

A QUESTÃO DO OPERADOR ÉTICO DO SISTEMA CRIMINAL: ABANDONAR O SISTEMA ANTIÉTICO OU REPETI-LO ACRITICAMENTE?

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann constitui uma forma muito coerente e interessante de aproximação aos fenômenos sociais. Dessa feita, torna-se imprescindível ao operador do Direito conhecê-la, ao menos em seus conceitos fundamentais, o que se buscou apresentar inicialmente no presente artigo. Além disso, associada à visão teórica, intentou-se uma comparação entre as finalidades abstratas previstas para o sistema criminal e seu funcionamento real, perquirindo-se a respeito de eventual discrepância. Nesse sentido, verificada a lacuna, fez-se necessário o retorno à questão ética proposta no artigo, muitas vezes esquecida na dinâmica de nossa modernidade, como forma de aprimorar o funcionamento até então puramente poiético de um sistema corrompido e perverso. Busca-se, então, traçar linhas norteadoras da atuação adequada de um operador ético do sistema: abandonar o sistema antiético ou simplesmente repeti-lo acriticamente?

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Psicologia Jurídica; Sistema Criminal.

ABSTRACT: This article tries to argue that the actors who work on the Criminal System should consider and reflect about their actions in order to have the most ethical guidance possible.

KEYWORDS: Ethics; Legal Psychology; Criminal System.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Sistema Criminal e suas finalidades legitimadoras em um Estado Democrático de Direito. 3. A necessidade de resgate da práxis ética a partir da questão proposta ao operador das microdecisões. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O funcionamento do sistema jurídico, como se apresenta fenomenicamente na prática e discutido amplamente na teoria, é vivenciado e refletido pelos cidadãos de forma geral. Uma vez que o Direito se destina a regular condutas e possibilitar a vida em comum, mediante a possibilidade do uso da força de forma discursiva e racional, deve ser nitidamente aberto às formas sociais de crítica e controle.

Quando nos detemos, então, especificamente na seara criminal do fenômeno jurídico, temos que uma análise, ainda que superficial, da eficácia de tal ramo jurídico mostra-se completamente incompatível com seus fins teóricos e constitucionais. Dessa feita, ao se constatar a inadequabilidade dos fins reais alcançados, em comparação com os fins constitucionais e teóricos do sistema criminal, chega-se a uma pergunta inafastável: Qual seria a atitude ética de um operador crítico interno em um sistema criminal perverso e corrompido?

Nesse diapasão, torna-se interessante fazer uma remissão à técnica contumaz e verificada diuturnamente pelo operador direto do sistema, do ataque a uma sucessão de “falsos-verdadeiros” problemas do sistema criminal, como se, com a sua resolução, tudo o que há “de errado” fosse se tornar ético e perfeito. Nesse sentido, tomamos nossa obra (ARAÚJO, 2009a, p. 118), no momento em que ela debate como naturalizamos, através de representações sociais, esse desvirtuamento do sistema:

Alcançando o processo de *objetivação*, há uma seleção de informações descontextualizadas (como, por exemplo, o fato dos criminosos serem negros, pobres, violentos, *burros*, etc.), que se reorganizam de acordo com um novo esquema aparentemente coerente, sendo significantes os processos de personificação e metaforização (como, por exemplo, a criação de ícones que retratam o *problema criminal do Brasil*: os assassinos da criança João Hélio; o menor *Champinha*; o salvador da pátria *Capitão Nascimento* do recente filme nacional *Tropa de Elite*; etc.) e, por fim, a naturalização (ontologização) dos conceitos (como a idéia de que os criminosos violentos já nasceram *pessoas más* e merecem ser extirpadas da sociedade). [...] Poderíamos chamar todos estes de *falsos-verdadeiros* problemas. São verdadeiros, na medida em que devem ser veementemente combatidos pelo Estado, não se tratando de algo trivial ou de menor importância. São falsos porque situam-se na periferia da verdadeira e principal causa da etiologia criminal: a óbvia falta de investimento social em fatores criminógenos (locais de miserabilidade e marginalidade), agravada pela completa falta de fiscalização da destinação de recursos públicos e suas relações acessórias.

Para que se possa abordar esta questão, existirá a necessidade de um estudo mais aprofundado de alguns temas próprios do delineamento jurídico-criminal na perspectiva sociológica. Fazendo isso, poderemos verificar a motivação pela qual

mesmo operadores bem intencionados acabam por perpetuá-lo de modo meramente reprodutivo, em afastamento de suas finalidades legitimadoras.

Nesse sentido, buscaremos a noção dos sistemas sociais em Luhmann para, posteriormente, apontar como essa excelente descrição das interações sociais poiéticas acaba por refletir uma característica de verdadeira preponderância do saber instrumental, da produtividade, da focalização no futuro e abandono do presente. Tais elementos, entre outros, acabam por se verificar no típico abandono ético da atualidade. A problematização da atuação ética do operador do sistema ganhará, então, contornos não puramente poiéticos, possibilitando uma mais profunda problematização do tema.

2. O sistema criminal segundo a teoria de Niklas Luhmann e suas finalidades legitimadoras em um Estado Democrático de Direito

A Teoria dos Sistemas de Luhmann visa apresentar uma nova concepção acerca da sociedade. Parte o autor da constatação de que as concepções clássicas da sociologia apresentam diversos pontos falhos. Associado a isso, o autor aduz que, nos últimos tempos, a preocupação da Ciência Social esteve voltada a aspectos particularizados da sociedade, concluindo que existe um verdadeiro vazio no tocante a teorias que procuram entender a sociedade como um todo¹.

Luhmann (1997a, p. 76-77) elucida, então, quais seriam esses pontos falhos das teorias sociais:

Gostaria de apresentar três destes obstáculos que considero os mais importantes:

- a) O primeiro diz respeito ao pressuposto de que a sociedade é constituída de pessoas ou de relações entre pessoas. Chamo-o de o preconceito humanista [...].
- b) O segundo preconceito que bloqueia o desenvolvimento conceitual consiste na pressuposição de uma multiplicidade territorial de sociedades. A China é uma, o Brasil é outra, o Paraguai é uma delas, e da mesma forma então, o Uruguai [...].
- c) O terceiro preconceito é decorrente da teoria do conhecimento dando-se a partir da diferenciação entre sujeito e objeto. Corresponde a teoria do conhecimento vigente até este século conceber sujeito e objeto (da mesma forma que pensamento e existência, conhecimento e objeto) como separados e considerar como possível uma observação e descrição do mundo ab extra: até mesmo só reconhecer o

¹ Para uma maior explicitação dos conceitos: (ARAÚJO, 2007, p. 102-130; 2004, p. 35-49), (LUHMANN; DE GEORGI, 1993). Ressalte-se que o funcionalismo sistêmico radical do Direito Penal de Jakobs (2003) segue o embasamento de Luhmann. Registramos que nossos artigos (ARAÚJO, 2008a; 2008b; 2009b) seguem a mesma trilha do presente trabalho, podendo ser considerados como complementares, motivo pelo qual sugerimos sua leitura. Registramos que o presente artigo foi construído a partir do último citado, com pontuais alterações para a atualização e esclarecimento da discussão.

conhecimento como tal, quando qualquer inter-relação circular com seu objeto for evitada.

