

## 6 BIBLIOGRAFIA

- BUHLER, Ottmar. *Principios de derecho internacional tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968. 395 p.
- CARVALHO, Fábio Junqueira de, MURGEL, Maria Inês. *IRPJ – Teoria e prática jurídica*. São Paulo: Dialética, 1999. 671 p.
- CASELA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. São Paulo: LTr, 1995. 718 p.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Noções de fiscalidade internacional*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1998. 55 p.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1998*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 7 ed., 423 p.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 72 p.
- FRANÇA, Júnia Lessa et al. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. Belo Horizonte: UFMG, 1998. 213 p.
- GUSTAFSON, Charles H., PERONI, Robert J., PUGH, Richard Crawford. *Taxation of international transactions*. Materials, text and problems. St. Paul: West Publishing, 1997. 947 p.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão*. Rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997. 346 p.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 1997. 127 p.
- UDINA, Manilo. *Il diritto internazionale tributario*. Padova: Cedam, 1949. 459 p.
- TORRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 605 p.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. 614 p.

## CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA: Uma questão de complexidade\*

Ana Paula Repolês Torres\*\*

### Sumário

1. Considerações preliminares.
2. Breve análise histórica.
3. Violência social – Violência legitimada pela sociedade funcionalmente diferenciada.
4. Violência familiar – A corrupção do código do sistema da família.
5. O delito como fenômeno social.
6. Conclusão.
7. Bibliografia.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Baseando-nos nos desenvolvimentos da teoria sistêmica de Luhmann e De Giorgi, pretendemos fazer uma análise da violência e da criminalidade como fenômenos inerentes a qualquer sociedade, seja ela antiga ou moderna, e não como desvios do ser humano capaz de ser considerado, face a tal fato, “anormal”. Isso não significa uma apologia do crime ou uma justificção da agressividade das pessoas; mas temos a intenção de tratar de modo não superficial tais questões, mostrando que a sociedade sempre legítima determinado tipo de violência e é catalisadora de comportamentos divergentes. As pessoas ficam aterrorizadas com os altos índices de criminalidade e violência da sociedade atual, mas não conseguem enxergar o que há por trás dessa situação.

\* Artigo elaborado durante pesquisa desenvolvida sob orientação dos Profs. Juliana Nevenschwander Magalhães e Carlos Augusto Canêdo, financiada pelo CNPq.

\*\* Aluna do 7º período do curso de graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

São realizadas, freqüentemente, pesquisas sobre as causas de tais fatos e executados projetos que, muitas vezes, não solucionam as questões, legitimando a formulação de novos programas de prevenção. Não é possível, através da análise do passado, saber *com segurança* o que acontecerá no futuro. Por outro lado, toda enumeração de causas, por ser construção de um observador, é contingente e, portanto, uma “atribuição” causal. Por isso, quando falamos da estrutura da sociedade como catalisadora de comportamentos desviantes, não pretendemos afirmar que essa é a razão da existência de crimes e atos violentos, mas sim que contribui para a sua ocorrência, sendo estes gerados por múltiplos e complexos condicionamentos.

Como toda observação, nosso estudo constitui um dos ângulos possíveis de enxergar a violência e a criminalidade. Aqui analisaremos o componente histórico e social dos comportamentos desviantes, verificando se é adequado que o encargo das *funções e disfunções* estruturais da sociedade recaia somente sobre a pessoa que cometeu determinado comportamento violento ou crime.

O marco teórico adotado abandona a lógica clássica ao substituir a análise a partir do esquema sujeito/objeto pelo uso de distinções, já que a cientificidade clássica pressupunha certa neutralidade que não pode ser verificada empiricamente. O homem não consegue enxergar a si mesmo como observador. Não é possível captar a “essência” dos fenômenos sociais pelo fato de que toda análise é uma construção de um observador, logo, toda descrição cria aquilo que é descrito. No lugar dos objetos falamos em formas. De acordo com George Spencer Brown, uma distinção é uma forma de duas partes, e quando se indica uma das partes faz-se simultaneamente referência à outra. Mas, para o observador que indica uma parte, a outra fica invisível e é necessário tempo para que ele mesmo atravessasse a distinção. Por exemplo, quando o sistema jurídico diz o que é o direito, ao mesmo tempo revela o que não é direito, mesmo sem enxergar esse lado da distinção.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sobre a lógica das formas de George Spencer Brown, ver: DE GIORGI, Raffaele. LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. 5 ed., Milano: Franco Angeli, 1993, cap. 1.

