UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ANA CLARA MONTENEGRO FONSECA

ORDENS DE OBSERVAÇÃO CONTINGENTES SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA NA CRIMINOGÊNESE À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO

JOÃO PESSOA
2020

ANA CLARA MONTENEGRO FONSECA

ORDENS DE OBSERVAÇÃO CONTINGENTES SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA NA CRIMINOGÊNESE À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ), vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), para defesa pública, como requisito obrigatório, para obtenção do grau de doutora em Ciências Jurídicas, na área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Pós-Doutor Luciano do Nascimento Silva.
Co-orientador: Professor Doutor Raffaele De Giorgi.

JOÃO PESSOA
2020

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P676o Fonseca, Ana Clara Montenegro.
Ordens de observação contingentes sobre a conduta da vítima na criminogênese à luz do estrutural-construtivismo / Ana Clara Montenegro Fonseca. - João Pessoa, 2020.
312 f. : il.

Orientação: Luciano Nascimento Silva.
Coorientação: Raffaele De Giorgi.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Direitos humanos. 2. Teoria dos sistemas. 3. Dogmática penal. 4. Direito penal - Consentimento da vítima. 5. Argumentação jurídica - Direito. 6. Estrutural construtivismo. I. Silva, Luciano Nascimento. II. De Giorgi, Raffaele. III. Título.

UFPB/BC CDU 342.7(043)

Elaborado por Larissa Silva Oliveira de Mesquita - CRB-15/746

ANA CLARA MONTENEGRO FONSECA

ORDENS DE OBSERVAÇÃO SOBRE A CONDUTA ARRISCADA DA VÍTIMA NA CRIMINOGÊNESE À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO

Uma aproximação contingente e complexa à dogmática da vítima entre a redundância e a variação argumentativas no sistema penal moderno

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ), vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), para defesa pública, como requisito obrigatório, para obtenção do grau de doutora em Ciências Jurídicas, na área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento.
Orientador: Professor Pós-Doutor Luciano Nascimento Silva
Co-orientador: Professor Pós-Doutor Raffaele de Giorgi

BANCA EXAMINADORA DA DEFESA FINAL – DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

Professor Pós-Doutor **LUCIANO NASCIMENTO SILVA**
Presidente Orientador
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB

Professor Doutor Co-orientador **RAFFALE DE GIORGI** –
UNIVERSITÀ DEL SALENTO – UNISALENTO/ LECCE/ITÁLIA

Professor Doutor **GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA**
Examinador Interno ao PPGCJ UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

Professor Doutor **ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA**
Examinador Interno ao PPGCJ UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

Professora Doutora **ANA ELISA LIBERATORE E SILVA BECHARA**
Examinador Externo UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Professor Doutor **CELSO FERNANDES CAMPILONGO**
Examinador Externo UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Professor Doutor **JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE**
Examinador Externo UNIVERSIDAD NACIONAL DE COMAHUE ()

Professora Doutora **MARIA PINA FERSINI**
Examinador Externo – UNIVERSIDAD DE MALAGÁ (ESPANHA) ARGENTINA

Ao paradoxo da minha *autopoiesis*,
Minha amada mãe,
Meu amado pai (*in memoriam*),
Bravos sertanejos, que viveram tudo isso antes mesmo que eu sonhasse ser possível.

AGRADECIMENTOS

É improvável que eu consiga informar a cada pessoa um que cruzou meus caminhos, a mais singela porção de gratidão, frente a tanta, tanta que sinto, pois nem eu mesma consigo de tudo computar. Sem exageros autorreferenciais, sinto-me tão agraciada, porque eu senti e sinto tanto ainda o amor, o carinho, o cuidado, a mão estendida, os ouvidos doados, as reflexões fomentadas, os livros cedidos, os meus manuscritos lidos e corrigidos, as ajudas emocionais e/ou financeiras, as palavras de incentivo, de elogio (...); eu consegui sentir até os abraços e os beijos não dados – em razão do meu próprio isolamento (da minha pré-quarentena vivida, desde o início desse doutorado). A falta desses abraços era convertida em sentimento de compreensão por parte de todas e todos que estiveram comigo, "de perto ou de longe", desde antes até agora, manifestando afeto, respeito e amizade. Ora, mesmo ciente do risco da improbabilidade da comunicação do ato de agradecer, eu conscientemente decido corrê-lo:

À luz incógnita fascinante, que me circunda nos momentos menos prováveis, como insistente fé, que paradoxalmente não cessa, mesmo diante de tanto cientificismo, minha reserva maior de energia, meu Deus. Pela Sua generosidade, em me conceber como fruto saudável do amor de excelentes pais. Pela Sua oferta gratuita de dons, a mim concedidos, conjugados a capacidade de desenvolvê-los em proveito próprio e alheio. Pela graça de minha cognição, saúde mental e psíquica, dedicadas aos meus estudos, pesquisas, bem como ao meu ofício de professora junto aos meus queridos alunos.

Aos meus amados pais, por cada detalhe do que sou, pela amálgama que sou, por serem meu justo ambiente, em constante interpenetração, que, frente aos tantos ruídos que deles incorporo, mais aparecem como trocas, *input/output,* até contradizendo, orgulhosamente, minha autorreferencialidade e toda a contingência da hipótese desta tese.

Ao meu pai (*in memoriam*), que me fez descobrir na dor o que é realmente saudade, no primeiro ano desse doutorado, mas que, em vida, me disciplinou com humor e com rigor, fazendo-me crítica, questionadora, ao mesmo tempo muito mais risonha; me incentivou, desde pequena, a amar os livros, a aprender outras línguas, a ouvir música, a gostar de viajar, de mar, de cantar e de dançar. À minha irretocável mãe, por me moldar ainda com ternura e desvelo, tornando-me apaziguadora e amorosa; servindo-me de exemplo, como pedagoga, como excelente profissional da educação, como escultura-viva de integridade, de honestidade e de altruísmo. Minha mãe foi minha primeira e maior professora, ensinou-me a caligrafia antes mesmo deu ir a escola, as cores e suas misturas basilares, a organizar meus caos, a

cozinhar, a pintar, a bordar (é claro, que aprendi quase nada dessas últimas prendas) e, enfim, a ser autossuficiente e compreender a importância de assumir responsabilidades perante à vida.

Aos meus amados irmãos, por serem exemplos de dois homens de valoroso caráter. Desde já, é mais uma verborragia esse meu tentame de lhes expressar o meu reconhecimento a todo amor e cuidado doados. A cada um gostaria de lhes ceder meu lugar, para que pudessem sentir a imensurabilidade da vontade de lhe retribuir tudo; dar-lhe a sensação de integralidade de que sou representação de seus gestos, ensinamentos, condutas altruistas (plenas de bondade, caridade e simplicidade), de suas palavras de incentivos e de compreensão;

Ao meu companheiro, meu amor, a quem qualquer palavra manifesta será ausência daquilo que tenta dizer, como representação vazia de uma anterioridade inapreensível. Quiçá, só o meu viver ao seu lado me possibilite fazer-lhe compreender o sentimento de gratidão por tanto de tudo que recebo com esse nosso entrelaçamento. *Questa tesi è pure una ovazione al pensiero sul "il nostro (..)" , senza la tua sensibilità e intelligenza,non avrei potuto capire e mettere grinta quando io necessitava, perchè non c'era bellezza e nello stesso tempo allegria. Sono molto grata alla tua comprensione, per la pace, la gioia, la sicurezza, l'amore e tutto quanto io abbia ricevuto. Infine, "sai oh, ti amoro"; tanto quanto i tuoi genitori , la nostra famiglia, alla mia bellissima suocera e al mio meraviglioso suocero, che mi hanno accolto come una figlia, dandomi molto amore, (oltre che a deliziarmi con i cibi Salentini), rendendomi le giornate spensierate e tranquille per studiare in pace*.

Aos amigos de longas datas, bem como aqueles que enlaçam meu período em Lecce, na Itália, nos Congressos na Europa e nas estradas acadêmicas, a cada um por ser bálsamo emocional e companhia extraordinária em minha vida, pela eterna e terna doação, pela doçura da confiança/da paciência nas minhas "quarentenas de doutoranda", pelo compartilhamento da dor dessas ausências, pelas vibrações e comemorações a cada conquista, pelas ácidas lições construtivas, pelas gargalhadas incessantes frente às maiores tolices e pelos ouvidos emprestados, independentemente de fuso horário e de cronômetro, por firmemente segurarem na minha mão no atravessar da rua e por, inescrupulosamente, me empurrarem ao desafio quando o medo me estagnou.

Ao meu querido orientador, professor pós-doutor LUCIANO DO NASCIMENTO SILVA, pela respeitosa relação orientanda-orientador, iniciada em 2016, por ter me informado com variação, apresentando-me os desvios necessários para que eu escapasse de minhas redundâncias epistemológicas, a partir das ideias, principalmente, de Heinz von

Foerster e Niklas Luhmann; por ter me apresentado também presencialmente ao professor Raffaele de Giorgi e ao professor Jorge Eduardo Douglas Price, o que definitivamente mudou a trajetória de minha vida acadêmica e pessoal. Agora, em 2020, pela relação amplificada, pela amizade, pela confiança no meu trabalho, pela liberdade criativa e metodológica permitidas, pela leitura de meus pensamentos e os norteamentos devidos, pela solicitude e presteza no acompanhamento, pelas críticas e pela revisão criteriosa desta pesquisa. Serei sempre grata pela parceria que se estende para além dos limites acadêmicos.

Ao meu querido tutor professor doutor RAFFAELE DE GIORGI pela acolhida carinhosa e cuidadosa, entre os anos de 2017 e 2020 em nível de co-orientação em Doutorado Sanduíche no *Departamento di Studi Giuridici*, na *Facoltá di Giurisprudenza*, na *Università del Salento*, em Lecce, na Itália. Pela oportunidade de participar do grupo de pesquisa "Studi sul il rischio", de participar da organização e pela recepção rica de generosidade e afeto: acomodando-me na *forresteria* da *Unisalento*; enviando-me *e-mails* com ofertas de locação; apresentando-me as pessoas necessárias em Lecce; cedendo-me tempo nas discussões no café que leva seu nome ou em sua belíssima masseria e Biblioteca particular; emprestando-me e indicando toda sorte de material que compõe a base teórica desta tese; pacientemente, ministrando aulas e promovendo encontros na *Facoltà* para me explicar, com muito humor, com literatura, arte e simplicidade, as mais complexas noções sistêmicas, sobre o risco, sobre a vida. Foi no lindo "Salentu" (na Puglia), pelas lições do professor, que realmente comecei (minha "conversão") a pensar pelo construtivismo, pela teoria dos sistemas luhmanniana, pela consideração das latências, das contingências e dos pontos cegos. Todo agradecimento é insuficiente, porque, foi, a partir dessa vivência, que minha pesquisa passou a outros níveis e ordens de observação.

A *Università del Salento* (*UNISALENTO*), pela disposição de toda a sua estrutura; em especial a *Facoltà di Giurisprudenza*, na lembrança, com saudades, do querido LUIGI DI VIGGIANO, que sempre me atendeu prontamente, com sorrisos e disposição para me ajudar desde uma senha de acesso à internet, às confecções de inúmeros documentos, declarações, bem como na cessão de espaços, salas, para estudos individuais e dicas de leitura sobre o risco (...) Foi nesse universo caloroso da *UNISALENTO*, nas suas diversas bibliotecas, tanto na *Ecotekne*, como naquelas situadas no belíssimo centro histórico leccesse – nas proximidades da porta Napoli, na *Università degli Studi* ou no *Studio 2000* – que passei a maior parte de meus dias e noites e, gratuitamente, consegui ter acesso a maior parte do meu referencial teórico. Ali, eu me sentia em minha inventada Biblioteca de Babel.

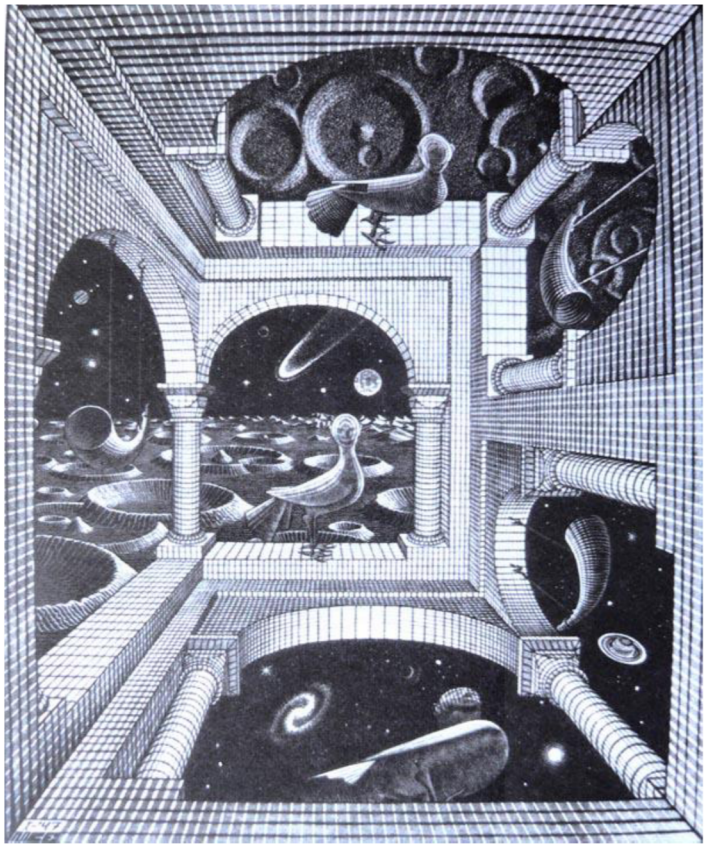
Ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), a todo o corpo docente, em especial aos que compartilharam saber nas disciplinas que cumpri; também aos servidores da secretaria, pelas ajudas com as burocracias e aos servidores indiretos/tercerizados da copiadora e da copa, pelos materiais de suporte acadêmico e pelos cafezinhos e ambientes devidamente limpos. Ademais, ao Departamento de Ciências Jurídicas e ao Centro de Ciências Jurídicas/UFPB, por me permitirem o afastamento devido para a realização do meu doutorado em modalidade sanduíche, que durou quase a totalidade do tempo deste percurso.

Aos professores doutores da banca de qualificação desta tese, pelo cuidado nas avaliações construtivas, que me fizerem ver para além do que eu mesma escrevi, ADRIANO MARTELETO GODINHO (UFPB), CARLOS MARIA CARCOVA (Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina), FELIPE AUGUSTO FORTE NEGREIROS DEODATO (UFPB/UNIPÊ), JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE (Universidad Nacional de Comahue, Argentina), JUAN PABLO ALONSO (Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina) e VALFREDO ANDRADE AGUIAR FILHO (UFPB), pela disponibilidade em participar desse primeiro momento de avaliação e por todas as contribuições que trazem à esta pesquisa. Em especial, expresso meu carinho pelo professor JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE, que tão afetuosamente me recebeu em Buenos Aires, lá no café Tortoni, já iniciando descontraídas conversas sobre a minha tese, dali me permitindo o privilégio da minha segunda qualificação, na *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires*; afora, outros dias de agradáveis diálogos, jazz e indicações de referências literárias e jurídicas.

Aos queridos professores, da minha banca de avaliação final, que se dispuseram a comigo dialogar, colocando-me outras possibilidades de ver o meu próprio texto, mais sentido aos sentidos aqui construídos, cada um a seu modo, com sua generosidade, com suas estantes e atravessamentos de vida a mim emprestados... Serei sempre atravessada por cada expressão, observação, correção, crítica, discordância, provocação, contribuição, olhar, elogio, sorriso, enfim, grata pelo afeto da leitura e pelo privilégio da escuta que me concederam, os doutores: ANA ELISA LIBERATORE E SILVA BECHARA, CELSO FERNANDES CAMPILONGO, GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA, JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE, MARIA PINI FERSINI e ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA.

Por derradeiro, aqueles que ora me observam por esta tese, mesmo sem que eu os possa observar. Portanto, a todos que fizeram e fazem parte de minha travessia de observação, com pontos videntes e cegos, que continua em harmônica oscilação, entre o ver e o não ver, como a brilhante e eternamente remontante oferenda musical "*Canon per Tonos*" de J. S. Bach.

Como é possível observar o(s) mundo (s)?
Como todo observador, trace sua distinção e aventure-se em sua invenção,
sem relegar a sombra da própria autorreferencialidade:
insista em ver que há tantos inobserváveis invisíveis também possíveis!
(*Em homenagem à Virginia Woolf e sua linda A marca na Parede*)



"Outro mundo ou dimensões de mundo"
(Mauritus Cornelis Escher)

"Einstein afirmou que as teorias cientificas são livres criações da mente humana. E ele maravilhado se questionava: se isso é verdade, como é possível compreender o universo através de teorias e explicações científicas? Vale lembrar Humberto Maturana: é aqui onde a ciência se transforma em poesia. Poesia? A poesia não representa um mundo, um universo fora de si, não o descreve, não o explica. A poesia não são imagens do mundo, mas um mundo de imagens pelas quais a poesia faz poesia, um mundo de representações que a poesia faz de si, através de si mesma. Essas imagens não são o mundo: elas são a poesia. A ciência torna-se de verdade poesia? Torna-se experiência linguística da experiência linguística, mundo dos mundos, experiência do mundo através da construção do mundo, experiência de si por meio do agir que o constitui? Se desta forma a ciência se torna poesia – conforme afirmou Maturana quase murmurando para si mesmo -, então Heinz von Föesrter foi um grande poeta.