Sua teoria procura atacar cada um desses “preconceitos”, apresentando soluções inovadoras a partir de um novo paradigma.

Primeiramente, atacando o terceiro preconceito, Luhmann entende que a diferenciação entre sujeito e objeto não pode ser resolvida, devendo ser incorporada pela teoria. Não se pode, entretanto, ao utilizar a teoria dos sistemas, manter a nomenclatura sujeito e objeto que não possui mais o sentido próprio clássico.

O que existe, agora, é a observação, sempre realizada por um sistema. Os sistemas, dessa forma, observam e operam em relação a algo, sempre aplicando a distinção entre sistema e ambiente. Essa distinção é trazida da matemática com o conceito de “forma”. Forma, então, seria a unidade da diferença entre sistema e ambiente.

Por conseguinte, para se perquirir a respeito do que seria a sociedade (ou, na versão da teoria, o Sistema Social), um observador deveria, antes de qualquer coisa, identificar como interno a determinado sistema. Perde-se, então, a problematização de conceituar o que é a sociedade sendo parte da sociedade (confusão clássica do sujeito e do objeto, impedindo diferenciações “neutras e científicas” na sociologia).

Segundo sua teoria, o observador, estando no Sistema Social, só pode observar a sociedade como um habitante do mundo social, aplicando o código social e tão somente este. Não há mais sentido em dizer que esta observação não seria “neutra” (ou seja, que não estaria se apartando de forma precisa o sujeito e o objeto) porque, incorporando o paradoxo na própria teoria, todas as observações não são neutras, sendo feitas por um sistema específico (o que equivale a dizer que o observador sempre é interno a determinado sistema).

No tocante aos primeiro e segundo preconceitos supracitados, Luhmann ensina que, no mundo, existem três sistemas básicos: o sistema vivo, o sistema psíquico e o sistema social. Seu objeto de estudo, obviamente, é o sistema social.

Cada um desses sistemas teria seu código próprio. O sistema vivo opera com o código vida. O sistema psíquico com o código pensamento. Já o sistema social opera com o código comunicação.

Apenas a comunicação é componente do sistema social. O cérebro, o pensamento e o próprio homem fazem parte do ambiente desse sistema. Vê-se, claramente, que o autor consegue ultrapassar os preconceitos humanistas territoriais. Afinal, a sociedade se compõe, tão somente, de comunicação. Fica evidente para o autor, portanto, que a sociedade não é composta de pessoas e não tem nenhuma relação com o espaço territorial onde esta sociedade (comunicação) se desenvolve.

Outros conceitos, ainda, podem ser considerados como primordiais na explanação

básica da Teoria dos Sistemas: a autopoiesis, o fechamento operacional e o acoplamento estrutural.

O conceito de autopoiesis, oriundo da biologia, é central em sua teoria e correlaciona-se com os demais. Segundo Luhmann (1997b, p. 41):

O conceito de autopoiesis desloca o princípio de auto-referência do nível estrutural para o operativo. De acordo com isso um sistema é constituído por elementos autoproduzidos – e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade, – mesmo que seja um último elemento, não mais passível de ser decomposto – é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos.

Isso acaba por levar a um fechamento operacional dos sistemas. Tal não significa que o sistema esteja alheio ao ambiente, ou que o sistema e o ambiente estejam hermeticamente enclausurados. Como se verá adiante, o conceito de acoplamento estrutural demonstrará como é possível o fechamento (tão só operacional) de o sistema conviver com uma relação constante com o ambiente. Continuamos na lição do autor:

Isto [a autopoiesis] tem como consequência lógica, a tese de um fechamento operacional de tais sistemas. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. Consequentemente o sistema não pode [...] utilizar suas próprias operações para estabelecer contatos com seu ambiente. Todas as operações do sistema são operações exclusivamente internas [...] *'The environment contains no information. The environment is as it is'* (LUHMANN, 1997b, p. 41).

Como dito acima, entretanto, este fechamento completo em relação ao ambiente se dá, tão somente, no nível operativo. Os sistemas não vivem completamente fechados e alheios a tudo que não seja sistema, eles dependem de seu ambiente e da constante diferenciação entre sistema e ambiente. Luhmann (1997b, p. 42) explicita o tema:

Fala-se de 'acoplamento estrutural' para designar que, e como, dependências em relação ao ambiente são compatíveis com auto-reprodução autopoietica. O ambiente, justamente, não contribui para nenhuma operação do sistema (uma vez que neste caso as realizações correspondentes não seriam as do ambiente, mas aquelas do próprio sistema), mas pode prejudicar, irritar ou, como diz Maturana, perturbar as operações do sistema quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal. Nem todos acontecimentos no ambiente, na verdade apenas pouquíssimos deles, podem atuar sobre o sistema neste sentido através do acoplamento

estrutural. Mas quando são estabelecidos acoplamentos estruturais específicos e isso acontece no processo de diferenciação dos sistemas autopoieticos como uma de suas precondições, o efeito do ambiente sobre o sistema, tal por exemplo, o da consciência sobre o transcurso de comunicações, pode ser intensificado graças a uma delimitação rigorosa.

O acoplamento estrutural permite, assim, o estabelecimento de dependências do sistema em relação ao ambiente em que se encontra. É importante salientar que o estímulo do ambiente afeta o sistema como uma informação interna a ele. Assim, o fechamento operacional e a autopoiesis do sistema implicam no seguinte: para que o sistema seja irritado por qualquer estímulo externo ao ambiente (para que sistema tome conhecimento desse estímulo), necessita aplicar seu próprio código ao estímulo.

Como exemplo, temos que a linguagem, na visão luhmaniana, constitui um acoplamento estrutural entre os sistemas psíquico e social, permitindo recíproca irritação. O sistema psíquico, entretanto, para se irritar, pode ou não responder ao estímulo externo. Esse, todavia, é um problema interno do sistema. Explico: muitas vezes estamos “conversando” com alguém e não prestamos atenção em absolutamente nada do que o outro diz. Neste caso, apesar de a linguagem ser um acoplamento estrutural entre o sistema social (comunicação) e o psíquico (pensamento), o sistema psíquico daquele que não está interessado pela conversa não está sendo irritado. A informação, para ser reconhecida pelo sistema, tem de ser tida como um dado interior a ele.