Quando perguntamos pelo fundamento último de qualquer distinção, sempre nos deparamos com um paradoxo: a distinção constitutiva de todos os sistemas sociais. É moral ou imoral o sistema da moral dizer o que é bom e o que é mau? É direito ou não direito o sistema jurídico dizer o que é legal e o que não é? Para responder a esta pergunta, Kelsen recorreu à norma fundamental. A validade das normas decorreria, para ele, de sua conformidade com as normas superiores, até a Constituição que, em última instância, funda-se na norma fundamental. Mas do quê e de onde decorre a norma fundamental? Não seria ela somente uma ficção de Kelsen para interromper a circularidade do sistema jurídico (o fato de que só o direito produz direito)? Os sistemas, para superarem a tautologia e continuarem operando, têm a necessidade de ocultar seus paradoxos constitutivos e o fazem através da introdução de assimetrias que, por sua vez, são novas distinções. O direito, ao longo de sua evolução, já utilizou diversas assimetrias, como a Religião e a idéia de Justiça. O sistema jurídico tinha o direito de dizer o que era e o que não era direito porque realizava Justiça, ou porque Deus assim o quis. A assimetria é uma forma de fundamentação dos sistemas que lhes garante descrever seu operar com base em suas próprias distinções, de uma forma não circular. Como veremos oportunamente, nas sociedades funcionalmente diferenciadas, as assimetrias tornam-se mais evidentes e tendem a se projetar para o futuro, na medida em que normalmente aparecem na forma de programas. Tal fato ocorre quando uma distinção exterior é receptada por determinado sistema, não como forma de corrupção de seu código, já que a inserção é feita pelo próprio sistema, mas como orientação secundária à sua atuação. Por exemplo, quando a distinção homem/mulher é introduzida no sistema jurídico e este estabelece, com base em seu código direito/não direito, um certo número de vagas para as mulheres nos órgãos legislativos. Podemos, então, denominar tais programas como medidas compensatórias ou ações “afirmativas”.

Para o desenvolvimento deste trabalho, mister se faz a especificação do que entendemos por crime e por violência. Um fato não é delito por si só, é o direito que o rotula como tal, ou seja, nosso conceito de crime se asse-

melha muito à definição de Kelsen do direito e, portanto, do delito (do não-direito), como esquema de interpretação do mundo. Analisaremos sucintamente o crime nas várias formas de diferenciação social até chegarmos à sociedade moderna, quando discutiremos mais a fundo o que é o delito e quais as repercussões de tal conceituação.

Por violência entendemos toda agressão à “humanidade” do homem. Para precisarmos melhor esta afirmação, é importante ressaltar que, para a teoria sistêmica, o homem não faz parte da sociedade, ele é ambiente desta. Toda distinção pressupõe dois lados: quando se indica um lado, o outro também é definido como a outra parte do que está indicado. Quando se fala em sistema, determina-se ao mesmo tempo o que está excluído desse sistema, isto é, o seu ambiente. Como parte de uma distinção, o homem não é nem inferior nem superior à outra parte; os dois lados se dão simultaneamente e tal aparato metodológico não tem nenhum significado valorativo. O sistema psíquico só existe em contraposição à sociedade, o que muda é o enfoque: podemos tratar do sistema social em detrimento do seu ambiente, o homem, bem como poderíamos analisar o sistema psíquico em contraposição a seu ambiente, a sociedade. O sistema psíquico é, portanto, ambiente da sociedade e é importante para esta na medida em que exterioriza suas percepções na comunicação social, sendo a *pessoa* uma construção social para identificação de determinado sistema psíquico. Toda agressão à pessoa se caracteriza como violência, cuja manifestação pode se dar de diversas formas: como violência estrutural, ao excluir a pessoa de determinado sistema social; como ataque à integridade física da pessoa; ou como agressão ao sistema psíquico de determinada pessoa.

Citaremos a seguir vários tipos de violência em diferentes sociedades, detendo-nos mais na sociedade atual, pela necessidade de um estudo mais aprofundado da violência e da criminalidade, já que esses fenômenos aumentam a cada dia, e para tanto evidenciaremos a relação da estrutura social com as diversas formas de violência.

## 2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

O problema da violência e da criminalidade não é uma questão relacionada à natureza do homem ou *simplesmente* uma escolha dele; toda sociedade define o que é para ela crime, ao mesmo tempo que legitima determinadas formas de violência.

As sociedades segmentárias, aquelas comunidades primitivas e primordialmente as sociedades antigas que se constituíram de sistemas iguais, sejam eles tribos, clãs ou famílias, não possuíam um direito predefinido. A utilização da força física para defesa pessoal ou da família era a própria manifestação e confirmação do direito; a vingança tinha a função simbólica de manutenção da expectativa do ofendido, ou seja, do agredido afirmar que era ele quem estava com razão naquele caso. Os delitos, portanto, não eram designados de antemão, mas deveria haver uma reação dos ofendidos ou dos deuses para que a pessoa fosse considerada criminosa.