(*Raffaele De Giorgi*)

RESUMO

A conduta contributiva da vítima frente ao crime, como categoria tratada à luz da dogmática penal, pela estrutura da autorresponsabilidade e/ou consentimento, é estudada, geralmente, a partir da reprodução da natureza jurídica do instituto, ou seja, apenas se limitando a dizer sua possibilidade de afastar ou não a imputação penal. Distintamente, esta abordagem parte do problema: como é possível observar o papel da vítima na dogmática penal moderna à luz de uma perspectiva estrutural, sistêmica e construtivista? Como desdobramento: que função essa conduta da vítima cumpre, desde uma perspectiva periférica até o centro no sistema penal (legisladores, doutrinadores e tribunais), entre a redundância e variação na argumentação jurídica brasileira? Pela metodologia estrutural-construtivista quem constrói o que é a ciência é o observador, o qual, a partir de suas distinções, inventa sua realidade como saber e como não-saber, no viés de Heinz Von Foerster, George Spencer-Brown, Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, marcos teóricos centrais desta tese. Trata-se de um estudo interdisciplinar, que transpassa o olhar jurídico, pois, envolvido pelo pensamento sistêmico complexo, passeia pelas veredas sociológicas, filosóficas, visitando, muitas vezes, até a literatura como metáfora-suporte, para seguir na travessia de tentar elucidar descrições e interpretações da dogmática penal. Nossa hipótese é trabalhar o papel da vítima de crime como comunicação. A vítima, observadora direta do evento delituoso, propicia ao legislador/doutrinador formulações periféricas sobre sua conduta. À luz da cibernética, esta observação de primeira ordem funciona na construção da moldura dogmática, antecipando-se ao observador de segunda ordem, o julgador do caso concreto. Este último, por meio de suas decisões, constrói perspectivas tidas como centrais do sistema penal, com base (em tese) nos programas jurídicos disponíveis. Quer dizer, a hipótese de posicionar as comunicações sobre a vítima como observações estrutural-construtivistas inventa uma metodologia de expansão moldurada da ciência do saber sobre a teoria do delito. Porque a vítima recebe competência para construir observações sobre o evento delituoso, reatualizada por observadores do sistema, atualizando os pensamentos sobre a causalidade, sobre a imputação, sobre o que legitima o direito penal tradicionalmente, realizando uma ruptura com esse mesmo paradigma. Nesse viés, não se trata de pensar se a vítima pode ou não renunciar a tutela penal de seus bens e, com isso, favorecer a não imputação da responsabilidade penal para terceiros. Busca-se examinar como o sistema lida com essa estrutura (o papel da vítima) dentro de sua função. Importa como esse papel é construído na semântica do sistema de imputação para continuar operando e expandindo a comunicação, diminuindo os ruídos do sistema e dando a impressão de segurança jurídica. Para tanto, este trabalho estrutura-se em três eixos principais. O primeiro trabalha o próprio método e fundamento teórico da tese: abordam-se os pontos centrais da teoria dos sistemas e do construtivismo. O segundo dedica-se à identificação de usos comunicacionais a respeito do papel da vítima, a partir da compreensão da função-memória e sua temporalidade inventada que dão suporte a construção do labiríntico direito penal moderno, bifurcado entre os caminhos da redundância e da variação argumentativa. No terceiro, discutem-se os níveis de observação sobre a conduta da vítima e os limites das matrizes teóricas dominantes na dogmática penal moderna. A ideia é de descrever a observação estrutural-construtivista da dogmática-penal, atinente à conduta do personagem vítima, para além da teoria de proteção exclusiva de bem jurídico. Tudo isso, com intuito de ampliar a capacidade cognitiva dos observadores e fomentar a produção de formulações conceituais para as complexidades geradas pelas contingências e pela velocidade da mutação das relações no modelo de sociedade, a partir dessa teoria jurídica da comunicação.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Estrutural Construtivismo. Redundância e Variação. Contingência e Dogmática Penal. Autorresponsabilidade e Consentimento da Vítima.

ABSTRACT

The victim's contributory behavior in crime, as a category taken in the light of criminal dogmatics, due to the structure of self-responsibility and / or consent, is studied, generally, based on the reflex of the legal nature of the institute, that is, only limited to saying whether or not to exclude the offense. Distinctly, this approach starts from the problem: how is it possible to observe the role of the victim in modern criminal dogmatics approaching from a systemic and constructivist observation? As a result: what role does this victim's behavior play, from a peripheral perspective to the center in the penal system (legislators, indoctrinators and courts), between the redundancy and variation in Brazilian legal argument? Through the structural-constructivist methodology, who builds what science is, is the observer, who, based on its distinctions, invents its reality as knowledge and as non-knowledge, in the bias of Heinz Von Foerster, George Spencer-Brown, Niklas Luhmann and Raffaele de Giorgi, central theoretical milestones of this thesis. It is an interdisciplinary study, which cuts across the legal point of view, because, involved in complex systemic thinking, it goes through the sociological and philosophical paths, often visiting even literature as a supporting metaphor, to continue on the journey of trying to elucidate descriptions and interpretations of criminal dogmatics. Our hypothesis is to work with the crime victim's role as communication. The victim, a direct observer of the criminal event, provides the legislator / indoctrinator with peripheral formulations about his behavior. In the light of cybernetics, this first order observation works in the construction of the dogmatic frame, anticipating the second order observer, the judge of the concrete case. The latter, through its decisions, builds perspectives seen as central to the penal system, based (in theory) on the available legal programs. That is, the hypothesis of positioning communications about the victim as structural-constructivist observations creates a methodology of framed expansion of the science knowledge on the theory of crime. Because the victim is empowered to build observations about the criminal event, updated by observers of the system, updating thoughts about causality, about imputation, about what traditionally legitimizes criminal law, breaking with this same paradigm. In this bias, it is not a matter of thinking about whether or not the victim can waive the criminal protection of its assets and, with this, favor the non-imputation of criminal liability to third parties. It seeks to examine how the system deals with this structure (the victim's role) within its function. It matters how this role is built on the semantics of the imputation system to continue operating and expanding communication, reducing system noise and giving an impression of legal certainty. Therefore, this thesis is structured in three main axes. The first works on the method and theoretical basis of the thesis: the central points of the theory of systems and constructivism are approached. The second is dedicated to the identification of communicational uses regarding the victim's role, based on the understanding of the memory function and its invented temporality that support the construction of the modern criminal law labyrinth, taking two different ways between the paths of redundancy and argumentative variation . In the third, the levels of observation about the victim's conduct and the limits of the dominant theoretical matrices in modern criminal dogmatics are discussed. The idea is to describe the structural-constructivist observation of dogmatic-penal, related to the behavior of the victim character, beyond the theory of exclusive protection of legal property. All of this, with the intention of expanding the cognitive capacity of observers and promoting the production of conceptual formulations for the complexities generated by contingencies and how fast society changes, based on this legal theory of communication.

Keywords: Systems Theory. Structural-Constructivism. Redundancy and variation. Contingency and criminal dogmatics. Self-responsibility of the victim and Victim consent.

RIASSUNTO

La condotta contributiva della vittima di fronte al reato, quale categoria trattata alla luce della dogmatica criminale, per struttura di auto-responsabilità e / o consenso, viene studiata, in genere, sulla base della riproduzione della natura giuridica dell'istituto, cioè limitatamente al dire se escludere o meno il reato. Distintamente, questo approccio parte dal problema: come è possibile osservare il ruolo della vittima nella moderna dogmatica criminale alla luce di un'osservazione sistemica e costruttivista? Di conseguenza: che ruolo gioca la condotta di questa vittima, da una prospettiva periferica al centro nel sistema penale (legislatori, indottrinatori e tribunali), tra la ridondanza e la variazione nella discussione giuridica brasiliana? Attraverso la metodologia strutturale-costruttivista, chi costruisce ciò che è la scienza è l'osservatore, che, sulla base delle sue distinzioni, inventa la sua realtà come conoscenza e come non conoscenza, nel pregiudizio di Heinz Von Foerster, George Spencer-Brown, Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi, pietre miliari teoriche centrali di questa tesi. È uno studio interdisciplinare, che attraversa lo sguardo giuridico, perché, coinvolto in un pensiero sistemico complesso, percorre i sentieri sociologici e filosofici, spesso visitando anche la letteratura come metafora di supporto, per continuare il viaggio del tentativo di chiarire le descrizioni e interpretazioni della dogmatica criminale. La nostra ipotesi è di lavorare con il ruolo della vittima del crimine come comunicazione. La vittima, osservatore diretto dell'evento criminale, fornisce al legislatore / indottrinatore formulazioni marginali sulla sua condotta. Alla luce della cibernetica, questa osservazione di primo ordine opera nella costruzione della cornice dogmatica, anticipando l'osservatore di secondo ordine, giudice del caso concreto. Quest'ultimo, attraverso le sue decisioni, costruisce prospettive viste come centrali per il sistema penale, basate (in teoria) sui programmi legali disponibili. Cioè, l'ipotesi di posizionare le comunicazioni sulla vittima come osservazioni costruttiviste strutturali inventa una metodologia di espansione strutturata della scienza della conoscenza sulla teoria del crimine. Perché la vittima ha il potere di costruire osservazioni sull'evento criminale, aggiornate dagli osservatori del sistema, aggiornare i pensieri sulla causalità, sull'imputazione, su ciò che tradizionalmente legittima il diritto penale, rompendo con questo stesso paradigma. In questo pregiudizio, non si tratta di pensare se la vittima può o meno rinunciare alla protezione penale dei suoi beni e con ciò, favorire la non imputazione di responsabilità penale a terzi. Cerca di esaminare come il sistema affronta questa struttura (il ruolo della vittima) nell'ambito della sua funzione. È importante come questo ruolo sia costruito sulla semantica del sistema di imputazione per continuare a operare ed espandere la comunicazione, riducendo il rumore del sistema e dando l'impressione di certezza del diritto. Pertanto, questo lavoro è strutturato in tre assi principali. I primi lavori sul metodo e sulla base teorica della tesi: vengono affrontati i punti centrali della teoria dei sistemi e del costruttivismo. La seconda è dedicata all'individuazione degli usi comunicativi del ruolo della vittima, basati sulla comprensione della funzione memoria e della sua inventata temporalità che supportano la costruzione del moderno labirinto penale, biforcato tra le vie della ridondanza e della variazione argomentativa. Nella terza vengono discussi i livelli di osservazione sulla condotta della vittima e i limiti delle matrici teoriche dominanti nella moderna dogmatica criminale. L'idea è quella di descrivere l'osservazione strutturale-costruttivista del dogmatico-penale, relativa al comportamento del carattere vittima, al di là della teoria della tutela esclusiva della proprietà legale. Tutto ciò, con l'intento di espandere la capacità cognitiva degli osservatori e promuovere la produzione di formulazioni concettuali per le complessità generate dalle contingenze e dalla velocità del cambiamento della società, basate su questa teoria giuridica della comunicazione.

Parole chiave: Teoria dei sistemi. Strutturale Costruttivismo. Ridondanza e Variazione. Contingenza e Domagtica penale. Auto-responsabilità della vittima e Consenso della vittima.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 16
1.1 A CONDUTA DA VÍTIMA NA CRIMINOGÊNESE ENQUANTO OBJETO DE ESTUDO, PROPULSOR DE PROBLEMA E CONSTRUTOR DE HIPÓTESE 17
1.2 TRAVESSIAS METODOLÓGICAS: O PENSAMENTO SISTÊMICO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISTA 27
1.3 SOBRE OS TRÊS EIXOS DE ESTRUTURAÇÃO DA TESE 39

2 ESTRUTURAL CONSTRUTIVISMO COMO MÉTODO DE OBSERVAÇÃO DA PARADOXALIDADE DO DIREITO DA SOCIEDADE MODERNA 41
2.1 IRREALIDADE DA "OBJETIVIDADE SEM PARÊNTESES": A METAFÍSICA DA OBSERVAÇÃO DO MUNDO SEM SISTEMAS OBSERVANTES 49
2.1.1 "Lá fora não há dor": a clausura operativa dos sistemas observantes e o princípio da codificação indiferenciada 59
2.2 INVENÇÃO DA REALIDADE PELA "EPISTEMOLOGIA DA EPISTEMOLOGIA": CONTINGÊNCIA COMO AUTOVALOR E AUTORREFERENCIALIDADE DOS SISTEMAS OBSERVANTES 63
2.2.1 "Não vemos que não vemos que não vemos": a observação de segunda ordem e a evidência de estruturas latentes 72
2.3 REALIDADES PÓS-ONTOLÓGICAS E MULTINÍVEIS DE AUTORREFERENCIALIDADE: HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS E O TERCEIRO INCLUÍDO NAS OBSERVAÇÕES CIBERNÉTICAS 78
2.4 TRAÇAR A "DIFERENÇA QUE FAZ DIFERENÇA": A CONSTRUÇÃO COMUNICATIVA DE SENTIDO COMO LIMITE DO SISTEMA DO AMBIENTE E DO AMBIENTE DO SISTEMA 89
2.4.1 Construção da realidade na sociedade moderna: a comunicação como unidade mínima operacional dos sistemas sociais 94
2.5 DIREITO À LUZ DO ESTRUTURAL CONSTRUTIVISMO: A REALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO DA SOCIEDADE MODERNA 100
2.5.1 Estrutural construtivismo e função do direito na sociedade moderna: a construção das estruturas jurídicas e a estabilização congruente de expectativas normativas contrafáticas 107
2.6 CONCLUSÕES TÓPICAS: UMA DAS PORTAS DO SISTEMA JURÍDICO PERMANECE FECHADA, RESTA APENAS O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO COMO GUARDIÃO 113

3 FUNÇÃO-MEMÓRIA E TEMPORALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO: A IMPROBABILIDADE DE CONSTRUÇÃO EVOLUTIVA DA DOGMÁTICA DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL 119
3.1 CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DAS COMUNICAÇÕES JURÍDICAS RECURSIVAS: O ESQUECIMENTO DA FUNÇÃO-MEMÓRIA NECESSÁRIO À TEMPORALIZAÇÃO DA ATEMPORALIDADE SISTÊMICA 130
3.1.1 Estruturas e semânticas jurídicas como formas de observação da circularidade evolutiva da dogmática jurídica e do direito 140
3.2 DOGMÁTICA JURÍDICA MODERNA: A COPRESENÇA DA INCERTEZA E DA CERTEZA NA CONSTRUÇÃO DOS PROGRAMAS CONDICIONAIS 147
3.2.1 Redes de bifurcações da labiríntica argumentação jurídica: entre redundância e variação como equação de estabilidade dinâmica das estruturas dissipativas da dogmática moderna 157

3.3 CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA VÍTIMA CONTRIBUTIVA NA CRIMINOGÊNESE: DE SUJEITO PASSIVO À SUJEITO INTERATIVO NO *ITER CRIMINIS* 166
3.3.1 Coexistência de paradigmas conceituais sobre a vítima na dogmática jurídico-penal moderna: o titular do bem jurídico entre a passividade e o potencial de contribuição na criminogênese 174
3.4 VITIMODOGMÁTICA: A INVENÇÃO DA AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA COMO PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO-DOGMÁTICO GERAL 180
3.4.1. Inoperatividade do princípio vitimológico da autoresponsabilidade: a frouxa fundamentação teórica e a imprecisa diferenciação entre os crimes de relação e os crimes de intervenção 185
3.5 AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO CONSENTIDA: DIÁLOGO CRÍTICO ENTRE AS POSTURAS DE CLAUS ROXIN E AS LEITURAS DE LUZON PEÑA 189
3.5.1 Princípio da alteridade na criação do risco: imputação da autoria em heterocolocação em risco consentida e não-imputação da cooperação em autocolocação em risco da vítima pelo critério do controle compartilhado do risco . 195
3.6 ATUAÇÃO A PRÓPRIO RISCO: ÂMBITO DE COMPETÊNCIA E DE AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA NO FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS 199
3.6.1 Defraudação do dever de autorresponsabilidade pela vítima: âmbito de competência próprio como fundamento da atipicidade da conduta de terceiros intervenientes 206
3.7. CONCLUSÕES TÓPICAS: NA LABIRÍNTICA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL RESTA APENAS A DIABÓLICA MEMÓRIA COMO GUARDIÃ DAS BIFURCAÇÕES ARGUMENTATIVAS DOS SENTIDOS SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME NA MODERNIDADE 211

4 ORDENS DE OBSERVAÇÃO CONTINGENTES ACERCA DA CONDUTA DA VÍTIMA NO SISTEMA PENAL MODERNO À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO 218
4.1 PRIMEIROS OBSERVADORES: O OLHAR DOUTRINÁRIO E LEGISLATIVO NA DAS DEFINIÇÕES PERIFÉRICAS SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME DO SISTEMA PENAL 224
4.2. SEGUNDOS OBSERVADORES: O OLHAR SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA NA ANÁLISE DA IMPUTAÇÃO PENAL A PARTIR DA CENTRALIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS 229
4.3. OBSERVAÇÕES DE TERCEIRA ORDEM: ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OBSERVAÇÕES PRECEDENTES 246
4.3.3 Observação crítica sobre a autorresponsabilidade/consentimento da vítima em como corolário do princípio da liberdade de autodeterminação da pessoa humana .. 247
4.3.4 Observação crítica sobre o conceito de risco ventilado nas observações periféricas ou centrais construtoras de tendências e realidades sobre a imputação a vítima 256
4.4 CONCLUSÕES TÓPICAS: AUTONOMIA DA VÍTIMA COMO OPERAÇÃO SISTÊMICA FRENTE A UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL 263

5 OBSERVAÇÕES DE FECHAMENTO OPERACIONAL A GUISA DE CONCLUSÕES PROVISÓRIAS A ESPERA DE NOVAS IRRITAÇÕES 270

REFERÊNCIAS 290

ANEXO: GRAVURAS – REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA DAS IDEIAS 307

1) Observação de segunda ordem e autologia da observação; 307
2) Realidade como construção de cada sistema observante; 307
3) Insustentabilidade do solipsismo; 308
4) A recursividade e a geometria dos fractais;..... 308
6) A*utopoiesis* - autorreferência e heterorreferência;..... 309
7) Galeria de gravuras – a percepção de si na contemplação do observado; 309
8) Autorreferencialidade do sistema observante – o saber é que computa o próprio saber; 310
10) Idas e vindas na construção de autovalores – variação e redundância – *loops* estranhos – hierarquias entrelaçadas – oscilação harmônica; 311
11) Diferenciação sistema ambiente – autonomização; 311
12) Acoplamento estrutural entre os sistemas (sociais e/ou psíquicos); 312
13) Interpenetração; 312
14) Forma de dois lados; 313
15) *Loops* estranhos ou Hierarquias entrelaçadas – oscilações harmônicas da dogmática;313
16) *Loop* estranho/Hierarquias Intrincadas/oscilações harmônicas da dogmática; 314
17) Os tons e nuances dos lados da forma - dos códigos binários;..... 314
18) Fechamento operacional do sistema (resistência à entropia, eis a redundância) frente à complexidade ambiental. Mas, há a exaptação ou adaptação à irritação (eis a variação) com abertura cognitiva, gerando o acoplamento estrutural, a instabilidade relativa/estabilidade dinâmica do sistema; 315

1 INTRODUÇÃO

"Já não há mais começos"[1]. Se o problema da lógica, que era o início, segundo Hegel[2], a visão sistêmica estrutural construtivista, sobre a sociedade e o direito, fulmina-o: tudo se inicia já iniciado. É, assim, que o nosso "*fiat lux"* ocorre: ilumina-se o velho Iluminismo, desenvolve-se o Iluminismo Sociológico, descrevendo os paradoxos da modernidade. A nossa primeira estação é a modernidade que já avançava, que se encontra na ideia luhmanniana de "iluminar o Iluminismo (*aufklären die Aufklärung*)", seguindo sua pretensão, a de "expansão da capacidade do homem para compreender e reduzir a complexidade do mundo"[3]

Sendo assim, a modernidade é nosso primeiro traço. É a nossa primeira marca delimitatória. Cientes da porosidade decorrente do emprego desse termo modernidade, apontamos o que ele nos indica: um contexto de enorme complexidade estrutural, de uma sociedade caracterizada por sua diferenciação funcional[4]. Esta diferenciação, por sua vez, consiste na formação de susbsistemas autorreferenciais e autopoiéticos, que desempenham funções específicas, conforme seus códigos binários próprios, como, no caso do subsistema social e parcial, o jurídico, que funciona como a distinção comunicativa licíto e ilícito.