Ainda seguindo a linha de exposição dos conceitos básicos da Teoria dos Sistemas, é importante falar em evolução, diferenciação e especialização funcional dos sistemas sociais.

Para análise do conceito de evolução, Luhmann inicia seus questionamentos tomando por base a doutrina de Darwin. Há que se ressaltar, entretanto, que, seguindo-se as consequências lógicas dos conceitos *supra* expostos, não se pode falar que o ambiente determina a evolução dos diferentes sistemas.

O ambiente, na visão luhmaniana, não é capaz de determinar nada em relação ao sistema. Este apenas fornece uma infinidade de estímulos aos diferentes sistemas existentes, que serão irritados internamente, de acordo com suas características próprias.

Assim, na evolução² dos sistemas sociais, a época histórica da modernidade é

² Saliente-se que a visão de evolução de Luhmann, diferentemente de alguns sociólogos, não significa a passagem de um estado pior (ou menos evoluído) para outro melhor (ou mais evoluído). Evolução para o autor é, tão somente, a aplicação do código pelo sistema repetida e incessantemente. Os caminhos que tomam esta repetição autopoietica não são determinados pelo ambiente e constituem evolução sem significar a passagem de um estado de *minus* para um *maius* evolutivo.

caracterizada pela diferenciação funcional de diversos subsistemas sociais. Cada subsistema social é funcionalmente diferenciado dos demais. Isto significa que um subsistema, apesar de trabalhar no código da comunicação (sendo, assim, componente do Sistema Social), tem uma função própria: o Direito, por exemplo, sendo um subsistema social, existe com uma função própria na sociedade e, operando comunicativamente, também especifica seu código e se torna um sistema autopoietico. Citamos a lição do autor e de De Georgi (1993, p. 200-201):

[...] la teoría de la evolución no es una teoría del progreso. Admite, con una actitud igualmente de despego, tanto la emergencia de los sistemas como su destrucción. [...] no es plausible que se diga considerando la especialización como una especie de polo de atracción evolutiva que hará posible – no se sabe cómo – la diferenciación de competencias, roles, organizaciones y sistemas cada vez más específicos.

Temos, dessa forma, vários subsistemas sociais (ex. política, economia, religião, educação, arte, saúde, Direito, etc.) e cada um deles opera da forma descrita acima, ou seja, autopoieticamente, de modo operacionalmente fechado, aplicando, única e exclusivamente, seu código próprio (que reflete a distinção entre sistema e ambiente em uma forma específica – por exemplo, direito e não direito), sofrendo diversos impulsos do ambiente, porém só se irritando por decisão interna do sistema.

Focalizemos nossa abordagem perfunctória sobre a teoria dos sistemas, agora, no subsistema social do Direito. Como dito acima, o Direito, na modernidade, passa a se constituir em uma comunicação (pertencendo ao sistema social) especializada, com uma função específica e aplicação do código próprio “sistema/ambiente”: o código direito/não direito”. Luhmann (1997c, p. 30) assim narra a questão:

O direito processa, em um modo em que nenhum outro sistema assim o faz, expectativas normativas capazes de manter-se em situação de conflito. Não pode, obviamente, garantir que estas expectativas não serão frustradas. Mas pode garantir que podem ser mantidas como expectativas mesmo no caso de frustração [...]. Do ponto de vista sociológico, então, a normatividade não é mais que a estabilidade contrafática. [Tradução livre].

Esta estabilidade contrafática de assegurar expectativas de comportamentos é conseguida de forma autopoietica e redundante, com coerência em relação às decisões já tomadas pelo sistema. Citamos:

Como sistema fechado, o direito é completamente autônomo no nível de suas próprias operações. Só o direito pode dizer o que é direito e o que não é direito, e ao decidir esta questão deve referir-se sempre ao resultado de suas próprias operações e às consequências sobre as futuras operações do sistema. [...] O direito logra sua estabilidade estrutural através

desta recursividade. [...]

O sistema deve estar aberto a irritações que transformem sua prática habitual. Entretanto, se é que o direito deva proporcionar segurança, esta abertura não deve ser levada longe demais. Deve existir uma quota de redundância, de modo que se possa confiar no conhecimento de um ou mais elementos (conhecimento de decisões de tribunais importantes, por exemplo, ou conhecimento de decisões sobre leis) para permitir inferências sobre o modo como o sistema se comportará em circunstâncias concretas (LUHMANN, 1997c, p. 30-31). [Tradução livre].

Assim, o sistema do Direito, com sua função, código e redundância específica, operará unicamente pela aplicação do código “direito/não direito”. Caso o operador que se encontre (por definição) inserido no sistema do Direito (um juiz, por exemplo) comece a operar este subsistema com um código alheio, dizemos que há uma corrupção do código (tomando-se o termo corrupção na acepção luhmaniana).

Caberia, ainda, analisar a questão do paradoxo dos sistemas. Caso tentemos aplicar o próprio código de um sistema a ele mesmo, teremos uma tautologia. No caso do Direito, o problema seria: qual o Direito que o Direito tem de dizer o que é direito ou não direito? – aplicação do código “direito/não direito” no próprio código “direito/não direito”.

Nota-se que esta circularidade sem resposta acaba por impossibilitar a continuidade da autopoiesis, sendo necessária uma observação de segunda ordem (observação interna dos observadores internos do sistema) que possibilite a continuidade das operações. As teorias que visam elucidar o relatado paradoxo seriam as filosóficas do sistema. Citamos trecho interessante:

La diferenciación funcional lleva hasta las últimas consecuencias al proceso de diferenciación de cada uno de los sistemas parciales de la sociedad y se estabiliza al nivel de una autonomía autopoietica, completa y específica. Podemos ya prever que esto lleva al hecho de que también la generalización de la semántica, la cual puede simbolizar otra vez la unidad del todo, debe ser llevada hasta el extremo. [...] Queda únicamente la posibilidad de identificar la unidad del sistema de modo paradójico o tautológico. El observador no será condenado al silencio, como lo piensan – y escriben algunos poetas. Deberá admitir, sin embargo, que un observador (y también un autobservador) no puede ver lo que no puede ver, y antes que nada no puede verse a sí mismo. En la auto observación la unidad de la sociedad se convierte en la paradoja del observador. (LUHMANN; DE GEORGI, 1993, p. 416).