A religião era uma forma de assimetria que se estabelecia até no âmbito interno da família. De acordo com Fustel de Coulanges, em sua obra *A Cidade Antiga*, as famílias gregas e romanas antigas estabeleciam uma religião de culto aos mortos, sendo que os chefes das famílias se tornavam deuses depois da morte e simbolizavam a união de sua família. A pertinência ou não a uma família se dava pelo culto aos deuses mortos, e não pela relação de consanguinidade. É importante ressaltar que a distinção homem/mulher era introduzida no contexto dessa assimetria pela religião, já que os homens se tornavam deuses depois da morte, e as mulheres, depois de casadas, tinham de mudar de família e de religião.

Como em tais sociedades a vingança era um fenômeno social normal e independente de uma regulação anterior, a violência era legitimada como forma de afirmação do direito. Somente mais tarde é que foi estabelecido o princípio do Talião como forma de moderar a represália através da máxima “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”. No entanto, as interpretações do Talião foram variadas, alguns vendo um sentido metafórico em tal princípio, ao tirar dele a noção da proporcionalidade da vingança ao

mal cometido contra o ofendido; outras interpretavam de modo literal, retribuindo a uma lesão outra lesão – a um homicídio, uma morte.

Nas sociedades hierarquicamente diferenciadas, como os da Idade Média, onde havia igualdade no interior de cada classe e relação de dominação no nível vertical, não havia uma separação nítida entre direito e moral. Quem ia contra a ordem moralmente estabelecida, após a decisão de um juiz, podia ser considerado criminoso ou não. Apesar do princípio do Talião, as penas impostas eram atrozes, devido à crença de que, quanto mais cruel a pena, maior o exemplo dado à população e maior a eficácia da prevenção. O que seria bem mais tarde combatido por Beccaria, ao demonstrar a ilegalidade e a inutilidade das penas atrozes, já que as pessoas não abdicariam de sua própria vida na formação do contrato social e, por outro lado, a pena para tal autor teria mais eficácia quanto maior sua duração, e não na proporção da crueldade, pois os atos atrozes e passageiros eram facilmente esquecidos.

O poder era exercido pelos nobres, pelos ricos, pelos homens, enfim, toda distinção tinha a hierarquia como forma de assimetria e como dado ontológico. As relações de subordinação legitimavam a violência contra as partes das distinções consideradas inferiores. Em relação à questão de gênero, não poderia ser diferente: a distinção estruturante do sistema da família, isto é, a distinção mulher/homem, era assimetrizada pela hierarquia, e a dominação do homem sobre a mulher não era considerada uma forma de violência.

Nas sociedades hierarquizadas havia um único modo de se ver a sociedade: indicando-se o vértice como ponto preferencial de observação e de descrição. Na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, não existe uma relação de superioridade entre os seus sistemas, há igual importância entre os sistemas e distintos modos de se descrever a sociedade. Entende-se por funcionalmente diferenciada a sociedade que possui diferentes sistemas, cada um com uma função específica, como o direito, a política, a economia, a família. É uma sociedade hipercomplexa devido às diferentes possibilidades de agir, gerando a necessidade de formação de sistemas cada vez mais

específicos para orientação da ação. É claro que na atualidade ainda existem agrupamentos sociais que possuem as formas segmentárias e hierárquicas de diferenciação social, como nos países islâmicos, onde a religião se sobrepõe aos demais sistemas sociais e não há uma plena diferenciação entre os sistemas. Nesses países, a subordinação da mulher não é encarada como forma de violência pela própria sociedade. No entanto, há um predomínio da diferenciação funcional como forma de organização das sociedades atuais.

O direito nas sociedades funcionalmente diferenciadas se positivou, isto é, houve uma concentração do poder de decisão no sistema da política que não está mais atrelado a nenhum outro sistema, só deve atentar para os limites impostos pelo sistema jurídico a fim de que possa ser considerado legítimo. Por outro lado, o sistema jurídico é uma generalização de expectativas contrafáticas, ou seja, ele é válido mesmo que um caso concreto contrarie suas normas, inclusive a validade decorre justamente do fato de as normas resistirem às suas transgressões.

### 3 VIOLÊNCIA SOCIAL – VIOLÊNCIA LEGITIMADA PELA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA

A questão da violência na sociedade moderna possui um pano de fundo que deve ser ressaltado: existe um tipo de violência que é legitimado pela estrutura da sociedade moderna, pois, ao contrário do que pensavam os iluministas, a sociedade atual é constituída por profundas desigualdades. A idéia de que todas as pessoas são universalmente incluídas em todos os sistemas sociais, como a política, a economia, o direito, a saúde, é uma falácia. Devido à diferenciação funcional, cada sistema social exclui ao se distinguir; ao incluir, portanto, não tem sentido falar em inclusão universal. A exclusão nada mais revela do que a outra parte da distinção constitutiva dos sistemas sociais. A ideologia da igualdade é aceita na medida em que

cada sistema, *a priori*, não pode tratar de maneira desigual as pessoas, podendo fazê-lo apenas mediante “justificação” criada pelo próprio sistema. O sistema educacional, por exemplo, exclui pessoas que não são bem sucedidas nos trabalhos e provas, ou seja, o sistema exclui com base em seu próprio código. Mesmo se todas as pessoas tivessem igual acesso à educação, com certeza umas se sobressairiam às outras, pelo simples funcionamento do sistema. A exclusão reentraria na inclusão.