A modernidade da sociedade moderna é também o fato de que nela não há hierarquia entre os subsistemas (economia, direito, ciência, política, moral, religião, arte etc.), todos funcionam como ambientes, uns para os outros, não havendo escalonamento por estrutura ou simbologia de um em relação a outro[5]. Nessa modernidade de uma sociedade sem centro e policontextual, o direito limita-se ao direito posto, que, por seu turno, "pode ter qualquer conteúdo: a categoria da juridicidade é indiferente à subjetividade do fato". Assim, "a natureza recebe objetividade, valor, por meio da qualificação de uma norma válida. O dever-ser é um significado objetivo, que vale porque foi posto: seu valor é relativo, ou seja, pela positividade torna-se objetivo"[6].

---

[1]"*Incipit*: aquele orgulhoso termo latino que assinala começo só sobrevive em nosso anacrônico 'enceta'". STEINER, George. **A gramática da criação**. Tradução de Sérgio Augusto de Andrade. São Paulo: Globo, 2003, p.9.

[2]DE GIORGI, Raffaele. ***Temi di filosofia del diritto.*** Volume II. Lecce: Pensa Multimedia, 2015, p. 187;e HÖSLE, Vittorio. ***Il sistema di Hegel***. A cura di Giovanni Stelli. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2012, p.32.

[3]Ambas as citações diretas em, LUHMANN, Niklas. *Ilustración Sociológica.* In: LUHMANN, Niklas. ***Ilustración Sociológica y otros ensayos***. Buenos Aires: SUR, 1973. p. 95.

[4] DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** FrancoAngeli: Milano, 2008, p.302 e ss.

[5] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.117 e ss.

[6] Ambas as citações diretas em, DE GIORGI, Raffaele. A especificação da metodologia e Kelsen. In: Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 86; versão italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.77.

O show de ilusões de semânticas vazias (justiça, verdade, certeza etc.) revela-se incapaz de descrever a sociedade moderna sem a modernidade prometida. No paradigma do pensamento sistêmico estrutural construtivista, emerge a autorreferencialidade do observador e o direito, como sistema observante, é observado como autoprodutor de suas observações paradoxais, que distinguem, por si só, o que é o direito e o não-direito, validando-se a partir de decisões, em um contexto de remissões entre decisões.

Essa autorregulação do direito ocorre em função da manutenção das expectativas sociais, que servem para dar continuidade à estruturação de sua complexidade frente à complexidade do ambiente. O direito procura conservar os níveis de entropia (de desordem) em situação de suportabilidade e a sua estratégia é estabelecer expectativas comportamentais, normativas, que, mesmo em caso de frustrações, continuam a vigorar, demonstrando a força da *autopoiesis* do sistema. É uma recorrente tentativa de tornar a alta probabilidade de instabilidade de suas estruturas jurídicas em improbabilidade de estabilidade, mesmo que se encontre em constante dinamismo.

Nessa forma de tentar vincular o futuro, que, contemporaneamente, é plural, o direito, para compor suas estruturas, precisa selecionar comportamentos. No mundo complexo, porque pleno de opções, a seleção é contingência. A contingência é, por assim dizer, uma linha pontilhada por reticências, além do mais, reticências alternativas, porque apenas representam que tudo (sem definir o tudo) poderia ser de outro modo. O direito insiste e cria suas estruturas, deixando aquém de seu alcance normativo, aquelas chances de seleção diversas das atualizadas em seu presente. O direito, assim, vai inventando sua temporalidade, recortando o mundo do possível, moldando-o ao interno, simultaneamente, aumentando e reduzindo complexidades.

Com o direito penal não é diverso, a sua dogmática seleciona em cada presente a comunicação que lhe faz sentido, assim, foca em algumas condutas e cria inúmeras latências. Essas condutas serão as comunicações que irão figurar no crivo de resposta, que trabalha com o código de imputação e de não imputação. Uma dessas comunicações modernas é o comportamento da vítima de crime, o que será objeto desta tese descrito a seguir.

1.1 A CONDUTA DA VÍTIMA NA CRIMINOGÊNESE ENQUANTO OBJETO DE ESTUDO, PROPULSOR DE PROBLEMA E CONSTRUTOR DE HIPÓTESE

Modernamente, enfatiza-se, de modo corriqueiro, a autonomia, a liberdade e a autodeterminação como garantias fundamentais ao desenvolvimento e concretude da imanente

dignidade da pessoa humana. São assuntos fecundos seja no campo da ética, da filosofia política, da filosofia do direito, dos direitos humanos, seja na seara do direito penal. Todavia, o nosso intento não é diretamente adentrar na discussão sobre as razões de existência dos supostos valores referidos. Não discorremos, sob tal aspecto, acerca das origens filosóficas da autonomia, quais são os seus limites, quem pode tê-la e sobre o quê e quando podemos exercê-la. Isso quer dizer que, a falada autonomia da conduta contributiva da vítima frente ao crime, como categoria tratada à luz da dogmática penal, pela estrutura da autorresponsabilidade e/ou consentimento, apesar de ser o tema estudado, geralmente, a partir da reprodução da natureza jurídica do instituto, ou seja, apenas se limitando a dizer sua possibilidade de afastar ou não a imputação penal, não é, nesses moldes, nessa sequência, nosso ofício.

Diversamente dessa discussão dogmática/filosófica restrita sobre se é direito humano, fundamental, subjetivo da vítima renunciar ou não seus direitos e como o direito penal deve lidar juridicamente com isso, a partir dessa ótica, a tese trabalha com o mesmo tema, porém observado por outra lente, outra matriz teórica. Nesse sentido, a observação sobre o comportamento da vítima de crime, logo, sobre a referida autonomia será tratada à luz do que podemos chamar também de teoria da comunicação ou teoria do observador. A conduta da vítima até pode ser vista como reflexo de sua autonomia pessoal (em uma perspectiva alheia), mas, aqui, prioritariamente, para adentrar no sistema social e, depois, compor o sistema de penal e de imputação penal, esse agir da vítima é observado não a partir da imanência ao ser humano, mas como comunicação jurídico-penal.

Desse modo, nosso trabalho parte de uma racionalidade comunicacional da conduta da vítima de crimes ao dispor de seus direitos e, com isso, influenciar no sistema de responsabilidade jurídico-penal. A ideia é verificar como a conduta da vítima foi edificada no direito penal, é descrever o modo de constituição da estrutura "vítima" dentro da dogmática penal moderna. O que se aproxima de uma observação sobre o modo como o sistema penal, mesmo trabalhando com seleções contingentes, consegue vencer improbabilidades e construir estruturas relativamente sólidas sobre a conduta da vítima. Sendo assim, o nosso olhar é sobre essa maneira de inventar semânticas atinentes à vítima e descrever como tais semânticas influenciam na rede de comunicações da teoria do delito e do direito penal que, para alguns, ainda se arroga finalista. O foco é observar como foi ou continua sendo construída e projetada essa comunicação, em torno do comportamento da vítima, pelos primeiros observadores do tema, que são, para nós, os legisladores e/ou doutrinadores originários, os inventores dos institutos. Em sequência, descrever como os tribunais interpetram as observações precedentes

ou inventam as suas novas observações sobre as observações dos primeiros observadores, construindo, ao final, o que podemos chamar de realidade atual para essa estrutura comunicacional da vítima no direito moderno. Trataremos, pois, da conduta da vítima a partir das operações sistêmicas, no campo da argumentação jurídica, pelos caminhos da redundância e da variação de informações, como operadores funcionais para observar a construção e a evolução das estruturas sistêmicas. É a partir dessa premissa que nos interessa o funcionamento dessa comunicação da vítima no direito penal moderno.

Em outras palavras, caminha-se um pouco além das perguntas consuetudinárias: até que ponto a dogmática penal pode proibir comportamentos que *a priori* apenas afetam os próprios titulares dos bens jurídicos, enquanto indivíduos autônomos? Escapa-se do vínculo à filosofia dos valores, não se restringindo a uma análise final da dogmática penal. Todavia, aproxima-se do estudo da função que aquela comunicação da vítima cumpre no sistema jurídico-penal moderno, bem como a configuração dessa estrutura comunicacional no (sub)sistema de responsabilidade penal, do sistema de imputação, da visão sobre a causalidade, da crítica a teoria de proteção exclusiva dos bens jurídicos, a partir de uma filiação ao estrutural construtivismo.

Ressaltamos que, no âmbito do subsistema penal, fixar os espaços de atuação dos sujeitos do crime, estabelecendo suas competências (deveres quanto à proteção exclusiva de seu bem jurídico) e o poder-dever de punir ou a responsabilidade penal, é tarefa que pressupõe acoplamento desse subsistema com a ideia de funções sociais, com os padrões de expectativas de conduta, desenhados no contexto de comunicação social. Não se pode prescindir ainda em absoluto do direito penal ao funcionamento da sociedade, por isso mesmo, se reconhece que se fazem necessárias as suas constantes adaptações sociais. Essa imprescindibilidade é reversa. Quer dizer, à medida que o subsistema penal irrita-se com seu entorno e, dessa perturbação, autoproduz-se, fluindo em sua produção de decisões penais, a sociedade, com o aumento de sua complexidade, tem como contraponto o sistema penal no auxílio à redução daquela. Há uma lógica de irritações recíprocas. A sociedade gera perguntas ao sistema penal, o sistema penal tenta vincular o futuro com suas respostas, a sociedade irrita-se novamente, os riscos aumentam e retornam ao âmbito de comunicação penal. Esse contexto de comunicações em cadeia de remissões não é diverso com a problemática da vítima de crime ora pesquisada.

Com mais precisão, verificado o aumento da complexidade social, com as mais diversas liberdades aflorando nos contextos pessoais, resvalando nas comunicações sociais, mais situações podem perturbar o sistema penal. Na observação dessas novas comunicações,

na produção de respostas, novas comunicações do direito penal, há outras repercussões, como irritação aos demais sistemas (sociais e psíquicos), produzindo, ao mesmo tempo, redução e aumento de riscos, de complexidades e reforçando o autovalor da contingência. Assim ocorre com o tema ventilado. Chegam ao sistema penal, casos de comunicação da vítima quanto à renúncia de seus direitos, a dogmática deve observar esssa comunicação, sendo indiferente ou produzindo programas condicionais sobre tais informações, mas, de todo modo, o julgador terá que decidir (em respeito ao *non liquet*), seguindo instruções de observações precedentes e projetando as produzidas para outras decisões que virão. Esse jogo de comunicações em cadeias de argumentação jurídica, evidentemente, resvala no ambiente: criam-se expectativas sobre essas expectativas produzidas no sistema penal, gerando uma recorrente produção de sentidos sobre o tema, que se valerão dos operadores redundância ou variação, para serem operacionalizados pela dogmática penal.

Nessa linha, podemos adiantar que o tema já tem um presente, embora aparentemente embrionário, mas que se abre a uma duração extensiva ao porvir da ciência penal. O direito penal está, a todo tempo, sendo irritado pelos *slogans* dos direitos fundamentais e subjetivos, que, diante desse cenário complexo de não completude do projeto da modernidade, funcionam como intermitentes reinvindicações. Observamos que, essas instituições (direito fundamentais/subjetivos) servem tanto como forma de socialização dos indíviduos, em busca de inclusão no sistema de comunicação, como forma de limitação do poder quanto às suas idiossicrasias. Nesse ponto, o sistema penal tem também sido palco de estréia dessas comunicações, como se vê no caso da vítima e a bandeira de seu direito à autodeterminação.

Ressalvados os mesmos imperativos de adequação à contextualização dos casos concretos, que emergem com a cambiante e complexa sociedade, se é certo que o assunto em tela já estampa pautas no universo jurídico, nos últimos tempos (a partir da década de oitenta), não menos o é a existência de nódulos nele ainda não elucidados. Em vista disso, o eixo central perseguido refere-se à investigação sobre a possibilidade de, se tornando sistematicamente considerável a contribuição da conduta da vítima para a ocorrência do crime, como está ocorrendo essa construção em termos de argumentação e o que representa essa construção sobre a autonomia da vítima na modernidade para a própria teoria do crime.

Podemos dizer que nossas observações pretendem averiguar se há paradoxos ocultados ou funções declaradas nessas construções, quais os pontos cegos dos outros observadores, quais as insuficiências dessa formulação teórica sobre a vítima, dentro de uma racionalidade, que, ainda, considera o direito penal como um ferrenho missionário na defesa exclusiva de bens jurídicos. Não podemos esquecer que, com essas pretensões mencionadas, abrimos

espaço para tantas latências dos nossos próprios pontos de vista. O que significa que nenhuma observação por nós esboçada pretende apresentar razões últimas ou argumentos verdadeiros e finais, mas tão somente demonstrar mais um modo possível de estudar a temática e expandir a sua discussão entre os acadêmicos, juristas e outros interessados.

Sendo assim, apesar do problema da conduta arriscada da vítima despertar interesse acadêmico global bastante acentuado, esta tese também se justifica pela necessidade de retomada do discurso pelos estudiosos nacionais. O tema é caro para a própria epistemologia penal. Trata-se de um assunto que põe em discussão as prisões ao pensamento finalista, as amarras ao ontologismo, os apegos a um causalismo físico e subjetivo, que se mostram destoantes do estágio de desenvolvimento comunicacional dos sistemas sociais.

Nessa toada, a tese converte-se em um chamamento dos pesquisadores penais para se discutir o drama dessa ciência à luz de teorias da comunicação e do observador. Possivelmente, é preciso que o direito penal perca o preconceito com a teoria dos sitemas e o modo de pensar construtivista. Acreditamos que o autor Günther Jakobs prestou um desserviço ao estudo do pensamento complexo pelos pensadores do direito penal, com sua concepção do direito penal do inimigo de base luhmanniana e com seu funcionalismo sistêmico. A versão e a aversão ao direito penal do inimigo jakobsiana, que se valeu, a seu modo (diga-se de passagem, bastante controverso), de conceitos da teoria dos sistemas, contaminou, por assim dizer, os penalistas, afastando-os dos debates sobre as teorias do pensamento complexo.

Assim, a invenção de Jakobs sobre o inimigo não pode ser confundida, nem mesmo ofuscar a grandeza do pensamento luhmanniano. Ademais, de nada adianta continuar a pensar que o direito penal está protegendo algo para além dele mesmo e pensar que não assumir isso é desprezar nossa psique, nosso viés individual. Quando os pensadores sobre a teoria do direito penal conseguirem discutir a complexidade sistêmica, que o observa como uma forma de comunicação, funcionando para a conservação das expectativas normativas, novas formas de se pensar as reinvindicações da pessoa socializada (em busca de inclusão comunicativa) poderão ganhar outra força. Sem subir a montanha e apreciar a paisagem a partir de uma nova ótica de observação, continuaremos a reproduzir as mesmas comunicações, semânticas, significados e realidades penais a espera eterna de milagrosas mudanças.

Além disso, pensando de modo retrospectivo, afirmamos que o Estado moderno simplificou o âmbito da relação penal em duas pretensões controversas. De um lado, a da sociedade, representada pelo “direito de punir” e, de outro, a do acusado, consubstanciada em sua defesa. O próprio conceito de delito é marcadamente definido pela dogmática jurídico-

penal como ação típica, antijurídica e culpável do autor. Salta à vista que essa concepção unilateral, embora com pretensão de gerar imparcialidade, escapa à consideração de outra comunicação possível interveniente: a pessoa que também desempenha papéis sociais e tem expectativas apontadas para si, aquela que é, automática e dogmaticamente, idealizada como sujeito passivo do delito ou, em terminologia criminológica (e porque não, vitimológica), a afamada vítima.

Ora, intuitivamente, sabe-se que nas figuras delitivas, reconhecidas nas legislações penais em geral, esconde-se uma pessoa tida como diretamente lesionada (ou cujo bem jurídico sofreu sério risco de ofensa/agressão) pela conduta incriminada, a descoberta vítima. Por isso, muitos doutrinadores tem considerado, no mínimo, extravagante que o comportamento e a manifestação de vontade (autorresponsabilidade/consentimento) dessa personagem penal não sejam alvos das análises teórico-filosóficas. Segundo os mesmos, o que poderia servir de base para a crítica e mesmo reformulação da dogmática penal, influindo na epistemologia da teoria penal, na análise da causalidade, do tipo e da responsabilidade penal pelo mesmo.