Pelos trechos *supra* citados, percebemos que o sistema operacionalmente fechado está sempre aberto a irritações do ambiente. Estas irritações significam que o sistema percebe o estímulo externo e aplica seu código próprio no estímulo, transformando-o

num problema interno. A corrupção do código, por sua vez, não implica no narrado. O observador de um sistema percebe um problema que deveria, por hipótese (como nos casos de juízes em tribunais), ser resolvido por determinado código e aplicando, entretanto, outro “código-ambiente” ao sistema, diverso daquele que deveria ser utilizado.

Esses casos de corrupção implicam, como pode se inferir, numa perda de especificidade e diferenciação do subsistema em questão caso a corrupção se torne a regra dos operadores do sistema corrompido. Como dito alhures, a diferenciação funcional dos subsistemas sociais é uma peculiaridade da modernidade. Com o passar do tempo e a repetição autopoietica incessante, alguns tipos específicos de comunicação, destinados a uma diferenciada função social, foram se distinguindo dos demais, formando sistemas autopoieticos autônomos e operacionalmente fechados. Este subsistema diferenciado, formado autopoieticamente, só sabe e só pode reproduzir suas operações. É isso que o torna funcionalmente diverso de seu ambiente. Caso as operações próprias do sistema passem a ser, via de regra, substituídas por outras, há, obviamente, uma perda da especificidade funcional originária do sistema.

Já dissemos acima que isto não implicaria numa passagem da sociedade de um nível mais evoluído para um nível menos evoluído (ou uma involução). O que ocorre, entretanto, é que, se a corrupção passa a ser a regra do sistema, este perde sua característica diferenciadora do ambiente, passando a ser, também, ambiente.

No caso do Direito, creio que exista um consenso de que a corrupção existe, porém esta não é a regra. A questão que se coloca, então, é a de saber se este nível de corrupção do Direito encontra-se em declínio ou ascensão, o que se configuraria preocupante aos “habitantes” deste sistema, em vista de uma possível abolição iminente do código. Outro ponto que deve ser ressaltado é, outrossim, que, numa perspectiva interna do operador do Direito, qualquer tipo de corrupção do sistema deve ser combatida, tendo em vista que significa um mau-funcionamento tendente à morte do sistema.

Agora, focalizando no interior dos sistemas jurídicos, mais especificamente, no sistema jurídico-criminal, teremos que a aplicação do código “lícito/ ilícito” (ou, mais propriamente, “crime/ não-crime” ou “penal/não-penal”) terá finalidades funcionais específicas de acordo com seu posicionamento no fenômeno jurídico mais amplo, numa perspectiva de tempo e espaço própria e diferenciada correspondente a cada lugar e momento histórico.

Assim, após a Constituição de 1988, podemos dizer que as perspectivas da teoria do crime, da pena e da criminologia, que vêm sendo desenvolvidas sistematicamente desde o iluminismo positivista, deverão se adaptar, sob pena de impossibilidade de aplicação, aos ditames da Carta Magna brasileira. Logo, ao se adotarem perspectivas

de finalismo, causalismo ou funcionalismo sistêmico (na teoria do crime³), vertentes de penas retributivas, preventivas ou mistas (nas teorias da pena⁴) ou mesmo a crítica característica da criminologia radical (ou outros ramos da criminologia clássica ou atual), tais pensamentos deverão ser consonantes com os explicitamente tidos como opção política da sociedade brasileira: aquela contida no ordenamento máximo nacional⁵.

³ Para um maior aprofundamento no tema, sugerimos os excelentes artigos de Luís Greco (2000) e Winfred Hassemer (1994).

⁴ Citamos lição de Thompson (1991, p. 3) que problematiza a dificuldade inerente na adoção de qualquer das teorias das penas: “Propõe-se, oficialmente, como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes: punição retributiva do mal causado pelo delinqüente; prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e das pessoas potencialmente criminosas; regeneração do preso, no sentido de transforma-lo de criminoso em não criminoso”. Continua, ainda, o autor, “[...] a maioria das pessoas recuse reconhecer uma verdade que está entrando pelos olhos: reformar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio grande ou imenso, não vai modificar a assertiva. Atentemos para o seguinte: até hoje, em nenhum lugar, em nenhum tempo, nem nos países mais ricos e nos momentos de maior fastígio, sistema penitenciário algum exibiu um conjunto de recursos que tivesse sido considerado como, pelo menos, satisfatório. O que parece algo inviável, mesmo porque jamais foram estabelecidos precisamente e especificamente, quais seriam, em qualidade e quantidade, tais recursos ideais. Essa indefinição garante a perpetuidade à justificativa mencionada, pois permite seja aplicada *ad eternum*.” (THOMPSON, 1991, p. 16-17).

⁵ Reveladora a lição crítica global do fenômeno realizada por Nilo Batista (1995, p. 111-116), que, por sua precisão e pertinência, merece ser trazida na totalidade de seu argumento: “Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas). [...] Observe-se que os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade. [...] Um iniciante estaria tentado a considerar até que os fins do direito penal e os fins da pena habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha. Essa descrição comparativa, algo caricata, das mais usuais respostas oferecidas às perguntas sobre a missão do direito penal e os objetivos da pena, põe de manifesto que, se os penalistas não sucumbem à tentação de substituir a missão do direito penal que devem descrever pelo direito penal de seus sonhos, ou existem diferenças entre aquilo que pretende o direito penal e aquilo que pretende seu instrumento essencial e característico – a pena –, ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal. Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, transvestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem. [...] Por isso mesmo, ao lado das funções aparentes da pena, [...] o eterno esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se hoje nas funções ocultas ou não declaradas da pena. [...] Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico social (funções de reprodução de criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do status quo, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos). Pensamos que numa sociedade verdadeiramente justa e democratizada os fins do direito penal e da pena constituirão, transparentemente expostos e debatidos, um só e indivisível projeto. Entrementes, cabe um esforço, a exemplo do que ocorreu na área das funções da pena, no sentido de desmistificar os fins do direito penal, questionando as respostas usuais. [...] Definitivamente é negável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que, como vimos, lhe

Por conseguinte, uma vez que não se trata do objetivo do presente texto problematizar as sobreditas teorias, podemos dizer que todas elas, para que possuam um critério de aceitação mínimo, uma pré-condição de consistência, devem ser adequadas aos fins do ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, tomamos, como parâmetro básico de nossa análise, que o sistema criminal deva ser, assim como os diversos outros sistemas sociais de controle de convivência geridos pelo Direito, aptos para buscar os objetivos máximos da Carta Política de 1988. Seriam eles:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, qualquer que seja o conceito e a concepção adotados nas ciências penais e em sua prática poietica, tais diretrizes devem ser capazes de gerar os objetivos máximos preconizados na norma supracitada.