A não-inclusão nos sistemas é uma forma de violência e pode provocar nas pessoas que não aceitam tal racionalidade funcional uma reação também violenta. Não se pode dizer que as pessoas agirão desse modo; elas podem aceitar tal exclusão e confortar-se com crenças religiosas, por exemplo. Mas deve-se ressaltar a possibilidade de uma reação violenta em face das desigualdades criadas pela própria sociedade, reação que depende de como os sistemas psíquicos lidarão com a questão da exclusão. As pessoas podem sentir certo mal-estar ao serem excluídas de determinado sistema e ao constatarem que este opera de forma cega, isto é, não enxerga a outra parte da distinção. Maior é a probabilidade de uma reação violenta quando uma mesma pessoa é vítima da exclusão de vários sistemas ao mesmo tempo, ou seja, quando os códigos dos sistemas são corrompidos e eles passam a funcionar com um código que não é o seu. Por exemplo, quando o direito exclui pessoas que não possuem elevado poder aquisitivo, ocorrendo nesse caso uma rede transversal de inclusão da economia no direito, sendo o código deste substituído pela comunicação específica do sistema econômico.

Essas redes transversais de inclusão, que corrompem os códigos funcionais, são caracterizadoras das “periferias da modernidade” e dificultam a plena diferenciação funcional. É o caso do Brasil.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sobre inclusão/exclusão ver: COLÓQUIO INTERNACIONAL “REDES DA INCLUSÃO: a construção social da autoridade”, México, 1997. DE GIORGI, Raffaele. *Redes de la inclusión* e MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão* (manuscritos).

Um ato violento pode estar tipificado e representar um certo crime, mas nem toda violência se caracteriza como delito na sociedade moderna. O sistema jurídico pode, através do seu código legal/ilegal, normatizar determinados tipos de violência.

#### 4 VIOLÊNCIA FAMILIAR—A CORRUPÇÃO DO CÓDIGO DO SISTEMA DA FAMÍLIA

Como este trabalho tem a pretensão de analisar de um modo geral a relação da estrutura social com as diversas formas de violência e criminalidade, a constante referência à questão da violência “doméstica” é meramente ilustrativa. Por isso já recorreremos a ela na introdução e análise histórica. Mas, para uma maior compreensão, especificaremos agora o que entendemos por violência familiar.

Não usaremos a distinção violência urbana/violência doméstica porque a distinção entre o público — o âmbito da sociedade política — e o privado — o âmbito da sociedade civil — de acordo com a tradição liberal e republicana, não tem sentido para a teoria sistêmica. O sistema familiar é parte da sociedade como qualquer outro sistema, já que se utiliza da comunicação, que é a operação que distingue a sociedade de seu ambiente. Para uma maior precisão teórica, utilizamos os termos *violência familiar* para designar qualquer forma de violência que esteja relacionada com os *laços íntimos* de uma família, e *violência social*, qualquer forma de violência que ocorra em sociedade, inclusive no âmbito familiar.

Ao tratarmos da família, constatamos que ela se constitui como um sistema anômalo, pois, apesar de possuir um código próprio, que é o amor (tal como entendido pela teoria sistêmica: como meio de comunicação simbolicamente generalizada) às vezes tal distinção não orienta a comunicação no sistema familiar. O amor se caracteriza pela orientação a partir do mundo do outro de forma recíproca, dando lugar a relações de caráter íntimo. Mas, na família, nem todas as comunicações dizem respeito às pessoas que a

integram. A comunicação versa também sobre problemas cotidianos que não estão diretamente ligados à intimidade das pessoas; por isso se diz ser um sistema anômalo, já que nem sempre o amor está presente como código do sistema familiar.

Apesar de muitas vezes não ser a orientação da ação no âmbito familiar, o amor é o código específico de tal sistema e não a distinção homem/mulher. O que orienta a relação familiar não é mais a divisão do trabalho e o papel da mulher e do homem, mas sim uma relação mais íntima, na qual o agir de um se baseia na vivência do outro.

“A regulamentação das posições na relação sexual, por exemplo, que era considerada normal e natural, é colocada em discussão e é liberalizado um tratamento individual. Ela, em cada caso, não vem mais legitimada recorrendo à natureza do homem e da mulher. Também as prescrições sociais sobre a responsabilidade primária para o sustento da família, sobre a divisão do trabalho, e sobre a diferenciação das regras na educação dos filhos são criticadas (e não somente pelas feministas), e apresentam dificuldade de legitimação.”<sup>3</sup>

A distinção homem/mulher pode ser introduzida como assimetria na forma de programas para organização das atividades domésticas ou educação dos filhos, mas nunca pode definir de modo ontológico a relação familiar. A sociedade não mais aceitaria este fato. A desigualdade constitutiva de tal distinção deve ser “levada em conta” e a relação entre os dois lados da distinção deve se dar de forma heterárquica, alternando-se as relações de subordinação de acordo com os programas familiares.