É lugar comum na doutrina jurídico-penal tomar a sobredita marginalização da vítima como expressão meritória, exatamente, de um sistema de controle social, o penal, que, a partir da modernidade, compete exclusivamente ao Estado, superando, assim, a vindita privada[7]. Reduz-se a importância do papel da vítima no exame do crime, cuja satisfação é substituída pela retribuição do injusto, a fim de se atingir uma justiça livre de avassaladores subjetivismos, imparcialidades, desproporções e arbítrios. Eis o reinado do ideal de pacificação social e equidade, outorgados ao Estado, incumbido do poder-dever de punir, que traz em seu bojo um ostracismo para a vítima.

Nesse sentido, afirma-se que o ordenamento penal é fruto de desenvolvimento histórico, que discorreu desde a reação privada da vítima (aliás, do seu grupo familiar[8]), passando pelos pactos de paz da Idade Média, até chegar ao monopólio na imposição de penas e no exercício formal da violência, estabelecido em favor do Estado, na sociedade moderna. De se ver que o processo de publicização do sistema penal é ao mesmo tempo uma "evolução

---

[7]Nesse sentido, MELIÁ, Manuel Cancio. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: Estúdios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor em actividades arriesgadas*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001, p. 222; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38 e ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. ***Victimologia**: lecciones dictadas por el Prof. Jesús Maria Silva Sánchez*. Servicio Ed. Universidad del País Vasco, 1990 (Separata VIII Cursos de Verano en San Sebastián). p. 13 e ss.

[8] Nesse sentido, que a vingança privada geralmente refletia em uma resposta do grupo, clã, tribibo, *vide*: MAWBY, Robert I., WALKLATE, Sandra. ***Critical victimology: international perspectives*.** London, 1994. p.58 e ss.

de desvitimização"[9], por isso, a máxima de que a vítima do delito chega a ser também vítima da dogmática da teoria do delito[10]. Outro contributo ao esquecimento da vítima foi o exclusivo enfoque da ciência, a criminologia, dedicada ao estudo empírico do fenômeno penal, centrando-se, tradicionalmente, sua atenção na pessoa que realiza o comportamento desviado, o autor, ou, como aduziam os clássicos, o homem delinquente[11]. Nesse ritmo, a vítima teve um papel nomeadamente reduzido ao de mero expectador, reservando-se ao criminoso todos os holofotes.

Porém, em meados da década de trinta/quarenta do século passado, produz-se uma virada científica e, em certa medida, legislativa – mormente nos países europeus (Alemanha e Espanha) – mediante a qual, desde a perspectiva da criminologia, tem lugar um "redescobrimento" da vítima. É a emergência do que viria a constituir, para alguns, uma ciência auxiliar, para outros, autônomo ramo de estudo, a chamada vitimologia, com a pretensão de sistematizar os conhecimentos empíricos relativos à vítima[12].

Insta destacar, que o surgimento da vitimologia não seria alheio a determinadas tendências de política criminal, centradas em demandar uma repressão considerada mais justa e eficaz dos comportamentos delitivos. De se observar que a investigação do papel da vítima perpassa inicialmente pela ideia de um sistema teleológico-funcional, dirigido à limitação do poder punitivo e à implementação de valores voltados para as necessidades sociais. Isso implica tanto na busca por programas de valorização à vítima, procurando minimizar os efeitos negativos do crime, como no intento de uma imputação que considere critérios para além da subjetividade, procurando uma ideia de reconstrução da causalidade e mesmo de dosimetria de pena, com um olhar diverso aos fatores que promovem a criminogênese, o resultado lesivo, e, portanto, a construção da imputação para o suposto autor, levando em conta o contributo da vítima potencial.

Por um lado, as investigações vitimológicas têm repercutido na determinação de propostas de atenção à vítima, através de mecanismos de reparação e de proteção aos seus interesses. Nesse contexto, emergiu a tendência denominada "nova vitimologia"[13]. Área que

---

[9] MANTOVANI, Fernando. ***Diritto Penale: Parte generale***. 5. ed. Padova: Cedam, 2007. p. 233.
[10] ESER, Albin. ***Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima***. *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis.* Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998. T.2. p. 163-164.
[11] GARCÍA-PABLOS, **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.76.
[12] Sobre essas discussões de autonomina ou vínculo entre criminologia e vitimologia, *vide*: RODRÍGUEZ MANZANERA. ***Victimología****: Estudio de la víctima.* México: Porrúa, 1990, p. 14; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI, Elena Pijoan. ***Victimología****: presente e futuro*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993. p. 92 e ss.
[13] Sobre o tema, *vide* MARCHIORI, Hilda. ***La víctima del delito***. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1996. p. 191 e ss.

visa ampliar os papéis e interesses da vítima no direito material e no processual[14], por meio, principalmente, de medidas de compensação e conciliatórias. Âmbito de investigação do qual não nos ocuparemos com maiores pretensões nesta pesquisa.

De outro giro, vitimólogos, como Hans Von Heting, Benjamim Mendelsohn, Frederick Wertham, dentre outros, sentiram a intervenção da vítima como fator determinante na etiologia do delito. Possivelmente, a intenção deste setor (da chamada vitimologia clássica) aproximou-se mais de um estudo empírico e classificatório de tipologias da vítima (considerando como parâmetro a sua maior ou menor contribuição para gênese delitiva), do que da busca por soluções concretas acerca da complexa questão da relevância jurídico-penal da sua autonomia, autorresponsabilidade e consentimento, na produção da lesão aos seus próprios bens jurídicos e sobre a sua possível co-responsabilidade a influir na punição do autor. Porém, sem esse primeiro passo, dificilmente, atentar-se-ia para essa outra problemática.

Sem embargo, por meio dessa descoberta da vítima interativa, é dado o impulso para a criação de um caminho dogmático, para o aprofundamento do pensamento sobre a autonomia e a parcela de participação vítimal dentro da teoria do crime. Nesse sentido, tendências doutrinárias, tais como a vitimodogmática, a autocolocação da vítima em risco, heterocolocação em risco consentida e outras variantes sobre a imputação à vítima, ganham espaço, passando a ser objeto de estudo da doutrina e jurisprudência mundiais. Esse pode ser considerado o estado precedente da arte, que serve aqui de alicerce para as nossas observações.

Dessa forma, a tese parte da premissa de a conduta (dolosa ou culposa) da vítima poder contribuir na gênese do crime e versa sobre os seus reflexos para a dogmática jurídico-penal à luz das ordens de observação, desenvolvidas pela cibernética da cibernética, pelo construtivismo e pela teoria dos sistemas. Tendo em vista as lacunas que o estudo ao tema causa à ciência penal e ao sistema social perpetua-se: a subtração da comunicação da conduta da vítima da análise do próprio crime, perpetua a não observância sobre como pensam os observadores do sistema (legisladores, doutrinadores e julgadores) à luz da teoria da comunicação, limita a perspectiva de consideração da própria epistemologia penal, limita a discussão da matriz funcionalista para a teoria penal, limita os estudos sobre a causalidade, sobre o risco e evita uma discussão crítica sobre a forma como o direito penal vem-se funcionando contemporaneamente.

---

[14]LARRAURI PIJOAN, Elena. *Victimologia. In*: MAIER, Júliol B. J. (comp.). ***De los delitos e de las victimas***. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992. p.71.

Dito de maneira inversa, esta pesquisa abre os horizontes de observação para o modo como o sistema observa essas relações entre autor e vítima de crimes, em uma observação de dentro do sistema, como ele observa essas relações. Ainda, de maneira positiva, observa a repercussão que tal interação, a partir do sentido dado à autonomia da vítima, pode gerar para a dogmática penal, para a epistemolgia do direito penal, para a construção de uma teoria penal funcionalista, mormente no que tange aferição da causalidade, invenção da teoria do risco e construção normativista da imputação e responsabilidade penais, sempre tendo como iluminação o pensamento complexo.

Frente a essas complexidades, percebe-se que, não apenas no Brasil, inexiste uma moldura dogmática fixa ao tratamento do tema sobre a autonomia da vítima. Sendo assim, configura-se um palco jurídico com hiatos ou demasiado movediço quanto às observações para essas novas realidades. De forma simples, os novos casos, envolvendo a autonomia da vítima, são hoje judicializados, e, na ausência de uma previsão legal clara e posturas doutrinárias uníssonas, o Judiciário emerge como a instância protagonista, observador central, no que se refere a construção e redução da complexidade do tema.

Apesar de tantas controvérsias que se entrelaçam: autonomia individual, dignidade humana, paternalismo penal, responsabilidade penal, protagonismo do Judiciário, dogmática aberta, risco, finalismo *versus* normativismo, insistimos: o objetivo desenvolve-se em torno de uma só problemática, o sentido comunicacional, pelos operadores da redundância e variação, da suposta autonomia da vítima de crime, no projeto da teoria liberal frente à garantia moderna dos chamados direitos humanos/fundamentais/subjetivos e à ideia de uma dogmática penal de tutela exclusiva de bem jurídico.

Assim, o problema dessa pesquisa refere-se ao *como* é possível ser observada e construída a comunicação da vítima à luz de um pensamento complexo, sistêmico, estrutural-construtivista da dogmática penal. Questionado de forma direta: como é possível observar o papel comunicacional da vítima de crime na dogmática penal moderna à luz de uma observação sistêmica, estrutural e construtivista? Especificado de forma direta: como é possível observar a função dessa comunicação da vítima a partir de uma perspectiva de sua construção semântica periférica até o centro do sistema penal, ou seja, como é possível observar as observações dos legisladores, doutrinadores e tribunais, a respeito da vítima, partindo dos operadores da redundância e da variação da argumentação jurídica?

O funcionamento, a estruturação e a operacionalização dessa comunicação no sistema penal moderno, quanto à possibilidade de criar paradoxos e ocultá-los, em nome de funções declaradas vinculadas aos direitos humanos, fundamentais e subjetivos são os pontos que

atravessam a construção de nossa hipótese. É dito que se deve considerar a conduta da vítima, porque se trata de um corolário de sua autorresponsabilidade/de sua liberdade de consentimento, que são fundamentais à sua dignidade; é dito que o direito penal não deve proteger bens jurídicos frente à autonomia da vítima de dispô-los; é dito que desconsiderar essas situações é injusto para reú e contrário à missão do direito penal; é dito e pode ser dito muito mais.

As tensões discursivas sobre a noção de autonomia da vítima (e mesmo dignidade) possuem raízes profundas e reconectam-se com os problemas que criaram o processo de juridicização da sua noção no pós-guerra e que estão atualmente em disputa no Judiciário, ou seja, há uma tensão entre a proteção da autonomia individual impessoal e a proteção da individualidade da vítima de crime. Nesse viés, não se trata de pensar puramente se a vítima tem ou não a autonomia, direito de renunciar a tutela penal de seus direitos e, com isso, favorecer a não imputação da responsabilidade penal para terceiros (e que natureza jurídica isso representa na dogmática penal). A questão não é especificamente investigar se existe ou não essa autonomia, do ponto de vista da filosofia da ilustração, ou seja, examinar se a vítima tem o valor liberdade garantido, como reflexo da sua dignidade humana e se este é capaz de gerar uma exclusão da conduta delitiva de terceiro – insistimos em reforçar!

Partimos da hipótese que o direito, em recorrente luta para tornar provável a improvável evolução de suas estruturas, no campo penal, segue em ritmo de oscilação-harmônica, de entrelaçamento de seus operadores, dos dois elementos argumentativos, a redundância e a variação de informações. Nessa trilha, construindo um jardim de veredas que que se bifurcam[15], entre elementos comunicativos repetitivos e inovadores, tem edificado uma sinfonia de coexistência entre notas comunicativas diversas. Os primeiros observadores, legisladores e doutrinadores oscilam entre si sobre a possível construção dogmática da conduta da vítima de crime na modernidade. Essa diversidade de observações contingentes de primeira ordem, por sua vez, reflete a variedade de observações contingentes de segunda ordem, dos julgadores, demonstrando uma construção de realidade labiríntica, flutuante, dissipativa, atinente à vítima, porque aberta aos diversos futuros e a contingência do direito moderno.

Significa que nossa hipótese caminha na direção de uma análise sobre como o sistema de imputação penal lida com essa estrutura comunicacional (conduta da vítima) dentro de sua operacionalidade. Assim, importa como esse tema interessa à linguagem do sistema jurídico

---

[15] Em alusão ao conto borgeano que explicamos no desenrolar da tese, que consta em BORGES, Jorge Luis. *El jardín de los senderos que se bifurcan* (1941). In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p. 43-48.

para continuar operando, que, nesta observação, funciona como autonomia, porque não é uma necessariamente uma autonomia aos moldes da teoria liberal. Trata-se de um modo autônomo comunicacional de inclusão do sistema psíquico no sistema jurídico, portanto, inclusão da comunicação da vítima. Porém, pela ilusão funcional de inclusão, oculta-se o paradoxo de sua possível desproteção, mas continua a expandir a comunicação penal, diminuindo os ruídos do sistema e dando a impressão de segurança jurídica, de respeito aos chamados direitos humanos, fundamentais, subjetivos. O direito penal revela-se, cada vez mais, como uma instância comunicacional, para além dos resquícios transcendentais de proteção de bens jurídicos naturais imanentes (e seus eteceteras...), que funciona apenas para se autorregular e continuar a conservar as expectativas das expectivas.

Enfim, pela filosofia da linguagem, torna-se perceptível, portanto, quanto os valores da filosofia dos valores, fundamentos do direito penal moderno não mais conseguem se sustentar. A todo tempo constroem-se novos valores e estes rapidamente se esgotam, tornando o direito uma máquina de condensação das complexidades da sociedade moderna[16]. O que se sustenta é somente o novo discurso, a nova argumentação ou a repetição daquilo que funcionou, mesmo que vazio, porque sem estado espiritual, só linguístico, só de continuidade da comunicação penal. A forma jurídico-penal encontra sua verdade, ainda a chama de real, para se tornar tão só forma jurídica, que comunica, que diz é crime ou não é crime. O direito, assim, se auto-operacionaliza a partir das suas complexidades, escondendo sua contingência[17].

1.2 TRAVESSIAS METODOLÓGICAS: O PENSAMENTO SISTÊMICO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISTA

São esperadas linhas regulares e sequenciais de um discurso no padrão rigoroso de confecção de um estudo acadêmico penal, dogmático, habitual. Além delas, dessa linearidade, que tentaremos seguir, essas formas descortinam-se também em movimentos espiralados de enunciados plurais a confrontarem-se amiúde, à feição de um caleidoscópio. Nesse compasso, por vezes aparentemente vertiginoso, as metáforas, as paronomásias, as assonâncias, os paradoxos da arte, da poesia, da literatura, da litografia absorvem e/ou absolvem outros paradoxos, conceitos, citações e terminologias teórico-científico da filosofia, da cibernética, da biologia, da sociologia, do direito, do mundo do crime, dos mundos das vítimas e dos mundos deixados nas entrelinhas por culpa das observações de todos os observadores

[16] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Trad.: GONÇALVES, Guilherme Leite. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.
[17] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

observados, incluindo a nossa escritura como observadora que por não se auto-observar escreve um tanto de entrelinhas, de não-linhas, de ocultações e de latências.

O limite entre o que se espera de uma tese crítica ao *modus* da crítica (que não nos poupa de lembranças a Popper[18], de critérios de objetividade, clareza e racionalidade etc.) e o que se experimenta nestas folhas com a linguagem da combinação sobredita, forma-se, por assim dizer, do rastro do silêncio: apresentamos um texto tanto transitivo, à medida que argumenta, relaciona, observa, descreve, bem como intransitivo, ao expor sua própria textualidade como uma pequena arena de suas autorreferencialidades e de resultado da própria travessia metodológica. O modo de construção do texto é o modo que a matriz teórica nos impregnou, não conseguimos deixar de nos misturar com o que conseguimos dizer e com aquilo que não conseguimos ver e dizer, mas, por isso mesmo, só foi dito o que não era necessário, o que pode ser diverso, o que pode se refeito, desfeito, esquecido, enaltecido. A forma como a tese é feita é a tese. Ela, portanto, não é sua hipótese, que apesar de hipótese é certa, precisa. A tese segue os enredos da sua antítese, por isso, faz-se contingente, por isso, faz-se sistêmica, construtivista, por isso, faz-se tese.

A topografia da tese nesse (i)nominável "entre-lugares" de linguagens não é despropositada. Trata-se de uma pesquisa filosófico-jurídico-penal submersa na epistemologia interdisciplinar, para muitos, transdisciplinar, que a chamamos de pensamento complexo, pensamento sistêmico ou de estrutural construtivismo. Em linhas escarças, a observação sobre a função do papel arriscado da vítima no direito penal moderno emerge por meio desse mergulho nos eixos do construtivismo e da teoria dos sistemas, que, por si mesmos, são recantos de policontextualidades e de conversas com diversas forma de observar o mundo – podem ser vistas, aqui, como o encontro entre saberes da física, da matemática, da biologia, da psicologia, da comunicação, da mecânica quântica, da poesia, da música, da arte.

Tais matrizes são e não são sínteses e antíteses de cruzamentos entre outros lugares do saber, ou seja, sem incorrer em neutralizações e obstinações, o estrutural construtivismo assimila, mas, ao mesmo tempo, constrói a sua própria estrutura, operação, sem pretensões de absolutismos, mas com potencial à universalização do método. Esse mesmo método do pensamento complexo aplica-se a ele mesmo: autorreproduz-se pela sua *autopoiesis*, de modo fechado, mas dialoga com diversos ramos do saber, deixando seu campo cognitivo sempre aberto à novas possibilidade de conhecer os mundos do mundo.