Qualquer observador, entretanto, caso tenha o mínimo conhecimento da forma de funcionamento do sistema criminal brasileiro atual, sabe que este desconsidera, na prática, os ditames teleológicos. Em verdade, como se verifica criticamente, a única forma efetiva pela qual o operador do sistema penal *erradica a pobreza e a marginalização* (art. 3º, III, da CF/88), é através da função seletiva do Direito Penal que literalmente *escolhe* como objeto da aplicação de suas penas os pobres e marginalizados.

Portanto, não é nenhuma afirmação controversa dizer que o funcionamento da poiésis criminal se dá de uma forma na qual os objetivos do sistema são repetidamente obliterados. Atuando com fins diversos dos previstos como fundamentos legitimadores do próprio instrumento humano de viabilização de convivência social, pode-se dizer, com certeza, que o sistema jurídico-penal seja pervertido⁶.

corresponde. Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.

⁶ Ressalte-se que a idéia de perversão como desvirtuamento dos fins normais de determinada prática é, também, utilizada na psicanálise: “Perversão [...] Desvio em relação ao ato sexual ‘normal’, definido este como coito que visa a obtenção do orgasmo por penetração genital, com uma pessoa do sexo oposto. Diz-se que existe perversão quando o orgasmo é obtido com outros objetos sexuais (...), pedofilia, bestialidade, etc.), ou por outras zonas corporais (coito anal, por exemplo) e quando o orgasmo é subordinado

Tomamos, assim, a noção de perversão, muito próxima à de corrupção⁷ *supra* desenvolvida, como o desvirtuamento, na prática, dos fins previstos teoricamente como legitimadores da instituição em questão. Nesse sentido, trazemos a conceituação de dicionário:

Perversão: [Do lat. perversione.] [...] 1. Ato ou efeito de perverter(-se). 2. Corrupção, desmoralização, depravação. 3. Alteração, transtorno: perversão do olfato, do gosto. 4. Med. Desvio ou perturbação de uma função normal, sobretudo no terreno psíquico.

Perverter [Do lat. pervertere.] [...] 1. Tornar perverso ou mau; corromper, depravar, desmoralizar: [...] 2. Realizar mudança, alteração, em; alterar, transtornar [...]. 3. Tomar em mau sentido; desvirtuar, deturpar, desfigurar, malsinar [...]. Verbo pronominal. 4. Tornar-se perverso; corromper-se, desmoralizar-se, depravar-se: A sociedade romana perverteu-se ao assimilar as riquezas dos povos mediterrâneos. (FERREIRA, 2004).

Dessa feita, existe uma relativa concordância entre os operadores do Direito Penal em afirmar que o Sistema Criminal é efetivamente pervertido, uma vez que, ao atuar, distancia-se justamente das suas finalidades legitimadoras. Ao mesmo tempo, conforme argumentado inicialmente, verificamos, da perspectiva interna de um operador do Direito Criminal, que ele, por se inserir no próprio sistema, acaba tendo um dever de operá-lo de forma especificada, sob pena de corrupção, desespecialização e, por fim, morte de todo o sistema.

Assim, a questão aqui debatida refere-se ao conflito que se apresenta em relação ao *como agir* do operador criminal: deve ele se ater ao código (ainda que deturpado) do sistema penal, repetindo-o de forma cega e, a cada operação, afastando-se dos fins legitimadores do aparato repressivo? Ou, de outro lado, a ação correta do operador, verificando as inconsistências perversas ínsitas ao funcionamento do sistema, deve abandoná-lo, atuando conforme sua convicção do mais justo ao caso concreto?

Ambas as perguntas, caso respondidas levianamente, geram enormes dificuldades de ordem ética e racional. Desse modo, poderíamos inicialmente reelaborá-las, acrescentando-se o *granus salis* da ética. Assim, seria a melhor atitude ética de um operador de um sistema especializado, o mero abandono do código, aplicando uma

de forma imperiosa a certas condições extrínsecas (fetichismo, travestismo, voyeurismo e exibicionismo, sadomasoquismo); estas podem mesmo proporcionar, por si sós, o prazer sexual. De forma mais englobante, designa-se por perversão o conjunto do comportamento psicosssexual que acompanha tais atipias na obtenção do prazer sexual” (LAPLANCHE; PONTALIS, 2008, p. 341).

⁷ A idéia de corrupção, por sua vez, para o presente texto, seria, segundo a visão luhmaniana, atrelada à aplicação, em um determinado sistema, de um código de operação próprio de outro sistema social, gerando a sua desespecialização. Segundo o dicionário Aurélio, entretanto, vemos que as noções de corrupção e perversão são muito similares: “Corrupção: [Do lat. corruptione.] [...] 1. Ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. 2. Fig. Devassidão, depravação, perversão. 3. Fig. Suborno, peita. [Var.: corrução; sin. ger.: corrompimento.]” (FERREIRA, 2004).

forma de outro sistema, gerando, em última análise, uma propensão à sua morte? Ou seria a resposta ao dilema ético o não abandono do sistema, numa contínua operatividade irreflexiva de repetição do *status quo*? Traçaremos as seguintes linhas visando a apresentar considerações sobre tais questionamentos.

3. A necessidade de resgate da práxis ética a partir da questão proposta ao operador das microdecisões

Conforme dissemos anteriormente, uma forma extremamente interessante de abordar a realidade dos fenômenos sociais trata-se da teoria luhmaniana dos sistemas sociais. Segundo recorrido, pode-se afirmar que a sociedade, na modernidade contemporânea, caracteriza-se pela coexistência de inúmeros sistemas sociais especializados, com código próprio, que apenas realizam a chamada *poiesis*: a repetição incessante da aplicação do código sobre informações do ambiente, de forma a produzir a estrutura do próprio sistema com seus resultados produtivos.

Tal noção nos é bem familiar nesse período da modernidade. Parece uma percepção geral a caracterização da modernidade tardia como um período de primazia do individualismo, da alienação da esfera pública e do saber instrumental. Nessa perspectiva reducionista, intrínseca ao ideal científico cada vez mais valorizado desde os primórdios do iluminismo do século XVIII, o valor das coisas é atribuído, tão somente, ao produto das operações, não havendo uma verdadeira problematização do agir humano.

Tanto é assim que, na dinâmica cega do cotidiano, é-nos exigida uma imediatez irrefletida em nossas operações incessantes e infundáveis. Não temos tempo para pensar sobre o conteúdo ético de nossas ações ou mesmo as repercussões, para o outro, das consequências necessárias de nossos atos.