A violência doméstica é a corporificação da corrupção do código, já que a distinção homem/mulher é introduzida de modo transversal, sobrepondo-se ao código do sistema familiar. Ela revela nada mais do que a subordinação da mulher em relação ao homem, ou vice-versa, privilegiando

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. *Donne, Uomini e George Spencer Brown*. Lecce: Pergola Monsavium, 1992. p. 57-58.

um dos lados da distinção. Outras formas de discriminação contra a mulher na sociedade também se caracterizam como forma de corrupção de códigos. Um exemplo disso é o fato de que ser homem ou mulher é irrelevante para o sistema político, mas na prática, em vez de simplesmente operar com seu código – o poder – este sistema introduz a distinção mulher/homem privilegiando o lado masculino. A adoção de medidas afirmativas então se faz necessária para amenizar essa desigualdade historicamente construída. Como já afirmamos, a adoção da política de quotas nos órgãos legislativos, na Central Única dos Trabalhadores (CUT) e no Partido dos Trabalhadores (PT), mostra-se como a introdução da distinção homem/mulher como programa, uma forma de assimetria. Só que muitas vezes as ações afirmativas geram novas exclusões, pois não é uma questão somente de criação de normas que estabeleçam determinado número de vagas para as mulheres; existem certas peculiaridades com relação à atuação política feminina que precisariam ser discutidas. A situação é muito mais complexa.

Importante papel tiveram os movimentos feministas no sentido de tematizar a diferenciação funcional do sistema familiar, não mais atrelado a qualquer outro sistema, como a religião ou a política. Nas sociedades diferenciadas de forma segmentária e hierárquica, a pertinência a uma família determinava a inclusão da pessoa em outros sistemas. Agora o sistema familiar está separado dos outros sistemas parciais da sociedade e possui um código próprio, não sendo mais a distinção homem/mulher base de constituição de tal sistema.

Como afirma Luhmann,<sup>4</sup> os movimentos sociais são como “cães que ladram” e funcionam como forma de auto-observação da sociedade. Por meio deles, a sociedade toma ciência dos aspectos negativos de seu operar. O movimento feminista, ao questionar através da comunicação a utilização

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 1992, p. 191.

da distinção homem/mulher como estruturante ontológica do sistema familiar, contribuiu para plena diferenciação deste e para pôr fim à máxima de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”.

Na verdade, não existe um só feminismo, o que há são vários movimentos com bases ideológicas diversas, mas que possuem um fim comum: eliminar a discriminação contra a mulher. Muitas vezes essa diversidade ideológica é um empecilho à plena concretização de seus fins, já que torna difícil o trabalho conjunto. Aliás, esse é o grande impasse que precisa ser solucionado para a continuidade da luta feminista. O que não está explícito na falta de integração desses movimentos é que há uma questão de “vaidades” ocultas por posições ideológicas, fazendo com que eles não consigam trabalhar de forma conjunta, embora possuam um fato agregador, qual seja, a tematização da mulher na sociedade. Outra barreira que existe à concretização do ideário feminista é o sentido pejorativo que lhe é atribuído pelo fato de o senso comum enxergar todos os movimentos atuais como bandeiras do feminismo dos anos 70. Este movimento propunha que a mulher “despisse o sutiã”, ou seja, para que ela realmente fosse livre teria de se espelhar no homem ou deveria subjugar-lo. No primeiro caso, ela estaria tentando se igualar ao modelo masculino dominante; no segundo, somente invertendo a hierarquia. Isto é, a idéia de superioridade de um dos lados da distinção não estaria eliminada. Se os movimentos atuais não trabalham mais com essa lógica, é preciso alterar a semântica social que lhes corresponde.

Uma crítica que pode ser feita ao movimento feminista (não a todo o movimento, pois, como já foi ressaltado, ele não é único) é que, se ao longo de sua história ele tentou destruir o papel imposto às mulheres pela sociedade patriarcal, é um erro colocar no lugar um novo estereótipo, um modelo de mulher realizada, uma intelectual de classe média. A realização da mulher, tanto quanto a do homem, passa por uma escolha pessoal, e não pela imposição social. Se uma prostituta tem este ofício porque gosta (o que deve ser raro por ser a prostituição hoje mais uma forma de sobrevivência), ou se uma trabalhadora rural ou doméstica se realizam enquanto tal, todas se contrapondo à postura passiva historicamente destinada à

mulher, elas provavelmente têm interesses que poderiam ser incluídos na pauta feminista.