---

[18] Paronomásia entre "poupar" e "Popper", remissão a **Karl Raimund Popper ("A lógica da investigação científica").**

Ora, se o lugar de fala se vincula a *poiesis*, tanto no senso de produção, como de poesia, a ideia é utilizarmos de conjunção/disjunção, de distinções e seus traçados, como início iniciado na invenção do saber e do não-saber até quando, assim, pensamos que ao menos estamos chegando perto, em aproximação, do "observamos". Para esmiuçar essa ideia lançada, é necessário adentrar no campo da epistemologia das epistemologias, ou seja, em uma observação que observa as observações do saber. Esse é o lugar dos construtivismos. Desse modo, a metodologia utilizada ultrapassa a fronteira de simples instrumento teórico, ocupando duplo espaço, já que passa a ser objeto próprio de investigação na tese, ou seja, passa a ser forma descrita e forma de descrever. Quer dizer, nos valemos das ideias dos construtivistas e escrevemos assumindo as suas premissas, mas também tentamos escrever construir a estética da tese nessa moldura construtivista. Cada linha é apenas um modo de observação autorreferencial nosso que inventa as realidades que são nossos sentidos emprestados aquele dito lugar do "observamos". Por isso, talvez, o oportuno seja extrair o que é menos evidente nessas investigações, com a finalidade de realçar o traço diferencial que se delineia a partir desse investimento.

O mesmo ocorre com a descrição da teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann com os contributos do professor Raffaele de Giorgi, que desempenha função de vetor de observação do papel da vítima de crime, mas que também é, para além de método, objeto, forma construída como objeto do trabalho. A referida teoria pode fornecer uma apreensão analítica sem precedentes no que tange à autonomia dos sistemas sociais relativamente aos sistemas psíquicos, que passa a se constituir ambiente da sociedade. É um giro teórico-conceitual que permite a descrição da sociedade desvinculada de pressuposições ontológicas e axiológicas. Essas fundamentações já não mais são compatíveis com o nível de complexidade da própria sociedade moderna. Sendo assim, as descrições da teoria aqui ventilada são operações autológicas, são formas da própria sociedade observar e descrever a si mesma, o que implica a necessidade de uma compatibilidade entre complexidade de descrição e a do sistema descrito.

Nesse sentido, a teoria parece querer encontrar observadores com quem fabular, que, por sua vez, queiram a "verdade" não pela sua primazia, mas pela sua invenção enquanto simulacro de descoberta, ou seja, pelo seu poder criador, já que não existe nada que não possa ser falseado, que não libere vetores que possam ser disparados em outras direções. De tal sorte que se faz necessário compreender como o visível joga suas raízes no invisível, o passageiro, no eterno, o movimento no repouso, o relativo no absoluto, de modo que a interpretação do real seja um ato permanente de atravessamento. Esposar a oscilação, colocar em órbita a criatividade dos paradoxos e provocar os esquemas entre instabilidade e estabilidade, entropia

e negentropia, nos horizontes das contingências e latências crescentes à proporção das complexidades, é correr o risco de se aventurar nas verdades das verdades da nossa provisoriedade, de nossas seleções metodológicas.

A tese escapa de uma teoria sobre a ciência da necessidade atravessando a ciência dos possíveis presentes temporários. Caminha pelas reflexões que não mais questiona "o quê?" sem que antes e prioritariamente seja perquerido o roteiro do como. Mudar os tipos de perguntas pelas quais se definem a investigação científica influencia decisivamente no futuro dos programas em jogo, das condições de respostas, é o que pode, pois, ditar as trajetórias possíveis e relegar ao esquecimento, pelo menos por agora, outras concessões.

Assim são feitas as distinções, quando começamos a traçar confins, a marcar territórios e indicar o que fazemos, mesmo que não possamos enxergar a unidade do traço que distingue os dois lados, a própria distinção. Mas, quando começamos a observar nossas observações, já nos encontramos na experiência da observação dos contrastes, do atravessamento. Observar é o que os observadores fazem quando distinguem entidades que produzem como objetos de descrições, explicações e reflexões nas diferentes situações cotidianas. As faculdades e propriedades do observador resultam do seu funcionamento enquanto sistema vivo, ainda que a experiência de ser um observador lhe ocorra como coisa comum e corriqueira enquanto permanece experimentalmente cego a respeito da sua origem[19].

O tempo não é mais experimentado na diferença entre *aeternitus*/*tempus* e, portanto, não pode mais haver normas fixadas temporalmente. Do contrário, a distinção temporal é aquela entre passado e futuro e apenas a fronteira, que separa os dois lados dessa forma temporal, conta como o presente que, no entanto, não pode mais encontrar um lugar na forma. Portanto, a orientação social deve ser adaptada à insegurança e ao risco, do próprio tempo que inventa e reinventa sua temporalidade, para a compreensão de que as coisas podem mudar no momento seguinte, nesse jogo de remissões de sentidos, favorecidas pela memória dos sistemas observantes[20].

Em termos mais diretos, sobre essa forma de abordagem metodológica, pensamos trazer um viés inovador ao objeto de estudo, qual seja: a perspectiva sociológica/filosófica, que permite uma interpretação sobre o objeto a partir da sua operação, estrutura e função. No referido construtivismo, portanto, quem determina o que é a ciência é o observador, ele que constrói as distinções e, a partir delas, nasce a ideia de saber e de teoria do conhecimento. O

---

[19] MATURANA, Humberto. ***Cognição, ciência e vida cotidiana***. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.
[20] LUHMANN, Niklas. ***Esistono ancora norme indispensabili?*** Roma: Armando Editore, 2003, p.66.

observador elabora informação, estrutura mentalmente, modula, constrói significados e a realidade. Inexiste uma realidade preexistente e independente do observador. Há visões de mundos diversas dependentes do ponto de vista de quem exatamente vê. Assim, o observador é implicado no processo de autorreferência da observação.

Sendo assim, nossa reflexão recai sobre as interrogantes: como é possível o saber? Como é possível a construção do que chamamos de ciência? Ou seja, trata-se de um estudo que está a todo tempo refletindo sobre como a grande tradição lingüístico-comunicativa (pensamento moderno, liberal e iluminista) tem determinado o campo do científico. Por isso, questiona-se também o reinado dos princípios, em suas redes de verdades fundamentadoras dos sistemas sociais do mundo ocidental. Afinal, realizamos uma observação crítica ao estudarmos a autonomia/consentimento da vítima e seus milhares de princípios (em remissões), a saber: princípio da autorresponsabilidade da vítima, princípio da alteridade, da não-identidade na criação do risco etc. Todavia, nota-se, inequivocamente, o esgotamento desse pensamento quando diante do conflito de suas verdades (conflito entre princípios), que exige do sistema uma operacionalização seletiva, o processo de escolha determina o sacrifício de uma das verdades.

Os princípios, com roupagem de *verdades*, são edificados na forma de *conceito*, ponto que faz emergir certo paradoxo. A razão disso reside no fato de ser fácil "indicar imediatamente em que consista a natureza do conceito enquanto não se estabelece imediatamente o conceito de outro objeto qualquer"[21]. Por isso, torna-se imprescindível dar maior relevo e atenção a cognitividade, as palavras e ao *como* o observador usa esses instrumentos em suas construções. O alerta é no sentido de, se se pretende discorrer seriamente, no espaço do direito, deve-se observar atentamente para a sua estrutura paradoxal, nas palavras construtivistas de que "paradoxal é o direito porque a distinção entre direito e ilícito começa em si mesmo"[22].

Há um dualismo-unitário, diferenciações, na construção de conceitos: o conceito construído somente é possível por se amparar em outro. Trata-se da representação do limite cognitivo alcançado pelo *ser* (os indivíduos) nas relações comunicativas, isto é, não se consegue ir além de um dualismo, de um código binário cognitivo, que tem traduzido os processos de civilidade no mundo ocidental. Logo, a natureza do conceito não está em si

---

[21] HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Scienza della Logica**. Traduzione di Arturo Moni. Tomo Terzo – *Sistema della Logica Soggettiva*. Roma-Bari : Editori Laterza, 1974, p.5.
[22]DE GIORGI, Raffaele. MAGNOLO, Stefano. **Mondi della società del mondo**. (Collana *Teoria della Società*, nº 6). Lecce : Edizioni Pensa MultiMedia, 2006. P. 26.

mesmo, mas sim em outro, que é imediatamente apontado para legitimar aquele. O conceito só é conceito porque é um conceito de diferenciação entre si mesmo e o outro conceito.

Diante disso, indaga-se: como é possível construir o conceito de ciências sociais, incluindo a jurídica, isto é, aquele que lhe dar suporte? Na perspectiva construtivista, a resposta advém exatamente do observador. Sua função é identificar fenomenologias que possam ser construídas como ciências sociais, portanto, são teóricos sociais. Por outras letras, cabe ao observador interpretar o nascimento da ideia, que se encontra diante dos seus olhos e, após sua seleção, elevar ou não ao posto de ciência. Eis o processo de cientificar uma ideia e construir uma realidade social, que dá ensejo à edificação arquitetônica intitulada civilidade.

Percebe-se que a modernidade é, pois, um conceito filosófico e sociológico de impor razão/racionalidade como parâmetro transcendental da sociedade. Razão como princípio de orientação da estrutura de expectativas consequentes da conduta humana, mas, que não exclui o paradoxo de sua autofundação: ao passo que funda a si mesma e funda também o que não é racionalidade. De se ver que a razão começa de si mesma e a razão da modernidade é tida como A Razão, ou seja, universaliza a si mesma. Nesse sentido, importa conhecer que razão há sobre a autonomia da vítima na modernidade, sem perder de vista o olhar construtivista de que tal razão será apenas mais uma entre tantas razões. Isso porque é preciso sempre lembrar e se autoquestionar: qual a razão da razão? Que razão tem a razão?[23]

Apesar dos paradoxos, a razão moderna constrói a ideia de imputação, ou seja, a técnica de atribuição de responsabilidade e resultado às condutas humanas, por meio do controle dos riscos. Sendo assim, a modernidade tenta controlar o tempo, o futuro, pelo direito, mormente o penal, pelo cálculo de probabilidades. Afinal, considera-se o ser humano autônomo, detentor de livre-arbítrio, racional, logo, capaz de calcular seu comportamento e consequências. Porém, tais entes psíquicos, os sujeitos, não se orientam, em absoluto, por possibilidades de decisão. O que revela o outro lado da razão, o outro lado da distinção, que também se aplica à vítima de crimes e organizações sociais. Vigora, pois, o princípio da dupla contingência no âmbito da comunicação: as interações podem ser decodificadas expectativas de expectativas.

Por tudo isso, verifica-se que o fundamental no construtivismo é que o conhecimento humano e a experiência são características de uma participação ativa do observador. Ele que literalmente cria a realidade, logo, esta depende de sua autorreferencialidade. O conhecimento não se refere a uma realidade objetiva ontológica e igual para todos, mas é consequência da

---

[23] Sobre a razão da razão, DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

organização da experiência humana. O conhecimento é um processo de construção de significados negociados juntos com outros e não como aquisição de saber que existe externamente ao que o constrói. O mundo é o reflexo comunicativo dos sistemas observantes.

Assim, as categorias são construídas a partir da imaginação humana entre uma dimensão social e atividade cognitiva individual, de forma dinâmica e em relação de circularidade. Tal imaginação conecta o ator social e, em particular, dar relevo à linguagem para discriminar e categorizar as coisas, de forma perceptiva e cultural[24], o que gera redução da complexidade do ambiente e permite a identificação dos objetos. O que não deixa de ter certo simbolismo e ser uma metáfora que funciona para condensar a experiência.

Em outros termos, o conhecimento passa a ser construído pelo olhar do observador, que identifica nas relações comunicativas – a produção do agir comunicativo que substitui a ideia de fato, este é apenas um produto da comunicação, esta é o elemento preponderante para a construção do sistema social ou sociedade – a origem do que é nominado saber ou conhecimento. O posicionamento do observador traduz um sentido científico construído no espaço da sociologia, neurociência, cibernética e comunicação por teóricos como, por ex., Heinz von Foerster, Niklas Luhmann, George Spencer-Brown e Raffaele De Giorgi.

Os processos comunicativos de construção cognitiva, a partir da modernidade, com o uso da referida expressão intitulada ratio (razão) intensificam o dualismo sem sentido do verdadeiro ou falso, que edifica o saber e não-saber, a teoria do conhecimento. As realidades estão dentro do saber, elas são a verdade, assim, o conhecimento é verdade, saber é verdade. Destarte, o pensamento constrói saber ou conhecimento, necessitando elaborar uma engenharia comunicativa que represente: lógica, sistematicidade e persuasão. Exatamente, estas terminologias alcançam sua materialização comunicativa nas expressões: verdade e racionalidade .

Em suma, a teoria do conhecimento é uma construção da verdade racional. E aquele que constrói tais verdades detém saber e conhecimento. Eis o observador, que formulou o olhar que se volta para o passado com a objetividade de analisar o presente e perspectivar o futuro. Ele modelou as matrizes de sistema social e sociedade, mas parece que esses modelos ou definições acerca da sociedade ruíram, liquidificaram-se, evaporaram-se. Restou uma produção comunicativa ininterrupta que o Observador não mais consegue analisar, não mais consegue conceituar, não mais consegue definir.

---

[24]SERSALE, Carmen Maria. ***Jerome S. Bruner: creatività e strutture nella su metodologia educativa***. Roma: Armando Editore, 1978, p.13.

Este observador que observa é observado, não se auto-observa, não observa tudo. Ele constrói a definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) com base no critério da identificação das diferenças. Nasce a Teoria da Sociedade ou Teoria dos Sistemas Sociais, mas, o observador só vê aqui que vê, não vê aquilo que não vê. Basta lembrar que o mundo do saber é sempre menor do que o mundo do não-saber[25].

Desse modo, na observação, há sempre um ponto cego. Em razão disso, faz-se necessário reconhecer as limitações na construção do que é saber ou conhecimento. Nesse sentido, afirma-se que "só conseguimos enxergar aquilo que podemos explicar"[26]. O cérebro não tem estrutura para perceber luzes, cores, sons, calores nem imagens. A mente humana só capta ondas eletromagnéticas, quer dizer, intensidades. É o sistema nervoso que calcula essas percepções. Já quanto ao fenômeno da comunicação, pode-se dizer que palavras, símbolos ou mensagens não fazem parte da comunicação, significam apenas suas tecnologias. A informação não é uma realidade, mas sim uma probabilidade, um processo relacional, uma atividade. Por isso, assevera-se que não existe assim, uma teoria da comunicação, uma ciência da comunicação, apenas há uma teoria e ciência das tecnologias da comunicação. Tudo não passa de lógica recursiva e autorreferência[27].

Pode-se afirmar que o olhar do observador, por assim dizer, a teoria da comunicação do observador, é a tradução de uma visão científica denominada análise sociológica, a partir dela passa a ser possível a construção de conceitos, definições etc., bases científicas de estudos sobre as fenomenologias sociais, agir comunicativo das pessoas, que diretamente faz surgir o espaço comunitário, o espaço social, assim como o delimita. O que significa dizer que este agir comunicativo formula, a guisa de exemplo, os olhares de inclusão e exclusão. No entanto, observador, titular da formulação científica, passou a enfrentar enormes dificuldades para descrever as fenomenologias sociais produzidas pelo agir comunicativo. Surge um elemento novo na produção comunicativa: a complexidade. As investigações devem, portanto, partir de um olhar sobre a complexidade. Os sistemas sociais, por intermédio das suas estruturas e processos, operam com seletividade à luz de um universo de possibilidades, para que possa construir a sua ordem, a sua verdade. A questão é que esta metodologia faz com que o próprio sistema social ou a sociedade se torne complexa.

---

[25] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, p. 22.
[26] FOERSTER, Heinz. ***Wissen und Gewissen***. SCHMIDT, Siegfried J. (Org.). Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994. p.269 *apud* LUHMANN, Niklas. ***Social systems***. Stanford, Stanford University Press. 1995. p. 193.
[27] Sobre o tema da comunicação e sua improbabilidade, *vide*: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006.

Na lição sociológica do funcionalismo-estrutural a "complexidade não é uma operação, não é nada que um sistema faça ou que nele ocorra, mas é um conceito de observação e de descrição, inclusive de auto-observação e auto-descrição"[28]. Mas, a observação é construída pelo observador e se ele não se auto-observa, como pode construir auto-observação e auto-descrição?

Dessa forma, constata-se que as ciências sociais não possuem uma estrutura teórica adequada. A sociologia não mais explica, conceitua, define ou descreve o modelo atual de sociedade. Não consegue realizar uma descrição científica da sociedade moderna ou a nova face da sociedade moderna. O observador está sempre com o olhar nas soluções construídas pelos autores clássicos (os primeiros observadores). O observador consegue realizar uma colocação dos problemas, no entanto, quando do momento de formular as soluções ele sobrecarrega as antigas perspectivas. O observador, portanto, cria um princípio explicativo: o conceito de complexidade.

O olhar do observador só vê: desmoronamento, liquidificação, evaporação dos conceitos formulados sobre uma sociedade que parece não mais existir. A sua matriz racional-calculadora-finalística desmoronou, seu discurso sobre o método não mais persuade. As suas formulações de determinação-corroboração de elementos constitutivos indispensáveis evaporaram. A ontologia e a antropologia tanto cultural quanto social não mais ofertam respostas para as problemáticas apresentadas pela nova face da sociedade moderna.

Feita essa explicação, quando se fala que esta pesquisa vale-se do estrutural construtivismo, isso implica, portanto, que a dogmática a que se vislumbra aqui possui uma estrutura: a comunicação. Esta, por sua vez, será trabalhada como a autonomia da vítima. A vítima aparece como o observadora do evento denominado delituoso, provoca, irrita, o legislador e o doutrinador, nominados aqui como observadores de primeira ordem, legitimados para construir a moldura dogmática, antecipando-se ao observador de segunda ordem que é o julgador do *case law*. Todos esses observadores para esta autora da tese servem para suas construções em terceira ordem de comunicação, de observação. Assim, inova-se porque se reflete sobre quanto há de verdade na verdade tida como autonomia da vítima no direito penal, considerando que ela é um resultado de remissões de sentido entre diversos observadores em argumentação? Quanto essa verdade suporta o peso de outras verdades? Quanto ela consegue permanecer erguida como verdade no sistema penal contemporâneo que ainda se arroga como protetor de bens jurídicos?

---

[28]LUHMANN, Niklas. ***Social systems***. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 193.