Esse privilégio do saber *poiético* pode ser mais bem esclarecido se voltarmos nosso olhar aos diferentes tipos de conhecimento. Plenamente aplicável se mostra a lição aristotélica de classificação epistemológica dos saberes teóricos⁸, *poiéticos*⁹ e práticos¹⁰. Nessa linha, os primeiros se caracterizam por um conhecimento eminentemente descritivo e desinteressado, da ordem do ontológico, como seriam as hipóteses das ciências naturais. Os saberes *poiéticos*, a seu turno, referem-se aos conhecimentos próprios do fazer, da produção, do saber prático, remetendo-se à ordem da normatividade, da deontologia. Os saberes da *praxis*, por fim, referem-se à normatividade ética do agir,

⁸ Do grego, *theoréin* (ver, contemplar, enxergar as coisas do mundo). Seria um saber eminentemente descritivo. Por excelência a física (*physis* – natureza) e as ciências da natureza que se constituem como um saber desinteressado (que tem por fim o próprio saber).

⁹ Saberes do fazer, *poiéticos* ou produtivos não seriam descompromissados. Rigorosamente seria um saber prático e não uma ciência. Da ordem do normativo, do deontológico, com o fim da ação externo à própria ação. Do grego, *poiesis* (caráter produtivo). Atualmente, como vimos em Luhmann, seria o domínio da técnica.

¹⁰ Também seriam normativos, porém tendo em vista a vida como um todo. Focado no agir, e não no fazer. No agir, o fim da ação se encontra na própria ação. Do grego *praxis* (ação).

focalizando-se não no resultado prático da ação, mas na própria prática.

Ao privilegiar unicamente o conhecimento e as operações poiéticas, nossa cultura moderna não permite a abertura de muito espaço à construção de um pensamento sobre o conteúdo de nossas ações, sempre preferindo o foco em seus resultados. Assim, para responder às questões acima propostas, não devemos apenas nos ater aos aspectos poiéticos das operações a que os integrantes do sistema são convidados, mas também, e principalmente, à reflexão da práxis no sentido de buscar, com isso, um retorno à ética das ações, ainda que especializadas. Abordando essa questão, Lima Vaz (1999, p. 42) afirma que:

No domínio do *ethos*, diferentemente do hábito teórico da ciência ou do hábito poiético da técnica, o hábito é essencialmente finalizado pelo próprio bem do indivíduo que é a sua auto-realização segundo os valores do *ethos* socialmente legitimado. Como tal, o hábito exprime uma forma superior de excelência do indivíduo, sua *areté* ou virtude ética. A efetivação concreta do *ethos* como costume se dá, portanto, no *ethos* como hábito ou virtude do indivíduo. A prática virtuosa se torna, por outro lado, nas sociedades tradicionais, uma das formas mais eficazes da transmissão do *ethos* pela exemplaridade que alcança nos indivíduos que a tradição consagra como modelos ou paradigmas éticos. O fenômeno contemporâneo da irrupção do futuro como grandeza deontológica no universo ético do presente, analisada agudamente por Hans Jonas e que retira muito da eficácia exemplar dos paradigmas éticos do passado, pode ser apontado, sem dúvida, como um dos fatores determinantes do progressivo enfraquecimento das tradições éticas.

Portanto, enquanto o saber fazer tem por fim a perfeição do objeto, o saber agir terá por fim a perfeição do agente, buscando sua plenitude como ser humano. Esclarecedora a lição de Lima Vaz (1999, p. 116-117):

Nas ciências teóricas e poiéticas, o fim é a perfeição do objeto: ou a ser contemplado em sua verdade na teoria, ou a ser fabricado em sua utilidade na *poiesis*. Na ciência da *praxis* ou ciência prática, o fim é a perfeição do agente pelo conhecimento da natureza e das condições que tornam melhor ou excelente o seu agir (*praxis*).

Esse abandono da ética (além de outros fatores) na modernidade atual acaba por gerar um sentimento disforme, experimentado de forma ampla, chamado, por Freud, de “mal-estar” na civilização. Tal sentimento de ansiedade ou angústia, generalizado e coletivamente experimentado, seria característico e exacerbado na modernidade, sem excluir certa “*falta inerente e constitutiva do ser humano*”, que poderia ser apontada como existente em toda e qualquer época. Assim, segundo o pai da psicanálise:

É impossível fugir à impressão de que as pessoas comumente empregam falsos padrões de avaliação - isto é, de que buscam poder, sucesso e riqueza para elas mesmas e os admiram nos outros, subestimando tudo aquilo que verdadeiramente tem valor na vida. No entanto, ao formular qualquer juízo geral desse tipo, corremos o risco de esquecer quão variados são o mundo humano e sua vida mental (FREUD, 1997, p. 9).

Continua, o mestre de Viena, informando, no mesmo sentido que já apontamos, que a sociedade poietica tecnológica não incrementou a felicidade dos homens.

Contudo, parecem ter observado que o poder recentemente adquirido sobre o espaço e o tempo, a subjugação das forças da natureza, consecução de um anseio que remonta a milhares de anos, não aumentou a quantidade de satisfação prazerosa que poderiam esperar da vida e não os tornou mais felizes. Reconhecendo esse fato, devemos contentar-nos em concluir que o poder sobre a natureza não constitui a *única* precondição da felicidade humana, assim como não é o *único* objetivo do esforço cultural.

Já é tempo de voltarmos nossa atenção para a natureza dessa civilização, sobre cujo valor como veículo de felicidade foram lançadas dúvidas. (FREUD, 1997, p. 39-41).

Dessa forma, Freud (1997, p. 111-112) apontará a necessidade de repensar essa sociedade de indivíduos, de excessivo poder técnico-científico e alienação da esfera pública. Assim, concluirá seu trabalho dizendo que:

[...] não tenho coragem de me erguer diante de meus semelhantes como um profeta; curvo-me à sua censura de que não lhes posso oferecer consolo algum, pois, no fundo, é isso que todos estão exigindo, e os mais arrebatados revolucionários não menos apaixonadamente do que os mais virtuosos crentes.

A questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial. Os homens adquiriram sobre as forças da natureza um tal controle, que, com sua ajuda, não teriam dificuldades em se exterminarem uns aos outros, até o último homem. Sabem disso, e é daí que provém grande parte de sua atual inquietação, de sua infelicidade e de sua ansiedade. Agora só nos resta esperar que o outro dos dois 'Poderes Celestes', o eterno *Eros*, desdobre suas forças para se afirmar na luta com seu não menos imortal adversário. Mas quem pode prever com que sucesso e com que resultado?