## 5 O DELITO COMO FENÔMENO SOCIAL

Como determinadas formas de violência podem se caracterizar como crimes, é importante especificar o que entendemos por delito na sociedade moderna. O crime não pode ser atribuído à natureza humana; ele é definido socialmente e representa a complexidade da sociedade por ser um comportamento diferente do esperado. Toda norma, como toda operação social, é comunicação. No entanto, certas normas são tão óbvias que não necessitam de força para se estabilizar. Podemos exemplificar com as leis naturais, já que ninguém se arrisca a construir uma casa sem se atentar para as leis técnicas. O caso dos deficientes mentais não é diferente. Toda comunicação diversa da “normal” na sociedade é atribuída a uma deficiência do ser humano, pois essas expectativas comportamentais são tão auto-evidentes que qualquer desrespeito a elas significa que a pessoa é “anormal” e deve ser afastada da convivência social, já que não possui capacidade para incorporar os padrões de conduta generalizados. As normas jurídicas, apesar de não serem leis naturais e de, às vezes, precisarem de força para se impor, representam as expectativas generalizadas de uma dada sociedade. São construções sociais e, como toda construção, levam em si a possibilidade de serem diferentes. Tal como no caso dos deficientes mentais, os criminosos, por não corresponderem às expectativas sociais, são considerados “anormais” e afastados da convivência social.

“A sanção contradiz o projeto de mundo do transgressor da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.”<sup>5</sup>

<sup>5</sup> JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 19.

O delito revela a complexidade social, isto é, constata que existem mais possibilidades comportamentais do que aquelas designadas pelo direito, e tem seu lado positivo à medida que contribui para a mudança social. Determinados comportamentos, hoje considerados criminosos, podem ser generalizados e absorvidos pelo código do direito. Como exemplo citamos o aborto: se não fossem cometidos muitos crimes desse tipo não haveria tanta discussão social a respeito de tal norma, o que pode provocar no futuro uma modificação no código do direito, passando a não mais considerar o aborto como crime, ou a prever mais hipóteses de admissibilidade da sua prática. Disto já estava ciente Durkheim:

“A liberdade de pensar que desfrutamos atualmente jamais poderia ter sido proclamada se as regras que a proibiam não tivessem sido violadas antes de serem solenemente abolidas.”<sup>6</sup>

É claro que não é na aplicação da pena que o direito será alterado; muito pelo contrário, a pena é um instrumento criado pelo sistema para reafirmação das normas vigentes. Para que o direito se altere é necessário que a comunicação social crie nova norma em detrimento da anterior. A norma é comunicação!

Se há corrupção nos atuais sistemas penais – corrupção esta entendida como a utilização pelo sistema jurídico de códigos pertencentes a outros sistemas, como a inclusão de pessoas excluídas dos demais sistemas sociais, isto é, a operação seletiva do direito ao penalizar somente aqueles que não têm acesso ao sistema econômico, educacional, etc., deixando de lado o seu código legal/ilegal –, isso não é justificativa para que o direito, e em consequência o Estado, deixe de regular e interferir em tais condutas. A proposta da corrente abolicionista da atual política criminal de extinção do sistema

<sup>6</sup> DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 165, p. 86.

penal, passando os conflitos a serem resolvidos de maneira informal, seria uma solução interessante se na sociedade atual acreditássemos que as pessoas, como seres racionais, solidários e compreensivos, pudessem resolver seus problemas na base do diálogo, do acordo, do perdão. Realmente seria uma sociedade ideal, pelo menos para os cristãos. Mas para aceitar essa posição teríamos de acreditar que o ser humano, no atual contexto social, econômico e político, fosse capaz de resolver seus conflitos de forma harmônica, sem apelar para a violência, o que achamos praticamente impossível, a menos que abstraíssemos e, como num sonho, fechássemos os olhos para a realidade.

Diversas correntes criminológicas atribuíram à pena esperanças de produção de conseqüências psicológicas, sociais e individuais, como a idéia de prevenção especial positiva, tendo a pena a função de ressocialização do criminoso. No entanto, a realidade coloca por terra tais pretensões, e isso se deve simplesmente ao fato de que os sistemas psíquicos são ambiente do sistema social, operam com suas próprias distinções e, portanto, o sistema penal não tem como controlar os homens, fazendo com que eles *realmente* incorporem as expectativas normatizadas. A função básica da pena é a confirmação da identidade não modificada da sociedade; se a ela são atribuídas outras funções de caráter psicológico, estas deverão ser vistas como prestações acessórias, mas que não necessariamente produzirão os resultados desejados. Se há riscos de que essas funções de caráter psicológico não aconteçam, isto não é motivo para não buscá-los. É preciso encontrar alternativas viáveis e plausíveis na de nossa realidade socioestrutural.