Afora essas verdades, afirma-se que esta pesquisa tem caráter eminentemente teórico e alicerça-se no estruturalismo[29]. Esclarece-se que Talcott Parsons imaginava um funcionalismo estrutural, a sociedade como estrutura e a partir dela se inventava uma variedade de instrumentos que funcionalizariam o desenvolvimento e a operacionalidade da sociedade. Já Niklas Luhmann, invertendo esse pensamento, criando seu estruturalismo funcional, pelo qual a comunicação/linguagem é a estrutura e a sociedade aparece como a própria funcionalidade; pela comunicação se inventam ferramentas (funcionais) para expandir a sociedade.

Além disso, insta relembrar que o elemento tempo também reflete e é relevante nas construções do observador. O processo de criação ou invenção do saber ou teoria do conhecimento exige o tempo como plataforma para afirmação e reconhecimento do que é científico. O esgotamento da matriz moderna de uma construção protagonizada pela *ratio* passou a implicar consideravelmente no processo e metodologias das ciências sociais. O tempo não mais existe só a velocidade, essa parece diluir-se em aceleração, em fragmentação e simultaneidade. As implicações são nos campos da causalidade e dos princípios. Porque esse referido caráter do tempo destrói, liquidifica, fulmina a idéia do próprio tempo. Mas, a velocidade e simultaneidade constroem civilidade ou paradigma? As ciências sociais podem explicar, garantir ou responder às indagações? Nas ciências sociais, ainda é possível ofertar explicações por meio de conceitos?[30] Se a ideia de tempo parece evaporar, o que resta às ciências sociais, isto é, uma fenomenologia científica de uma existência inexistente que existe?

O modelo (até então, inominado) de sistema social que não pode desconsiderar sua incomensurabilidade com a sociedade moderna, existe em seus paradoxos: exige igualdade sem vê a produção da desigualdade; exige diversidade sem considerar a unidade. O sistema social convoca as ciências sociais para explicar os subsistemas sociais da política, economia, religião, cultura, direito etc. e construir explicações temáticas referentes à sociedade. Porém, acredita-se que as ciências sociais não apresentam estruturas teóricas para cumprir a referida função, não possuem os alicerces teóricos. Porque descrevem a sociedade mediante a utilização de uma metodologia de ocultação das suas insuficiências de estrutura teórica. Possivelmente, tais teóricos sociais não vêem, que não vêem.

---

[29] MANSILLA, Dario Rodriguez. *Invitación a la sociologia de Niklas Luhmann*. In: LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Iberoamericana, 2002, p.23 e ss.

[30] SILVA, Luciano Nascimento. Lineamentos da Teoria Estratégica da Ciência do Direito e Sistema Geral da Teoria Constitucional do Direito Penal Econômico Estratégico. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. (Org.). **Decisão Judicial, Normativismo e Direito Penal Moderno - Estudos do *Centro di Studi Sul Rischio dell`Università del Salento*,** Itália, dos professores doutores Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, v. 3, p. 135-162.

O cenário é agravado com a tradução da cegueira social, pode-se dizer que: não conseguem ver que os sistemas operam pelo método da seletividade, seja referente às estruturas, seja aos processos. O sistema opera à luz de uma série de possibilidades com o objetivo finalístico de criar uma ordem. Ao construir essa ordem o sistema próprio se torna complexo, pois se vê obrigado a realizar uma seleção quanto à relação existente entre seus elementos. Com outras palavras, as ciências sociais, que explicam os fenômenos a partir de uma comunicação científica explicativa sobre o que acontece, produzem uma comunicação que comunica e não comunica. Lembrando o que disse De Giorgi sobre Einstein ter afirmado que "as teorias científicas são livres criações da mente humana". A afirmação fulminava séculos de pensamento europeu acerca do sentido da teoria do conhecimento. Traduziu o sentido da revelação/ocultação de um paradoxo, provocou a possibilidade de não haver conhecimento, saber, explicação ou demonstração acerca do mundo. Mais ainda, lembrou Nietzsche que asseverou ser o mundo uma invenção cristã. Um conceito de fim, ao qual endereçar cada nossa necessária ignorância [31].

Barreto, por seu turno, afirma que sociologia não é uma ciência, mas sim não passa de uma frase, de um sonho tão bonito quanto inatingível. A sociologia seria "apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável". Sua tradução poderia se dá por um postulado do coração que procura traçar as linhas da sociedade num todo orgânico. Trata-se de uma construção que não merece atenção. Para ele, o estudo dos fenômenos sociais, em uma consideração de totalidade reduzida à unidade lógica de um sistema científico, resultaria em estupenda pantosofia[32]. Nas diretas expressões de Foerster: "nas ciências, a verdade é a construção de um grande mentiroso"[33].

Finalmente, as tomadas de decisão – sejam elas pautadas na ciência, política, economia etc. – que objetivam construir soluções para as problemáticas (riscos) que o modelo de sociedade produz, geram novas problemáticas, que exigem novas soluções, que ocasionam novas problemáticas com implicações sistêmicas. O maior risco que tem sido produzido é o *risco* de amanhã essa sociedade não mais existir. Isso porque os conceitos, a invenção do saber, os mundos do conhecimento traduzem a inequívoca ignorância humana. O saber representa o nível máximo do não-saber. Como se viu, o observador é a personagem nuclear na construção do *saber* ou teoria do conhecimento, sem ele não há saber, sem ele não há

---

[31] DE GIORGI, Raffaele. MAGNOLO, Stefano. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultiMedia, 2005. p.195.

[32] BARRETO, TOBIAS. **Introdução ao Estudo do Direito**. Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.11-13.

[33] FOERSTER, Heinz von. BERHNARD, Pörksen. ***La verità è l'invenzione di um bugiardo***. ***Colloqui per scettici***. Milano: Meltemi Editore, 2001, 288-89.

conhecimento, mas, com ele, o que é construído é realmente um saber? Ou é um saber do não-saber, que caracteriza a nossa necessária ignorância de uma teoria do conhecimento?

É nessa direção de crítica à teoria do conhecimento que se constrói esta pesquisa sobre autonomia da vítima de crime e sobre a dogmática penal. Assim, percebe-se que construir traduz os limites do pensamento, que se abrem e se fecham pelas simplificações de natureza causal, histórica e antropocêntrica, que conduzem sempre a uma metodologia da objetividade. Trata-se de operações que assumem a função de construir horizontes, que partem sempre de outros horizontes em uma diversidade que exige seleção de possibilidades de horizontes. O saber se reproduz a partir de si mesmo e retorna sempre a si mesmo (há uma auto-reprodução, auto-recursividade e reflexidade). As atualizações de horizontes se dão por expectativas agora denominadas de ciência, atualizadas por outras expectativas.

Em suma, os construtivistas declaram que pesquisas em geral tem como metodologia a construção de uma verdade, ou seja, a busca por elementos suficientes para construir um discurso jurídico que possa traduzir (nesse caso, que autonomia de consentir da vítima transformada em princípio) a função prioritariamente de operacionalizar o sistema e não de garantir direitos. Assim, a ideia de saber refere-se à produção de uma linguagem lógica, sistemática e persuasiva que ascenda à categoria de verdade científica e a que maioria a incorpore. Logo, criam-se problemáticas e inventam-se soluções que poderão ser a verdade das verdades, sair do campo das incertezas para construir certezas válidas no direito. Porém, o aspecto possivelmente mais fundamental nesse percurso é, como já ventilado, refletir sobre Quanto há de verdade na nossa verdade? Quanto a nossa verdade suporta o peso de outras verdades? Quanto ela consegue permanecer erguida como verdade?

Afirma-se que tal verdade ventilada é paradoxal: não há garantia que a verdade que vence seja a mais adequada à teoria do conhecimento para construir um processo de civilidade. Portanto, essa teoria do conhecimento construída com base nessa espécie de verdade, não deixa de ser, do ponto de vista construtivista, uma teoria de um não conhecimento: não conhecimento que produz conhecimento para não ser conhecimento permanecendo conhecimento. Sem jogo de palavras, podemos dizer que a história do conhecimento que se pretende expor é uma estória ou história das possíveis falsidades do sistema, porque se as ideias ruem podem não ser tidas como verdadeiras.

Já nas visionárias palavras de Tobias Barreto percebe-se que o direito é um produto linguístico, histórico e cultural da humanidade. O direito é a força que luta contra a própria força. Portanto, a nossa verdade terá que matar outras verdades para se fazer valer como

verdade/direito[34]. Eis a metodologia construtivista da interpretação jurídica, consistindo, pois, nesse caminho que aponta para uma sustentação científica do direito como produto de natureza social, como conhecimento global construído por pensamento reflexivo, instrução comunicacional. Isso tudo em uma perspectiva da identificação de um conjunto de conhecimentos socialmente adquiridos e organizados, em um reconhecimento histórico de acumulação e realizado por estruturas, métodos e metodologias, teorias e linguagens especificamente transformadas, em um olhar de compreensão e orientação das atividades humanas, políticas, culturais e sociais.

Finalmente, reiteramos que – para além do interesse de se investigar a possibilidade ou não da autonomia da vítima, do ponto de vista da filosofia da ilustração, ou seja, examinar se a vítima tem o valor liberdade garantido como reflexo da sua dignidade humana e se este é capaz de gerar uma exclusão da conduta delitiva de terceiro – busca-se precipuamente proceder a uma crítica sobre como o sistema jurídico lida com essa estrutura, autonomia individual, dentro de sua operacionalidade. Deveras, assume-se o risco de, ao observar, opinar sobre tais questões, não apenas contribuindo para uma diferente compreensão dos objetos aproximados, porém, sobremodo, evitando simplesmente a assunção de atitude passiva e reprodutiva do diálogo da literatura já posto.

1.3 SOBRE OS TRÊS EIXOS DE ESTRUTURAÇÃO DA TESE

Para tanto, este trabalho doutoral estrutura-se em três eixos principais.

O primeiro momento reúne as descrições do próprio método e fundamento teórico da tese: abordam-se os pontos centrais da teoria dos sistemas e dos construtivismos. Partimos de um crítica a consideração da realidade objetiva, passando pela análise do chamado princípio da codificação indiferenciada de Heinz Von Foerster. Seguimos nos estudos da cibernética da cibernética ou cibernética de segunda ordem para desvendar: a autorreferencialidade do observador, como um terceiro excluído, porém incluído, a margem das estruturas latentes e a construção de um mundo pleno de contingências. A partir disso, apresentamos o direito enquanto subsistema social, enquanto sistema jurídico, autopoiético, operacionalizado por seu próprio código binário de comunicação, qual seja lícito/ilícito. É por meio dessa comunicação que o direito descreve sua paradoxalidade e autorreferencialidade frente ao ambiente social. Este entorno, composto pelos outros sistemas circundantes, tanto sociais como psíquicos,

[34] BARRETO, TOBIAS. **Introdução ao Estudo do Direito**. Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.444.

funciona como espelho da heterorreferencialidade e das reentradas de distinções de distinções, recorrentemente realizadas quando da evolução sistêmica, ou seja, quando da ocorrência de seus mecanismos evolutivos atinentes às mutações nas estruturas jurídicas e diante das decisões judiciais.

No segundo eixo, nos dedicamos propriamente à aplicação dos conceitos basilares delineados no capítulo (eixo) anterior à temática da vítima. Assim, passamos à identificação de usos comunicacionais a respeito do papel da vítima, a partir da compreensão da função-memória e sua temporalidade inventada, que dão suporte a construção do labiríntico direito penal moderno, bifurcado entre os caminhos da redundância e da variação argumentativas. Partimos da explicação sobre uma possível evolucação da dogmática jurídica, com o intento de descrever o modo como é possível que estruturas jurídicas sejam construídas e como é possível que elas perdurem. Explicamos a fundamental importância do papel da função da memória nessa construção de sentido, de temporalidade e de consistências das operações do direito. Demonstramos como a dogmática penal moderna convive com a incerteza e a certeza de suas estruturas, o que reflete na construção de programas condicionais múltiplos e abertos a diversas reinterpretações pelos observadores jurídicos. Nesse sentido, foram expostas criticamente as doutrinas que consideramos originárias e centrais sobre a conduta da vítima de crime e sua forma de operar no sistema de imputação jurídico-penal. Podemos destacar que abordamos os principais aspectos relativos à vitimodogmática de Bernd Schünemann, à autocolocoção em risco e heretocolocação em risco consentida de Claus Roxin, acrescentando ponto críticos pela visão de Luzón Peña, bem como abordamos a atuação a próprio risco da vítima à luz de Günther Jakobs.

No terceiro eixo, são discutidos e entralaçados os níveis de observação sobre a conduta da vítima e os limites das matrizes teóricas dominantes na dogmática penal moderna. Sendo assim, apresentamos os primeiros observadores sobre a conduta da vítima, os compreendendo como doutrinadores e legisladores, em seguida apresentamos os segundos observadores, os intérpretes, e, por últimos, apresentamos nossas observações sobre essa conduta vitimal. A ideia foi de descrever a observação estrutural-construtivista da dogmática-penal, atinente à conduta do personagem vítima, para além da teoria de proteção exclusiva de bem jurídico. Tudo isso, com intuito de ampliar a capacidade cognitiva dos observadores e fomentar a produção de formulações conceituais para as complexidades geradas pelas contingências e pela velocidade da mutação das relações no modelo de sociedade moderna, a partir dessa teoria jurídica da comunicação.

2 ESTRUTURAL CONSTRUTIVISMO COMO MÉTODO DE OBSERVAÇÃO DA PARADOXALIDADE DO DIREITO DA SOCIEDADE MODERNA

O Direito roga-se no direito de dizer que é e não é. Mas, é o que não é e diz que é. Essa ambivalência, a depender de como enxergamos o sistema do direito, não configura um defeito lógico que bloqueia seu desempenho, senão é simplesmente uma parte constitutiva do mesmo. O direito e o não-direito espelham faces janosianas[35]: distintas, porém pressupostas mutuamente. A simultaneidade de sentidos ocultada reflete o direito como diferença da unidade da diferença entre direito/não-direito, lícito e ilícito. A todo custo, o sistema jurídico segue funcionando com sua ensaiada cegueira: a cada operação apenas traça a distinção entre o que é direito e, ao mesmo passo, o que não é direito, sem se auto-observar.

Se observarmos bem, percebemos que o mencionado paradoxo refere-se à fundação do direito. Este é tão autoarrogante que, raras vezes, questiona a si mesmo se tem direito de dizer o que é direito e o que não é direito. O que somente vem à tona quando e se o sistema do direito pretende deparar-se consigo mesmo, apesar de continuar a não lhe ser conveniente confessar sua falta de um início, ou melhor, seu início iniciado desde si. Nessa redundância autológica, a raridade daquele questionamento, da auto-observação, ou sua falta, é mais que oportuna, pois ela evita uma circularidade paralisante e permite o normal funcionamento (ou a funcional normalização) do sistema jurídico.

Assim, o direito é forçado a agir criativamente, por meio das semânticas inventadas que o legitimam, nas vestes de: direito natural, princípios do direito, razão do contrato, soberania, direito positivo, direitos humanos, Constituição, democracia etc. Sejam quais sejam as invenções, elas oferecem um fundamento ao sistema que não têm fundamento[36]. Dessa maneira, na impossibilidade de se ver monstruosamente bifronte e de reconhecer tal paradoxo constitutivo, o direito esconde-se de si e esconde seu paradoxo com novas assimetrias, ou seja, retorna ao desenvolvimento deste de forma criativa.

---

[35]Referência ao deus romano *ianus geminus* (Jano bifronte ou gêmeos Jano) de dois rostos, que observavam em sentidos opostos, com uma dupla função de gestão do fim e o início de todas as coisas. Também, considerado o responsável por abrir as portas para o ano que se inicia, por isso, o nome do mês de janeiro. Isso em alusão à lenda de Jano ter salvado Roma de um ataque inimigo, depois da qual, as portas permaneciam abertas à proteção do referido deus, somente se fechando quando a paz reinou no império romano (*vide*: GRIMAL, Pierre. ***Diccionario de mitologia***. ***Grieca y Romana***. Barcelona: Paidós, 1981, p.295-296).

[36]Luhmann aduz: "A legitimação do direito a partir de valores transcendentes não seria factível", por isso, propõe seu Iluminismo Sociológico (em seis volumes) para iluminar o Iluminismo, para mostrar os paradoxos ocultados pelas categorias semânticas (racionalidade da ação, verdades, pressupostos ontológicos etc.) do projeto de modernidade. Propõe a sua racionalidade sistêmica, assume a contingência na lógica da diferenciação funcional e busca compreender e reduzir a alta complexidade do mundo (LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit.* In***: Droit et Societè***. n.47, p.15-73, 2001, p.41; LUHMANN, Niklas. ***Illuminismo sociologico***. Volume 1. Milano: Il Saggiatore, 1983, principalmente, p.73-102).

O paradoxo apresenta-se como "santuário do sistema, sua divindade em múltiplas configurações: *unitas multiplex*, reinserção da forma na forma, uniformidade do diferenciado, determinabilidade da indeterminação e autolegitimação"[37]. Trata-se da "a inclusão da diferença no diferenciado por ela. É o valor máximo da diferença, que domina realmente sobre tudo aquilo que quer distinguir e que se encontra presente naquilo distinto por ela mesma" [38]. Frente a isso, resta às teorias do direito a tarefa de "construir paradoxos sobre paradoxos, como forma de resolver paradoxos"[39].

Nesse frenesi, o direito, por intermédio da autoevidência de sempre e somente referir-se a si, persegue a saga de ser direito e não-direito. O estranho é que, no contexto contemporâneo, as consequências desse jogo de distinções, de inclusão e exclusão, valor positivo e valor negativo, passam despercebidas. Como "cegos que vêem, cegos que, vendo, não vêem"[40], não se quer assumir que o direito seleciona inúmeras condições de agir socialmente eficazes (incluindo-as, pois, no lado do que é direito), mas segue, concomitantemente, acarretando a outra margem da fronteira: uma multiplicidade de exclusões, o lado do não-direito. Portanto, a duplicação do seu valor positivo, como tentativa de solucionar seu paradoxo da autorreferência[41], termina por efetivamente não funcionar, já que não se aplica ao valor negativo, à margem não marcada, sua face invisibilizada.