Entendemos que efetivamente existe a premência de voltarmos nossa atenção para a civilização contemporânea. Nesse contexto, de acordo com o que fora acima assinalado por Lima Vaz, podemos repensar sobre a naturalização da necessidade de produtividade incessante e infinita com a irrupção do futuro e esvaziamento do presente. Nesta senda, volta-se às questões propostas, porém, agora, a serem analisadas sob um prisma de uma *poiesis* eticamente orientada em prol da permeabilidade ética das relações na *praxis* humana.

Logo, como primeira abordagem em proposta de resposta, temos que, por definição e necessidade de inserção do ser humano no tempo e espaço, o operador do sistema criminal deve se reconhecer como interno ao próprio. Tal gerará, *per se*, compromissos de inclusão, sob pena de a própria questão não fazer mais sentido (não haveria razão para o questionamento sobre o dever ético de um sujeito alheio ao sistema criminal respeitar suas operações fundantes).

Nesse diapasão, já se descarta uma simplista inicial proposta leviana de mera desobediência perene do sistema como a resposta ética à colisão entre a perversidade e a poiética criminal. Parte-se, portanto, da obrigação imanente do sujeito de respeitar a existência do sistema social que, entretanto, é tomado como passível de alteração. Não se quer dizer, com isso, que os sistemas devam se perpetuar e não possam se findar. O que se argumenta, claramente, é que, em determinada circunstância de tempo e espaço, não se pode afirmar que a atitude ética de um operador interno de um sistema existente e operante, porém perverso, seja a de ignorar sua existência. Assim, trata-se de decisão equivocada, a nosso ver, por exemplo, um policial que, ao perceber que o Direito Penal é extremamente seletivo (escolhendo as pessoas pobres como seu objeto privilegiado), decide, unilateralmente, sem nenhum tipo de processo controlado participativo discursivo, não mais realizar prisões de pessoas de baixa renda, ainda que em crimes violentos. Tal seria, simplesmente, a imposição autoritária de uma opinião pessoal, de modo arbitrário e descompassado com a vivência efetiva da prática social do momento.

Seguindo-se desse ponto em que o operador interno deve o mínimo respeito ao funcionamento do sistema, temos que sua ação, em processo, deve ser refletida de forma a expressar os ditames de uma ética do respeito à humanidade.

Nesse sentido, a necessária *poiésis* deve ser refletida sob um ângulo da *práxis*, visando à máxima perfeição do agente a se ver refletido no outro. Deve, agora, o operador abandonar o conceito da *poiésis* como um fim em si mesma (o saber instrumental pelo próprio saber instrumental), partindo para uma concepção da *poiesis* permeada pela *praxis*. Nesse sentido, entendemos, mais uma vez, adequada a discussão travada em nossa obra, que acaba permeando todo nosso entendimento a respeito da hermenêutica jurídica:

Esquecem-se os operadores do sistema jurídico, principalmente o criminal, que, parafraseando a citação do livro maior¹¹ [...], o *Direito existe para os homens, e não os homens para o Direito*. Portanto, não há o menor sentido em operações jurídicas que apenas possam ser compreendidas pelos supostos detentores do *código jurídico*. O Direito, a toda evidência, foi criado há milênios como um sistema eminentemente humano facilitador da convivência em uma comunidade, e não como uma nova língua a ser entendida e falada unicamente pelos doutos juristas. Melhor dizendo, o Direito (com maior razão em seu ramo criminal) existe visando a regulação da vida do cidadão comum (do pobre ao rico, do analfabeto ao doutor, do novo ao idoso) e não a do jurista, e assim deve ser tratado e compreendido. (ARAÚJO, 2009a, p. 2).

Nessa trilha, ante diversas possíveis propostas, sugerimos aquela que nos aparenta mais apropriada ao problema: a união, na ética das virtudes grega, dos conceitos de *hexis* (hábito) com o de *areté* (excelência).

Em primeiro lugar, a idéia de hábito nos permite compreender que o agir virtuoso é, em verdade, um processo, mais do que um momento final que será, algum dia, efetivamente alcançado. Vale citar a lição de Lima Vaz (1999, p. 120):

Em outras palavras, a Ética deverá responder à pergunta: quais os verdadeiros bens da vida humana e como classificá-los hierarquicamente? Portanto, sua finalidade como saber prático é responder à pergunta socrática: como devemos viver? A resposta imediata à primeira dessas questões, oferecida por toda a tradição do saber ético grego, é assim anunciada: os verdadeiros bens da vida humana são os que lhe trazem a verdadeira eudaimonia [felicidade] e, dentre eles, o mais perfeito é aquele cuja posse é fonte da eudaimonia mais perfeita; a questão socrática encontra, pois, sua resposta na Ética como ciência dos bens da vida humana, de sua ordenação segundo o grau de perfeição que lhes compete, e da forma de eudaimonia que deles resulta. É dessa finalidade que decorre, para Aristóteles, a natureza constitutivamente prática da Ética, pois nela não se investiga o que é em si a virtude, mas como nos tornamos bons – ou eudaimones – praticando-a.

No mesmo sentido, mais uma vez socorremo-nos da definição do léxico:

¹¹ “Sucedeu que, caminhando o Senhor em dia de sábado, por entre campos de trigo, os seus discípulos, enquanto caminhavam, começaram a colher espigas. Os fariseus diziam-lhe: Como é que fazem ao sábado o que não é lícito? Ele disse-lhes: Nunca lestes o que fez Davi, quando se encontrou em necessidade e teve fome, ele e os que com ele estavam? Como entrou na casa de Deus e comeu os pães da proposição, dos quais não é lícito comer, senão aos sacerdotes, e deu aos que com ele estavam? E dizia-lhes: O sábado foi feito para o homem, e não o homem para o sábado”. (Marcos 2, 23-27). Além disso, o compromisso do jurista deve-se dar em relação à realidade fática e única que perante ele se coloca e não ao respeito cego aos dogmas jurídicos e abstratos da “Ciência do Direito”.

Hábito: 1. Disposição duradoura adquirida pela repetição freqüente de um ato, uso, costume [...]. 2. Maneira usual de ser; [...] 5.Vestuário, indumentária. 6.Fig. Aparência exterior. (FERREIRA, 2004).

Agora, esta predisposição a determinada classe de condutas, adquirida pela repetição freqüente de atos no mesmo sentido, não será, de toda forma, tida como algo simples e trivial, sendo característica, verdadeiramente, dos fortes.