O modelo adotado pelo sistema penal é paradoxal: pretende gerar a inclusão através da exclusão, isto é, procura fazer com que os criminosos incorporem as expectativas sociais sem ter nenhum contato com elas, à medida que são confinados em estabelecimentos penais, distantes do convívio social. Mesmo quando saem da prisão, quando já estão convivendo com os “normais”, eles passam a se comportar de acordo com as expectativas que a sociedade tem em relação a eles, ou seja, como eternos criminosos. Não só por um imperativo ético, mas também por uma questão de *segurança públi-*

ca, a sociedade deveria reconhecer a normalidade do delito e tratar o diferente como uma pessoa qualquer que cometeu erros, mas que é capaz de mudar. Mais do que repressão, o criminoso precisa de que a sociedade o ajude e acredite em sua “recuperação”. Se uma pessoa é desacreditada por todos, dificilmente confiará em si mesma. Se, por outro lado, atentarmos para o fato de que a sociedade se autodefine como democrática e que ela própria tem um papel central na gênese da violência e da criminalidade, fica mais evidente a tolerância que deve ser dirigida aos comportamentos desviantes. Bons frutos daria o aumento da participação social na execução penal, seja através de uma maior aplicação das penas de prestação de serviços à comunidade, seja por uma efetiva atuação dos Conselhos da Comunidade ou de qualquer outra opção que não afaste os criminosos dos valores que devem respeitar. Um exemplo nos é dado pela prisão de Bragança Paulista: a comunidade, através de uma associação civil, tomou para si a responsabilidade de administrar a prisão, tendo como lema a reconstrução da auto-estima do infrator, para que ele se estruture e corresponda às expectativas sociais, e não a degradação da sua personalidade. Não que essas alternativas por si sós sejam garantias de sucesso ou de “felicidade” para os presos, mas, como alternativas, correm inclusive o risco de ser “felizes”.

Durkheim lança a noção de normalidade do crime por ele ser um fenômeno presente em todas as sociedades e por apontar a utilidade do delito para as mudanças sociais. A grande diferença entre Durkheim e Luhmann é que este, apesar de atribuir função específica a cada sistema social, afirma que os sistemas são independentes e, em vez da cooperação defendida por aquele, muitas vezes criam obstáculos para que os demais sistemas executem suas funções. Isso se deve ao fato de que seus componentes só se preocupam com as próprias operações, e por isso faz-se necessária a presença do direito para harmonizar a relação dos demais sistemas. Pode acontecer que uma operação do sistema econômico ponha em risco uma determinada atividade política ou até mesmo um plano educacional; os sistemas, portanto, não possuem intrinsecamente uma forma de cooperação. Ao contrário, à medida que os sistemas se especializam, a tendência é se preocuparem com

suas funções específicas, independentemente da repercussão de suas decisões no todo social. É ilusória, portanto, a noção do direito como uma varinha de condão capaz de resolver todos os problemas sociais: o direito é somente um dos instrumentos de integração social. Se um sistema específico muda, não quer dizer que haverá comprometimento do todo social.

E o que vem a ser a normalidade do delito para a teoria sistêmica? Nas sociedades segmentárias e hierárquicas buscavam-se fundamentos exteriores ao sistema do direito para justificar sua unidade. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas, com a decadência da assimetriação pelo princípio da igualdade, reaparece o paradoxo constitutivo do sistema do direito, ou seja, é colocado em evidência que o sistema jurídico é autopoietico, ele próprio cria as condições para sua operação, e não mais é atribuído a Deus ou à natureza humana a fundamentação para sua existência. A teoria sistêmica pretende se desvincular de toda ideologia histórica do tipo idealista, mas isso não significa que, por não se justificar moralmente, os sistemas percam possível conteúdo ético. A ditadura brasileira da década de 60 tinha ampla fundamentação moral. **Brasil, ame-o ou deixe-o.** A justificação moral garante alguma coisa? E que moral é essa? É claro que dessa forma estamos escancarando o risco de cairmos em uma ditadura, mas aí não estaremos mais em um Estado Democrático de Direito, já que a democracia, tal como entendida pela teoria dos sistemas, como possibilidade de alteração das decisões tomadas, não mais existiria.<sup>7</sup> Busca-se, então, a unidade do direito não em fundamentos exteriores, mas no próprio fechamento operacional do sistema jurídico, sendo tal “unidade” constituída pela distinção legal/ilegal. Em outras palavras, encara-se que tanto o comportamento conforme quanto o comportamento divergente fazem parte do sistema jurídico, logo, o delito é inerente à sociedade.

<sup>7</sup> Sobre o tema: DE GIORGI, Raffaele. Problemas de governabilidade democrática. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 4, p.7-47, jul./dez. 1995.