Empenhados em sustentar os acordos racionais em torno de valores, os cientistas ilustrados do direito moderno não querem perceber que do direito apenas se pode "dizer que é, não que deve ser". Somente podemos descrever como ele opera e constrói sua realidade. O espectro do "dever-ser" remanesce "como uma concha protetiva de natureza semântica, pela qual o direito cobre-se para ocultar de si mesmo a sua factualidade: que não há nenhum direito a ser direito"[42].

---

[37] "A unidade é expressa no sistema através de distinções que, como distinções diretrizes, têm a função de ocultar o que elas manifestam. Estruturalmente, isso é realizado através do processo de diferenciação: através da multiplicação dentro do sistema de distinção sistema/ambiente. Portanto, a pergunta sobre o desenvolvimento do paradoxo é a chave para o problema da diferenciação - e, a partir da forma de diferenciação, que semântica é adquirida ou perde a plausibilidade" (LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 228 – ambas as citações; versão italiana, . ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p.295).

[38] "Paradoxo surge quando um dado esquema de diferenças ou modo de diferenciar incide sobre o âmbito que inclui esse mesmo modo de diferenciar" (IZUZQUIZA, Ignacio. ***La sociedade sin hombres.*** *Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 2008, p.125 - ambas as citações).

[39] MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Os paradoxos do direito e da democracia. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.22 n.4. PUC Minas, 2019, p.8.

[40] SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 310.

[41] Autorreferência: "o processo deve consistir em elementos (eventos) que, quando retomam seu relacionamento com outros elementos do mesmo processo, referem-se a si mesmos" (LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales****: lineamientos para uma teoria general*. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 119).

[42] DE GIORGI, Raffaele. *La ricerca sociologia sul diritto nella teoria dei sistemi* (Capitolo 9). *In*: ***Temi di Filosofia del Diritto***. Volume 2. Lecce: Pensa Multimedia, 2015, p. 130.

Sob esse viés, o binômio "direito moderno" desnuda-se, revelando-se como uma frouxa conjugação de termos arremessada no vácuo. Em esclarecimento, convém-nos expor: aquelas expectativas legitimadoras da sociedade moderna – desenvolver a ordem racional de valores, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, a dignidade humana dos cidadãos e tantas e tantas outras – evidenciam-se tão só como belos artefatos semânticos contingentes. Frente a isso, não escapamos do retorno a outras estranhezas circulares: afinal, "o direito tem o direito de ser direito moderno"?[43] Que resta de moderno no direito moderno, aliás, em algum ponto dessas voltas estranhas, ele foi direito ou moderno?

A descrição dessa narrativa do direito, como uma construção de artificialidades, para encobrir a sua autofundação (seu paradoxo constitutivo e criativo), é uma história contada desde fora de uma reflexão sociológica do direito. A reflexão jurídica do direito é quem evita outro paradoxo: usar uma distinção não-jurídica, direito e sociedade, para analisar o próprio direito[44]. O que impediria a observação do funcionamento autológico, circular, recursivo, autorreferencial e autopoiético[45] do sistema jurídico: a realidade, à qual o direito se aplica, é a

---

[43] Sobre tal ponto, *vide* o texto "Direito e Modernidade", in: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 150-163.

[44] Tradicionalmente, a pesquisa sociológica ocupa-se de verificar a eficácia, a validade, a sua função de integração, de controle social etc., mas sem ver seu próprio paradoxo constitutivo: assumir uma perspectiva interna do direito para observá-lo externamente. É uma observação de como a sociologia vê o direito e não como o direito é em seu operar. Sobre o tema: DE GIORGI, Raffaele. A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas. In: **Direito.UnB**. Maio/Agosto de 2016, v. 02, n.02, p. 104-120.

[45] Termo formulado por Maturana, o qual conta que, o *insight* para a invenção da palavra *autopoieis,* em sua teoria biológica, ocorreu quando conversava com José Bulnes, sobre um texto que abordava a obra de Dom Quixote. Nesse artigo, indaga-se o dilema de Dom Quixote de seguir o sentimento das armas (práxis da ação) ou o sentimento das cartas, da poesia (*poiesis*), criação, produção. Maturana, contrariamente ao Quixote, sentiu a força da *poiesis* e a levou para a biologia (MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***Autopoiesi e cognizione***. ***La realizzazione del vivente***. Venezia: Saggi Marsilio, 1985, p. 30). Porém, a primeira menção do termo encontra-se em: MATURANA, Humberto. *The neurophysiology of cognition*. In: GARVIN, P. ***Cognition: a multiple view***. New York: Spartan, 1969, p.3-69. Sobre o significado, a*utopoiesis*, na biologia, refere-se a um sistema vivente se autoproduz: sem *input* e *output*, ou seja, as transformações não são explicadas em função dos estímulos do ambiente. Há circularidade nas relações que especificam a organização dos sistemas: tais relações de produção dos componentes são constantemente regeneradas pelos componentes que produzem. São autônomos, tem individualidade, sendo fechados porque seus comportamentos são explicados com base na sua história interna. Aí estão a autorreferrencialidade e o fechamento operacional do sistema: reproduzem não apenas suas estruturas, mas seus elementos constitutivos a partir de seus próprios elementos e estruturas mediante operações recursivamente fechadas (com MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***Macchine ed esseri viventi. L'autopoiesi e l'organizzazione biológica***. Roma: Astrolabio, 1992, principalmente, p.42-86; MATURNA, Humberto. *Autopoiesis*. In: ZELENY, Milan. ***A theory od living organisation***. New York: North-Holland, 1981, p.21-22). Luhmann transportou a ideia para todos os sistemas, sejam vivos, psíquicos (na operação da consciência, os indivíduos) ou sociais (pela operação de comunicação, a sociedade e os subsistemas, como é o caso do direito). Não se tratou de uma utilização meramente metafórica, atribui-lhe contornos transdisciplinares com conceitos da filosofia, matemática, lógica, da termodinâmica etc. – entropia, dupla contingência social, construtivismo, sentido, expectativa, identidade/diferença. Não abandona a raiz etimológica, mas transcende o uso, aplicando-o na sociologia e sociologia jurídica. Na teoria dos sistemas, a *autopoiesis* significa que, mesmo em acoplamento estrutural com o ambiente, as irritações dirigidas ao sistema, não são trocas *input/output*, o sistema mantém operacionalmente fechado em sua autoprodução, sem entrada e saída em relação ao entorno (LUHMANN, Niklas. *The Autopoiesis of Social Systems*. In: GEYER, Felix, ZOUWEN,

realidade que ele mesmo cria, quando da sua própria aplicação, assim, ele se estabelece e se autovalida em suas próprias decisões. Essa é uma observação sobre a observação da epistemologia jurídica, portanto, uma observação de segunda ordem[46]. Observar como o sistema observou é um (meta) nível capaz de observar o paradoxo, descrevendo a forma como o pensamento jurídico dissimula-o e o torna operativo, é, pois, enredo de epistemologias como o construtivismo[47] e a teoria dos sistemas autopoiéticos[48], às quais conjugamos e denominados de estrutural construtivismo.

A tentativa de elucidação dessa travessia entre o ser e o não ser do Direito, inicia-se, portanto, nesta tese, com a exposição do pensamento estrutural construtivista, como base metodológica, na qual se assenta o objeto central de pesquisa: a análise do papel arriscado da vítima no sistema penal moderno. Para tanto, é necessário desvelar o modo de se pensar e construir a realidade comunicativa, a objetividade do conhecimento e a sociedade como

---

Johannes van der. In: ***Sociocybernetic paradoxes****: observation, control and evolution of self-steering systems*. Londres: Sage, 1986, p.172-192).

[46] Observação é uma operação de distinção típica de sistemas de sentido, que usa indica um dos lados de tal diferenciação. Conceito que Luhmann toma emprestado de Spencer-Brown (como se detalhará ao longo da tese). Importa-nos adiantar que a observação como operação não pode observar a si mesma, precisando de outra observação, portanto, de segunda ordem, uma observação do observador, do que foi observado, para que se possa ver aquilo que o primeiro observador não viu, porque não é capaz de ver, porque lhe é inerente um ponto cego. A título de ilustração pela arte, *vide* o anexo desta tese.

[47] Esta tese alinha-se ao chamado construtivismo que abarca pensadores, de modo exemplificativo, como Heinz Von Foerster, Paul Watzlawick, Peter Krieg, Gregory Bateson, Ernst Von Glasersfeld, Jean Piaguet, Jean Pierre Dupuy, Humberto Maturana, Francisco Varela, Mauro Ceruti dentre outros que constam em nossa referência De modo geral, nossa tese segue, em termos de referencial, algumas ideias de teóricos presentes em *The Macy Conferences* (uma série de conferências interdisciplinares entre 1946 a 1953), que serviram para a concepção da cibernética, cibernética de segunda ordem, que, por sua vez, influenciou mais ramificações dos construtivistas, alcança a da teoria dos sistemas voltada para as ciências sociais.

[48] Sobre a teoria dos sistemas autopoiéticos, os nossos referenciais primordiais são os também construtivistas Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Importante esse marco, para firmar a distância com as ideias de sistemas abertos (que se construíam por trocas com o ambiente, *inputs*/*outputs*, distinção de estímulo/resposta), mormente desenvolvidos pelo biólogo Ludwig von Bertalanffy, levadas por Talcott Parsons para as ciências sociais, formando seu estrutural-funcionalismo (estrutura subordina a função), que implica na existência de uma organização funcional da sociedade subordinada a uma ordem normativa (pautas que servem para evitar a inércia da inter-relação entre atores sociais, quando não sabem o que esperar do outro, a chamada dupla contingência), que assegura a complementariedade das expectativas dos atores. Assim, a unidade básica do sistema social é ação submetida a normas prévias (antes de atuar há uma estrutura normativa que o orienta), seu esquema resume-se no "**AGIL**": ***A****daptation* (adaptação da estrutura do sistema às condições em que se encontra, do contrário, reestrutura-se todo ou desaparece), ***G****oal attainment* (instrumentalização de objetivos do sistema), ***I****ntegration* (integração e coordenação dos elementos, no cumprimento de seus papéis, para garantir a ação) e ***L****atent pattern maintenance* (manutenção de padrão) ou ***L****atency* (latência, não é necessária a presença de todos os componentes que atualizam o sistema estarem presentes, mas estarem disponíveis potencialmente para a manutenção do padrão de funcionamento). Parsons trabalhou, ainda, dentro da lógica causal das relações de intercâmbio, de zonas comuns entre sistemas e entorno e de busca por estabilidade entre tais. Vale-se de uma heterorreferencialidade (eliminando a distinção sujeito/objeto), mas não enxerga a autorreferrencialidade: diz que o sistema é aberto ao entorno, sem dizer onde terminam, onde se encontram seus limites (*vide*: BERTALANFFY, Ludwig von. *La teoria dei sistemi in fisica e biologia*. In: ***La teoria dei sistemi.*** Milano: Franco Angeli, 1989, p.77-84; e PARSONS, Talcott. ***Sistemi di società II: le società moderne***. Bologna: Il Mulino, 1973, sobre o sistema AGIL, p.16 e ss; sobre os demais temas, capítulos 2 e 6; sobre os limites, ESPOSITO, ELENA. ***L'operazione di osservazione***. ***Costruttivismo e teoria dei sistemi socieali***. Milano: Franco Angeli, 1992, p. 14).

sistema. Sendo imprescindível, nesse momento, analisar criticamente os moldes tradicionais de perspectivar o mundo, a velha distinção sujeito-objeto, por meio das contribuições do estrutural construtivismo[49], no intento de demonstração de um modelo diverso e complexo de observação do direito da sociedade moderna.

Com outras expressões, se "no paradoxo se revela a realidade" ou "diante do paradoxo, nós nos expomos à realidade"[50], as abordagens posteriores perpassam obrigatoriamente pelos meios sobre o como é possível construir comunicações e realidades, bem como expor paradoxos, complexidades e contingências dos sistemas observantes (incluindo a sociedade), mormente o sistema jurídico (enquanto subsistema social). A chave não poderia ser outra, a não ser os aportes do estrutural construtivismo para a epistemologia das Ciências Sociais e, consequentemente, do Direito.

Trata-se de discutir sobre: os próprios pressupostos teóricos e epistemológicos da construção do objeto de observação; como os observadores descrevem e, portanto, distinguem seus mundos; como os sistemas observantes[51] constroem a si e seus ambientes observados, em uma mútua implicação; portanto, como o sistema (observador/auto-observador) e seu entorno (observado) diferenciam-se e constroem seus limites.

O lugar da nossa observação é precisamente a teoria sistêmica funcionalista estrutural[52]. A primeira presunção é que toda a sociedade tem necessidades das quais depende a sua manutenção. Esses requerimentos, por assim dizer, são as únicas explicações relevantes da existência de todos os seus elementos, de toda sua estrutura. Estes componentes operam visando uma funcionalidade. Assim, é pelo estabelecimento de uma pauta que a relação entre

---

[49] O que chamamos de estrutural construtivismo ou construtivismo operativo refere-se, pois, a ideia de que a tarefa da teoria do conhecimento é a de observar observações, em uma observação de segunda ordem. Assim, não se orienta para o que é observado (quê), mas para o como da observação de primeira ordem: observa como observa o observador observado. A distinção clássica de sujeito/objeto, que pressupõe a constância dos objetos por diferentes sujeitos, é substituída pela distinção operação/observação, que faz com que cada dado chegue às operações específicas de um sistema autopoiético.

[50] DÜRRENMATT *apud* DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 188.

[51] A título de mera lembrança, achamos por bem reforçar o lugar de observação desta tese: construtivismo e teoria dos sistemas, logo, estrutural construtivismo (construtivismo sistêmico). O pressuposto é a diferenciação funcional entre os sistemas e subsistemas sociais. quando falamos de observadores é preciso ir além da concepção de observador enquanto homem. Observador significa sim o sistema psíquico, o indivíduo e sua operação pela consciência, mas, sobretudo, este estudo refere-se ao modo como o sistema social, a sociedade, e seus subsistemas, especificamente, o direito, sistema jurídico, observa suas realidades e se auto-observa.

[52] Trata-se da proposta do funcionalismo estrutural de Niklas Luhmann, que inverte a ordem lógica do estruturalismo funcional de Talcott Parsons. A estrutural social não é mais o dado principal e determinante do sistema social. São as funções dos sistemas que determinam os seus elementos, sua estrutura. O funcionalismo, ainda, difere do ontologismo causal, porque considera que não existe relação constante entre causa e efeito, mas uma relativa inderterminação/invariância entre certa causa e um conjunto de efeitos ou entre certo efeito e um conjunto de causas. Assim, são apenas variáveis e só não podem ser consideradas contemporaneamente porque provocaria uma regressão *ad infinitum*.

os elementos do sistema é abstraída. É exatamente nessa função[53] que assentamos nosso observatório.

É a função que vincula toda a estrutura do sistema[54]. Por pressuposto, isso modifica radicalmente o foco epistemológico: advertidamente, abandonamos o ontologismo, já que a preocupação relevante não é mais "o que são as coisas", senão perguntar pelas coisas em termos de outras possibilidades funcionais. Importante, doravante, é observar como os sistemas cumprem a função a eles designada, que alternativas havia ou há para o desempenho de tal função, como outras possibilidades resultariam funcionalmente equivalentes etc. Afasta-se da simples causa e efeito, aproxima-se das variáveis, do controle de alternativas.

Previamente, alertarmos que o exercício de pensar pela forma estrutural construtivista caminha na consideração de que, traçar o limite preciso entre o observador e o mundo, que ele pretende descrever, é uma elementar improbabilidade, se não uma real impossibilidade. Essa intransponibilidade, recorda-nos os chamados koans zen[55] ou "zentenças"[56], que buscam

---

[53]Função na acepção matemática implica uma relação entre duas quantidades, de maneira que sendo as quantidades variáveis, a relação entre elas é constante. Para a teoria dos sistemas funcionalistas, podemos defini-la como prestações, a serem valoradas em comparação com o resto de possibilidades, que servem para manter o sistema social. A função não é um efeito a ser produzido, mas é um ponto de vista que pode incluir diversas possibilidades em uma perspectiva unitária, ou seja, representa um esquema de sentido regulatório, que organiza uma área de comparação para rendimentos equivalentes. Não é um tipo particular de relação causal, mas a relação causal é uma aplicação do ordenamento funcional. O conceito de função não é considerado na determinação das relações relativamente prováveis entre certas causas e efeitos, mas na determinação da função de mais causas possíveis de um efeito problemático. Assim, há o desenvolvimento dos equivalentes funcionais (conceito emprestado da teoria mertoniana) em um esquema de comparação. Imaginemos o exemplo luhmanniano da verdade do predicado, "é azul", o mar, o céu, o vaso, todos podem ser equivalentes funcionais no desempenho da prestação de relação com o predicado "é azul". LUHMANN, Niklas. (***Soziologische Aufklärung,*** p.14) *apud* FEBBRAJO, Alberto. ***Funzionalismo Strutturale e Sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann***. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 32- 33. A função não é, portanto, uma pressão de seleção do ambiente, mas uma maneira, dentre outras, de gerenciar a complexidade interna do sistema. Enfim, trata-se de um esquema de observação do mundo, sob a forma de problema /solução e ambos os lados permanecem abertos e contingentes.

[54] Em outros termos, a função indica as relações e as prestações fornecidas pelo sistema ao ambiente, que variam conforme o problema de referência específico do sistema. Como características e consequências da diferenciação funcional têm-se: a universalidade da competência do sistema em relação à função desempenhada e a especificação da prestação, do desempenho, ou seja, das relações por ele estabelecidas com o ambiente, dadas pelas comunicações relevantes para sobrevivência funcional. As comunicações do sistema giram em torno da função que deve ser prestada. DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.312-313.

