Pedro Krebs. Porto Alegre, n.º 4, p.11/19, 2001.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal.** 5ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHIMIDT, Andrei. Crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista. *In: Ensaios Penais em homenagem ao Prof. Alberto Rufino Rodrigues de Souza.* Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri Símbolos e Rituais.** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. et. al. **Direito Penal em tempos de crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. O outro na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: Direitos Fundamentais e Rio de Janeiro. **Revista de Estudos Criminais** Sapucaia do Sul: Nota dez, 2007.

_____. O garantismo sob uma perspectiva sistêmica. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.** Coordenação: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Pedro Krebs. Porto Alegre, n.º 4, p.33/47, 2001.

SOUZA, Percival de. **O Sindicato do crime. PCC e outros grupos.** São Paulo: Ediouro, 2006.

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

_____. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

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

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OBRAS CONSULTADAS:

AGUIAR, Roberto A.R. **Direito, Poder e Opressão.** São Paulo: Alfa-Omega, 1984

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ECO, Humerto. **Como se faz uma tese.** Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 19º Ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

EAGLETON, Terry. **A idéia de Cultura.** Tradução de Sandra Castello Branco. São Paulo: UNESP, 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10º Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 30º Ed. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade.** Tradutores: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico.** 6º Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1991.

JÚNIOR, José Alcebíadez de Oliveira (Org.). **Faces do Multiculturalismo.** Santo Ângelo: EDIURU, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 11º Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil. Evolução histórica.** 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia.** 2º Ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

____STRECK, Lenio Luiz (org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

____PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal.** Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. 2º Ed. São Paulo: Bookseller, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2º Ed. Porto Alegre: 2004.

SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **O método do Direito Penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia - aspectos psicológicos e penais** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: 2001.

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WARAT, Luis Alberto. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. **O direito e sua linguagem**. 2º Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes Modernos O impacto da tecnologia no Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

ANEXO A – Estatuto do PCC

1. Lealdade, respeito e solidariedade acima de tudo ao Partido.
2. A luta pela liberdade, justiça e paz.
3. A união da luta contra as injustiças e opressão dentro da prisão.
4. A contribuição daqueles que estão em liberdade com os irmãos que estão dentro da prisão, através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate.
5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade, será excluído e repudiado do Partido.
6. Jamais usar o partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Por que o ideal do partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre leal e solidário a todos os seus integrantes para que não venham a sofrer nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos.
7. Aquele que estiver em liberdade “bem estruturado”, mas que esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados a morte sem perdão.
8. Os integrantes do partido tem que dar bons exemplos a serem seguidos. E por isso o Partido não admite que haja: assalto, estupro e extorsão dentro do sistema.
9. O Partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, a solidariedade e o interesse comum ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.
10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do partido.
11. O Primeiro Comando da Capital – PCC – fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças, do Campo de Concentração “anexo” à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como lema absoluto “a liberdade, a justiça e a paz”.
12. O partido não admite rivalidades internas, disputas do poder na liderança do comando, pois cada integrante do comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade de exercê-la.
13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre, semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 2 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos sacudir o sistema e fazerem essas autoridades mudarem a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, tortura, massacre nas prisões.
14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado de São Paulo a desativar aquele Campo de Concentração, “anexo” à Casa de Custódia e tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do Comando, no meio de tantas lutas inglórias e tantos sofrimentos atroz.

15. Partindo do Comando da Capital do QG do Estado, as diretrizes de ações organizadas e simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem trégua, sem fronteiras, até a vitória final.

16. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os sistemas Penitenciários do Estado e conseguimos nos estruturar também no lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos a nível estadual e a médio e longo prazo nos consolidaremos a nível nacional.

Em coligação com o Comando Vermelho – CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e o nosso braço armado será o “Terror dos Poderosos” opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangu I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade, na fabricação de monstros.

Conhecemos a nossa força e a força de nossos inimigos. Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido.

LIBERDADE, JUSTIÇA E PAZ !!!

O QUARTEL GENERAL DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, EM COLIGAÇÃO COM O COMANDO VERMELHO”.

(PORTO, 2007, p. 77).

ANEXO B – Lei do Crime Organizado

LEI 9.034/95

Lei 9.034, DE 03.05.1995

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por organizações criminosas

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. **(Redação dada pela Lei 10.217, de 11.04.2001)**

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: **(Redação dada pela Lei 10.217, de 11.04.2001).**

I – (Vetado)

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústico, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; **(inciso incluído pela Lei 10.217, de 11.04.2001)**

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. **(inciso incluído pela Lei 10.217, de 11.04.2001)**

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. **(Parágrafo incluído pela Lei 10.217, de 11.04.2001).**

CAPÍTULO II

Da preservação do sigilo constitucional

Art. 3º Nas hipóteses do inc. III do art. 2º desta Lei, ocorrendo a possibilidade de violação do sigilo preservado pela constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. **(vide ADIN 1570-2 de**

11.11.2004, que declara a inconstitucionalidade do art. 3º no que se refere aos dados “Fiscais” e também “Eleitorais”.)

Parágrafo primeiro Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

Parágrafo segundo O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para este efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.

Parágrafo terceiro O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação.

Parágrafo quarto Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência, serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

Parágrafo quinto Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente, para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

CAPÍTULO III

Das disposições Gerais

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas.

Art. 5º A identificação criminal de pessoas envolvidas com ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 a 2/3 quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Art. 8º O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto. **(Redação dada pela Lei 9.303, de 5.09.1996)**

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

Art. 10 Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa, iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 11 Aplicam-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Art. 12 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de maio de 1995, 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

ANEXO C – Parte da 1ª decisão no Brasil a aplicar aportes da teoria sistêmica de Niklas Luhmann a um caso concreto