Então, por ser o crime um fenômeno social normal presente em qualquer sociedade, muitas vezes apontando para uma mudança social, e pelo papel catalisador de comportamentos divergentes da estrutura social, tornando o crime uma forma de adaptação à exclusão dos sistemas parciais, não podemos pensar o criminoso como um “doente” que precisa ser afastado do convívio social para ser “tratado”. A sociedade deve assumir sua cota de responsabilidade pela geração dos comportamentos desviantes e alterar a semântica que atribui ao crime, atuando na aplicação da pena a fim de torná-la mais eficaz, e não simplesmente excluir o criminoso da sociedade com a hipócrita pretensão de ressocialização.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, podemos afirmar que a violência e a criminalidade variam de acordo com a complexidade social, não podendo ser atribuídas ao ser humano individualmente. A violência familiar não está somente relacionada à subordinação da mulher ao homem, ou vice-versa; é muito mais complexa. A exclusão dos sistemas sociais, que pode ser ilustrada com o desemprego, o analfabetismo, etc., não constitui justificativa para a ocorrência desse tipo de violência, mas mostra-nos que são diversos os seus condicionamentos.

A questão da violência familiar, que utilizamos durante todo o trabalho para exemplificar a violência e a criminalidade, revela-nos a complexidade de tais fenômenos. Neles estão envolvidos vários fatores que têm de ser levados em conta quando da proposição de políticas no sentido de combatê-las. De modo contrário, se forem realizadas análises superficiais, corre-se o risco de serem tomadas medidas paliativas que não atacarão o cerne da questão, por apresentarem objetivos incompatíveis com a realidade socioestrutural. Cabe ressaltar, entretanto, que o conhecimento da complexidade de tais fenômenos não é, por si só, garantia de “sucesso”. Mesmo porque deve ser questionado o que a palavra “sucesso” significa. Por exem-

plo, se este só for obtido quando da eliminação do crime, nunca será alcançado, já que o direito só existe em contraposição ao não-direito.

Se na sociedade atual surgem sempre novos conflitos, é sinal de que a complexidade aumenta a cada dia e mister se faz, portanto, a presença do direito para selecionar, entre as diferentes possibilidades do agir, as expectativas generalizadas na sociedade. A superprodução de possibilidades aparece no nível temporal, a partir da existência de diversas expectativas normativas que, ao serem institucionalizadas, são selecionadas na suposição do consenso de terceiros. A linguagem e o contexto de definições de sentido das normas na prática jurídica fixam o sentido, gerando a estabilização de tais expectativas.

Se atentarmos para o fato de que estamos em um Estado Democrático de Direito, maior tolerância deverá ser atribuída aos comportamentos desviantes, já que o que caracteriza a democracia na modernidade é poder decidir de modo sempre diferente. A reflexividade é a base da moderna sociedade, à medida que não se aceitam mais os fatos como dados ontológicos, mas leva-se em conta o processo de seleção e construção da vida social que, como toda criação, poderia e poderá ser diferente.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- BARALDI Claudio; Corsi, Giancarlo e Esposito, Elena. *Luhmann in glossario*. Milano: Franco Angeli, 1996. 190 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 1993. 120p.
- BORBA, Ângela e outras (Comp.). *Mulher e política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998. 239 p.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. 641 p.

- DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'ugualianza e dell' equità. *Sociologia del Diritto*, n.1, 1991.
- \_\_\_\_\_. Problemas de governabilidade democrática. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 4, p.7-47, jul./dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. Redes de la inclusión. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL "REDES DA INCLUSÃO": a construção social da autoridade, 1997, México (manuscrito).
- \_\_\_\_\_. *Risco, mal-estar e desvio*: reflexões sobre a violência e os menores. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. 5 ed., Milano: Franco Angeli, 1993. 400 p.
- DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Trad. de Aníbal Bruno. Buenos Aires: La Pleyade, 1970. 128 p.
- \_\_\_\_\_. *O suicídio*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, s.d.. 314 p.
- ESPOSITO, Elena. Donne, uomini e il terzo escluso. In: *Donne, uomini e George Spencer Brown*. Lecce: Pergola Monsavium, 1992. 28 p.
- GOFFMANN, Erving. *Estigma*. 4 ed., Rio de Janeiro: Guanabara, 1988. 158 p.
- HULSMAN, Louck. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed., Niterói: Luam, 180 p.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma e persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996. 62 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.
- LUHMANN, Niklas. *Donne, Uomini e George Spencer Brown*. Lecce: Pergola Monsavium, 1992. 83 p.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/ Universidad Guadalajara, 1992. 285 p.

- \_\_\_\_\_. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. *O amor como paixão, para a codificação da intimidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. 248 p.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. MACEDO, Cristiane Branco; BARRETO, Herman Nébias. *Os movimentos de mulheres e a diferença homem/mulher*. 1998 (manuscrito).
- \_\_\_\_\_. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL "REDES DA INCLUSÃO": a construção social da autoridade, México, 1997 (manuscrito).
- PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir?* – Como o Estado trata o criminoso. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1987. 87 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Comp.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 278 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1996. 281 p.