Tanto é assim que a própria etimologia do termo virtude (do latim *virtu* – virilidade; força – *vis*) mostra que, pelas exigências e renúncias que são exigidas em sua busca, tal não é própria dos débeis, estando enraizada a idéia de que apenas os guerreiros e os fortes de espírito podem almejá-la.

Os conteúdos das virtudes éticas, por sua vez, partem do próprio germe da argumentação e da comunicação entre seres humanos¹². Para efetivar uma comunicação racional e atualizar minha condição humana, devo considerar, em princípio, que meu interlocutor também é detentor de linguagem e razão. Nessa senda, o fundamento basilar da ética será tratar o outro como um semelhante, como alguém dotado de razão e, mais propriamente, de humanidade, donde decorrem todos os princípios éticos básicos¹³. Citamos lição de Comparato (2006, p. 102):

Mas qual o fim último da ordem ética, cuja culminância se encontra na organização política? Qual o sentido e a razão de ser da *polis*, afinal?

Para Platão e Aristóteles, a resposta a essa indagação capital é bem clara. A finalidade última do Estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens, sem exclusões ou restrições. A felicidade é, com efeito, o fim supremo da vida humana, aquele que se basta a si mesmo.

¹² Veja-se a lição de Adela Cortina (1992, p. 247): “Para esbozar una teoría de los derechos humanos es menester, en principio, aclarar qué se entiende con esta expresión. Entiendo por ‘derechos humanos’ aquellos que se atribuyen a todo hombre por el hecho de serlo. En nuestro caso esta definición tautológica quedaría precisada porque contamos con una pragmática lingüística como base para nuestra caracterización del hombre: entendemos por ‘hombres’ aquellos seres que poseen competencia comunicativa, o que podrían poseerla”.

¹³ A busca da felicidade ética, então, só pode ser alcançada num projeto de reconhecimento do outro. Nesse sentido, os ensinamentos de Yves de La Taille e Mário Sérgio Cortella (2005, p. 18-19): “Eu gostaria de lembrar, aqui, que ‘felicidade’, em grego, é eudaimonia, palavra com dupla acepção que pode nos ajudar nessa discussão. Ela é composta por ‘eu’, partícula ligada ao sentido de ‘bom’, e ‘daimonia’, termo derivado de ‘daimon’, isto é, o meu espírito interno, aquilo que os gregos chamavam de ‘estado de espírito’. Assim, quando estou com meu espírito bom, a eudaimonia, atinjo o estado de completude e, portanto, uma situação virtuosa. Mas o que se vê hoje? Há uma fratura muito forte do tema da felicidade no nosso cotidiano, pois não existe ‘felicidade individual’. A felicidade é como a liberdade: a liberdade não acaba quando começa a do outro; acaba quando acaba a do outro. Se algum ser humano não for livre, ninguém é livre. Se alguém não for livre do descaso, do abandono, ninguém é livre. Assim também se alguém não for livre da discriminação, ninguém é. Portanto, tanto a noção de felicidade quanto a de liberdade, são universais. É aí que elas se aproximam da ética no campo da própria universalidade”.

Todos os outros bens da vida não passam de meios para se atingir essa finalidade última.

Na visão platônica, a felicidade humana consiste em viver com justiça; e a justiça é, antes de tudo, a organização de uma sociedade política, em que os cidadãos sejam 'geometricamente iguais', ou seja, em que cada qual exerça, com igual consideração, a função particular que lhe for atribuída para o bem geral da coletividade.

Apesar da simplicidade da proposição, trata-se de algo árduo a ser posto em prática no dia-a-dia do sistema criminal. Existe visivelmente, pela forma como esse sistema foi historicamente construído (com relações que remetem ao pecado, ao abjeto e à contraposição à possibilidade de vida em comum – como os crimes de lesa-majestade e o interdito pré-histórico à violência), certo impulso à desumanização do criminoso.

Percebe-se, então, que figuras, que ganham a denominação de *autoridades*, acabam por ser revestidas de uma ascendência quase que naturalizada perante o *criminoso*, o *não-humano*. Das autoridades, espera-se a aplicação das penas como forma de expiação completa dos atos supostamente repugnantes. Essa expectativa acaba por gerar uma poíesis cega das autoridades que rejeitam qualquer problematização do fenômeno (como, por exemplo, entender os motivos do crime, o grau de culpa do criminoso, os fatores atribuíveis à sociedade e ao Estado, a função seletiva do Direito Penal, etc.).

Mais importante, na ânsia de *salvar a sociedade*, atendem efetivamente essas autoridades ao chamado à desumanização do criminoso. Assim, vemos que a questão inicialmente posta não trata simplesmente de operar ou não o sistema (não prender, não aplicar a pena, não denunciar, não impedir a ocorrência dos crimes, etc.), mas da forma específica como o sistema deva ser operado (a práxis do sistema).

O caminho ético para tal questão só pode ser trilhado pela adoção da ética como um chamamento à não violência ao outro. A atenuação do *império da poíesis*, com a constante junção da *areté* (com a necessidade de se acreditar consciente e racionalmente que o criminoso é, sempre, uma pessoa que deve ser respeitada – que teve seus determinantes e motivações para a prática do delito, abdicando de visões simplistas como *criminoso nato*, *malandro vagabundo*, *violento congênito*, *marginal*, entre outras), à *hexis* (prática, hábito constante), nos dará os ditames genéricos do que se espera de um operador de um sistema social perverso na modernidade tardia. ♦

4. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer*: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Brasport, 2009a.

_____. Sistema Criminal e Ética na Modernidade Contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poético e perverso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 884, p. 413-432, jun. 2009b.

_____. Fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 874, p. 429-444, ago. 2008a.

_____. O papel designado ao Promotor de Justiça Criminal: assegurador de privilégios da elite ou instrumento de mudança social? In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords). *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b. p. 581-602.

_____. *Coisa Julgada Inconstitucional*: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, v. 7, n. 13 e 14, p. 35-49, jan/jul. ago/dez. 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTELLA, Mário Sérgio; LA TAILLE, Yves de. *Nos Labirintos da Moral*. Campinas: Papyrus, 2005.

CORTINA, Adela. *Ética sin Moral*. 2. Madri: Tecnos, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. Versão 5.11a. 3 ed. Rio de Janeiro: Positivo, 2004.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272, p. 35-63, jun. 2000.

HASSEMER, Winfred. História das idéias na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 2. v. 6, 1994.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997a. p. 75-91.

LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997b. p. 37-48.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho como Sistema Social*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997c. p. 29-33.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la Sociedad*. México: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 200-201.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia IV: introdução à Ética Filosófica* 1. São Paulo: Loyola, 1999.