[55] Ensinamentos desafiadores adotados por mestres zen com seus discípulos, fazendo-os pensar de forma não-linear e complexa. A título de exemplo: (1) "Em um dia chuvoso, sentado com um discípulo no templo e ouvindo as gotas d'água batendo no telhado, o mestre Jing-Qing perguntou a outro monge: 'Que som é aquele lá fora?' 'É a chuva', respondeu o monge. O mestre disse: 'Ao buscar fora de si mesmos alguma coisa, todos os seres se confundem com os significados'. 'Então, como deveria eu me sentir em relação ao que percebo, mestre?, replicou o discípulo. O sábio apenas disse: 'Eu sou o barulho da chuva' (*Vide*: OLHAR BUDISTA. **67 Koans Zen**. 2017. Disponível em: https://olharbudista.com/2017/02/09/67-koans-zen/. Acesso em: 22 set 2018); e (2) "Quando Yaoshan senta-se, Shitou diz: 'O que fazes aqui"?' Yaoshan responde: 'Não estou fazendo nada'. Shitou diz: 'Então, estás apenas sentado, tranquilamente'. Yaoshan replica: 'Se eu estava apenas sentado tranquilamente, isto é fazer alguma coisa'. Shitou diz 'Dissestes que não estavas fazendo nada; o que tu não fazias?' Yaoshan responde: 'Mesmo os santos não o podem saber' (*Vide* : ATLAN, Henri. ***A Tort et à Raison. Intercritique de la science e dua mythe***. Paris: Éditions du Seuil, 1986, p.31).

contar histórias aparente e deliberadamente contraditórias ou ilógicas, mas com lógicas recursivas de circularidades. É como brincar de ilustrar ou iludir a percepção, como fazia Maurits Escher[57] em suas artes. É como se aventurar nas "maravilhosidades" do intraduzível "Jabberwocky"[58] e se questionar sobre a possibilidade de sobreposição de consciências ou sobre a comunicação ser capaz de realizar isomorfismos com o cosmo. Ainda, como é possível uma consciência ou uma comunicação ser entendida, em algum sentido objetivo, e qualquer uma delas ser capaz de descrever realmente a realidade? Em suma, é refletir sobre como se descreve uma realidade sem considerar que as descrições partem de um observador, que não consegue de maneira objetiva e ôntica descrever suas próprias descrições?

Compreender ou aceitar que o observador, o fenômeno observado e o próprio processo de observação formam um todo – que só poderia se decompor em elementos isolados à custa de reiterações pelo menos incomuns – é uma atitude que contraria o ortodoxo quadro de pensamento fundado no ontologismo e no objetivismo. Eis um destaque desse capítulo: o de supor o experimento do estrutural construtivismo contra o que vigora na epistemologia tradicional sobre a existência imutável de uma realidade objetiva, ou seja, que precede ontologicamente o observador, em desprezo à concepção de autorreferencialidade implicada a de heterorreferencialidade em discussão.

Além disso, com base nos estudos, por exemplo, sobre o princípio da codificação indiferenciada (*prinzip der undifferenzierten codierung*, "não vemos a luz, a cor; não ouvimos o som, a música..."), da cibernética de segunda ordem (Heinz Von Foerster)[59]; os da biologia e da neurociência sobre percepção, observador e *autopoiesis* (Humberto Maturana e Francisco

---

[56]Tomamos por empréstimo o neologismo "zentenças" inventado por Hofstadter para sinalar a mistura de "koan zen" com "sentenças" (*Vide*: HOFSTADTER, Douglas Richard. ***Gödel, Escher, Bach:*** *Un 'Eterna Ghirlanda Brillante – una fuga metaforica su menti e macchine nello spirito di Lewis Carroll*. Milano: Adelphi, 1984, "sguardo dall'alto", p.XIII e p.204-208; "*zenunciati*"; versão em português, **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UnB, 2001, Visão Geral p. XI e p. 205-209).

[57]Em diversas de suas gravuras, o holandês Maurits Cornelis Escher brincou com a ideia de percepção, de interpenetração de mundos diversos, de infinito, de complexidade etc. Em "As três esferas", por exemplo, observa-se que cada um dos objetos de igual tamanho dispostos sobre a mesa plana reflete sua própria versão da realidade conforme com a estrutura interna de sua composição. A primeira esfera da esquerda é feita de vidro e contém água, permitindo observar a superfície da mesa e o reflexo da janela; a do outro extremo é opaca, porém distingue o jogo de sombras causado pela luz, já a esfera central reflete as esferas laterais, a imagem do autor e a própria pintura com o ambiente circundante. (Sobre o gravurista *vide*: ERNST, Bruno. ***Lo specchio magico de Mautits Cornelis Escher***. Colônia: Taschen, 2018, p. 25); para visualizar *online* a referida gravura *vide*: **CIÊNCIASULISBOA**. Disponível em https://webpages.ciencias.ulisboa.pt/~ommartins/seminario/escher/3esferas2.html. Acesso em: 06 de junho de 2018; ou *vide* anexo desta tese.

[58]Poema *nonsense* de belas rimas no inglês construído com palavras inventivas (neologismos) e ininteligíveis em sua completude sobre o assassinato da criatura Jabberwocky, presente nas obras do romancista e matemático Charles Lutwidge Dodgson, vulgo Lewis Carroll. Especificamente, no capítulo I "A Casa de Espelho", em "Através do Espelho", aparece sob a tradução de "Pargarávio" (*Vide*: CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.112).

[59] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 220 e 221.

Varela)[60]; os de psiquiatria/antropologia sobre mente e comunicação (de Gregory Bateson)[61]; bem como as ideias sobre distinções da lógica das formas ("trace uma distinção!", George Spencer-Brown)[62], pretendemos sugerir que, o conhecimento acerca do mundo (a construção do saber) não se trata de uma correspondência inequívoca com uma realidade independentemente do sistema que a observa. Possivelmente, porque este sistema observante enclausura-se, sem acessar ou sem operar fora dos limites de sua estrutura – apesar de poder sofrer irritações, passíveis de propiciar uma abertura cognitiva dele enquanto sistema observante, em acoplamento estrutural[63], ao seu mundo circundante.

Em síntese, as observações sobre o mundo não revelam sua realidade, mas a constroem em categorias de sentido relacionadas ao sistema que observa. Nessa premissa, reside outro axioma angular do pensamento estrutural construtivista: não há observações sem observadores. A ideia de teoria do conhecimento, aqui colocada, considera o saber não como reflexo de uma realidade ontológica objetiva em desapreço ao sistema observante. Porém, como uma ordem de um mundo constituído pela experiência, por meio da comunicação social. O intuito é percorrer o deslocamento do conhecer a natureza dos objetos em direção às condições que possibilitam essa observação. Possivelmente, se tivéssemos que especificar esse ensaio, diríamos que se trata de percorrer certo distanciamento entre ontologia e epistemologia – em cortejo de despedida de uma teoria da realidade como prelúdio para a recepção de uma teoria da observação.

---

[60] *Vide* principalmente, MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. ***El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano***. Buenos Aires: Lumen, 2003; ***De Máquinas y Seres Vivos. Autopoiesis la organizacion de lo vivo***. Santiago: Editorial Universitaria, 1998; e MATURANA, Humberto. ***Cognição, ciência e vida cotidiana***. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

[61] BATESON, Gregory, RUESCH, Jurgen. ***Comunication the social matrix os psychiatry***. New York: W.W.Nortn e Company Inc., 1951, destacamos as pp. 223 e 224; ***Verso un'ecologia della mente***. Milano: Adelphi, 1976; e **Mente e natureza**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986, destacamos o texto de abertura *"every schoolboy knows*", em que o autor desconstrói algumas "verdades" científicas ("a ciência nunca prova nada; o mapa não é o território e o nome não é a coisa designada, não existe experiência objetiva, lógica é um modelo medíocre de causa e efeito, a linguagem normalmente enfatiza somente um lado da interação, estabilidade e mudança descrevem partes de nossas descrições etc. (p.31-73); e o seguinte sobre a informação, já em um viés diverso da clássica ideia de transmissão, emissor x receptor, (p.75-97).

[62] A observação é a operação, que implica a fórmula "Draw a distinction" (traçar/desenhar uma distinção). A distinção é indicação de um lado da forma, como detalharemos ao longo do estudo (SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973, p.1).

[63] Acoplamento estrutural é o termo criado por Maturana e Varela que indica a relação entre sistema e ambiente. Luhmann toma emprestado o conceito para explicar a relação intersistêmica. *Vide*: também MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***El Árbol del Conocimiento.*** *Las bases biológicas del entendimiento humano.* Buenos Aires: Lumen, 2003; e DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.33. Compreendemos que para esse acoplamento, o referido fechamento operacional do sistema, é a condição fundamental, é o que lhe permitir identidade, ter um canal de aprendizagem, mas manter a sua conservação frente à perturbadora e alta instabilidade/incerteza do ambiente. A título de ilustração pela arte, *vide*, anexo desta tese.

Por fim, ousamos, em tom jocoso, afirmar que a alegação científica de atingir certezas universais, dos apriorismos, encontra-se tão perto de alcançar a essência das coisas quanto a inabalável razão dos físicos clássicos, antes dos pretensos multiversos mundos probabilísticos da quântica contemporânea. Ou que a tal razão (jurídica), ela "é tão necessária para escrever-se um compêndio de direito, como para fazer-se um par de tamancos. A prova é que os chamados animais irracionais não tem compêndios, nem tamancos"[64]. Sem mais delongas, propomos um avanço às exposições construtivistas e sistêmicas, que detalham esse método de observação do saber e do direito da sociedade moderna.

2.1 IRREALIDADE DA "OBJETIVIDADE SEM PARÊNTESES"[65]: A METAFÍSICA DA OBSERVAÇÃO DO MUNDO SEM SISTEMAS OBSERVANTES

Sagazmente, Tchuan Tse, à beira de um rio, com seus discípulos, disse-lhes: "Olhem a alegria dos peixes!", "Como consegue saber?", pergunta-lhe um discípulo que insiste: "Tu não és um peixe, como podes conhecer a sua alegria?". O mestre responde: "A minha alegria é a alegria dos peixes!"[66].

Frente a tal narrativa, colocamo-nos a refletir: como é possível nos arrancar de nossa subjetividade e ver objetividades por objetividades? Como é possível dar visibilidade ou "dizibilidade" a algo, sem o invólucro desfocado de nossa imaginação e de nossos retículos perceptivos? Ou será que a objetividade é a inscrição astuta e camuflada da metafísica no mundo pensado racional (que segue no seu contínuo inominável imanente *nonsense)*, tentando traduzir uma totalidade pré-formada que escapa ao humano?

Oferecer um argumento racionalmente objetivo é uma estratégia retórica de persuasão. Fazemos isso sob a alegação implícita ou explícita de que o outro não pode rejeitar o que

---

[64] "Dizer, portanto que o direito é um conjunto de regras descobertas pela razão importa simplesmente uma tolice. A civilidade tem regras, quem as descobriu? A dança tem regras, quem as descobriu? Ninguém ousará negar a presença da razão em todas elas, mas ninguém ousará afirmar que haja um conceito *a priori* de civilidade, dança ou qualquer arte. De onde vem, pois, o apriorismo do direito? A ilusão era desculpável. O que, porém, não merece desculpa é a cegueira de certos espíritos que, virando as costas à história e desprezando o seu testemunho insistem na errônea doutrina" (BARRETO, TOBIAS. **Introdução ao Estudo do Direito**. Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.54 e 47, respectivamente).

[65]Trata-se de uma classificação de Humberto Maturana, que, em apertada síntese, representa que o discurso científico aparece como exaustivamente definível e tendencialmente imutável, isomorfo ao cosmos. A topografia do sistema das ciências aparece como linear e os campos do saber são classificados ahistoricamente, ou seja, enquanto disciplinas científicas, suas ordens de constituição são consideradas isomorfa em relação a uma ordem ontológica. O estado contingente do contexto científico, em um dado momento, é tido como norma guia para todo o desenvolvimento de todo o futuro. Assim, a figura do observador e suas experiências são desprezadas, a realidade é considerada como uma descoberta do sujeito racional e neutro (MATURANA, Humberto. **Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1999).

[66]TELFNER, Umberta. *Introduzione: Heinz von Foerster Costruttivismo e psicoterapia*. In: FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 37.

nosso argumento defende, porque sua validade repousa sobre sua referência ao real. No entanto, essa atitude sobre a razão e o racional é racionalmente válida e objetiva? [67]

Poderíamos subitamente introduzir como aproximação à narrativa e às questões *supra* que, quando um observador sustenta que um organismo exibe percepção, o que esse observador vê é um organismo que, constitui um mundo de ações, mediante correlações sensório-motoras congruentes, com as perturbações do meio no qual o próprio observador o distingue, conservando sua adaptação[68]. Não vemos o que vemos, porque simplesmente o que inferimos é a diferença entre o que cremos ver e as operações inerentes do nosso próprio sistema perceptivo, que produz por si tanto a referência para dada situação (logo, produz a si mesmo), como o resultado da citada diferença.

Crescemos acreditando que o mundo está posto, como uma descoberta à parte, como algo fora e independente de cada um de nós. Aprendemos que objetos têm propriedades e que todos os eventos acontecem por causa de outros que lhe precedem. Insistimos, para além dessa causalidade linear, que a realidade existe, é estável e a ciência sempre avança para comprovar toda essa verdade. Ainda, intrigantemente, há quem conclua que o observador observou tudo isso, a partir de uma posição externa e neutra. Ao final, parece que nascemos não triviais e tantas engenhocas do quotidiano nos banalizaram.

"Se existe esse mundo objetivo independente do nosso ato de conhecer, o mundo exterior real não é imediatamente reconhecível"[69]. De fato, essa metafísica *nonsense* da realidade sem observadores é um retrato editado da vida, é a chamada objetividade sem parênteses[70]. É uma tentativa de usurpação da maternidade de nossas observações, que apenas "dificulta o entendimento que temos de nós mesmos"[71]. É a companheira de muitas tradições filosóficas que sustentam a existência de um domínio independente do observador (seja este batizado por Deus, alma, espírito, conhecimento, matéria etc.). Esse domínio autônomo e verdadeiro é a referência última e absoluta, como aduzimos, para a validação científica de qualquer proposição. Porém, já ao "supor idealizações sobre o universo e seus objetos, somente conseguimos fazê-lo pela interferência concernente à própria experiência pela linguagem"[72].

---

[67] MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***La realidad: ¿objetiva o construida?*** Volume 2. Barcelona: Anthropos Editorial, 1995, p. 11 e ss.
[68] MATURANA, Humberto. **Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p.80.
[69] PLANCK, Max. ***Where is Science going?*** New York: Norton, 1932, p.82.
[70] MATURANA, Humberto**.** ***La objetividade: un argumento para obligar***. Santiago: Dolmen, 1997.
[71] BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972, p.56.
[72] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 49.

A linguagem não tem o poder mágico de exceder seu limite e descrever entidades independentes de quem as descreve. Também, as interações linguísticas na comunidade de observadores ocorrem por meio das propriedades dos seus componentes, dentro dos limites de suas práxis de vida em um ambiente[73]. Ademais, a própria linguagem e suas descrições já são criações, convenções do sistema da comunicação, que não são a realidade de entidades reais, mas a realidade da própria linguagem de quem vive a sua experiência.

Na realidade, a linguagem sofre uma dubiedade que, quase naturalmente, provoca o ledo engano sobre sua ontologia. Na sua aparência, refere-se às coisas, em uma espécie de posição esquizofrênica, separada do mundo. Na sua função, refere-se tão só à noção que alguém possui das coisas, em posição integrada com mundo que cria e o descreve por si. Na sua aparência, é denotativa, monológica, desbravadora. Quando se fala, parece que se fala da descoberta das coisas, como que se referindo a qualquer coisa de fora[74]. Na função é conotativa, dialógica, construtiva. Quando se fala, funcionam os aspectos semânticos internalizados para a realização de um diálogo, qual seja: fala-se consigo mesmo por meio de outro. Na sua aparência, é sintática e segue regras que ligam as palavras entre si. Na função é semântica, atribuição de sentido a partir de si. Na sua aparência, é quase solipsista, disjuntiva, na função, resta a consideração do elemento participatório.

Assim, passeia-se do aparente "*cogito ergo sum*" cartesiano ao "*cogito ergo sumus*" cibernético foerstersiano. Pensar a própria existência, requer a consideração de que outros também possam assim pensar, logo, existirem também em linguagem[75]. Como diria o Dr. Viktor Frankl "nós nos vemos a nós mesmos pelos olhos do outro"[76]. Entramos no labirinto do nosso ser, à busca (ou em fuga) do nosso Minotauro, nosso *self,* que também é outro. Nossa existência em linguagem é atravessada pelo "re-conhecimento" da alteridade[77].

---

[73] MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***La realidad: objetiva o construida?*** Volume 2. Barcelona: Anthropos, 1995, p. 17 e ss.

[74] Provavelmente, o bom tom estrutural construtivista aconselharia evitar a metáfora do dentro/fora, por esconder uma grosseria ontológica.

[75] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 32, 47, 48.

[76] Trata-se de um episódio relatado a Foerster, ocorrido com o citado psiquiatra vienense, seu amigo, que sobreviveu aos campos de concentração nazista e dedicou sua vida a ajudar os sobreviventes do holocausto. Um casal de sobreviventes voltou a se encontrar em Viena, mas dois meses depois desse reencontro, a esposa morre. O homem, com depressão, visita o Dr. Frankl, que lhe disse: "Imagine que Deus me desse a força de inventar uma mulher exatamente igual a sua, na harmonia física, intelectual e espiritual que vocês tiveram juntos. E que o Sr. não encontraria nenhuma diferença. Devo criar essa mulher?". O homem, em silêncio por um bom tempo, depois responde: "Não", levanta-se e volta novamente para a sua vida. Dr. Frankl explicou a façanha da história do seguinte modo: "Nós nos vemos a nós mesmos pelos olhos do outro. Quando ela morreu, ele ficou cego. Mas quando ele viu que estava cego, então, ele pode ver". (DUPUY, Jean-Pierre. Fabricação do Homem e da natureza. NOVAES, Adauto, DUPUY, Jean-Pierre, SANTOS, Laymert Garcia *et al*. **Mutações: novas configurações do mundo.** Curitiba: Edições Sesc, 2018, p.43).

[77] Luhmann, ao estudar a cibernética de segunda ordem (ou cibernética de observação de observadores) de Foerster, atenta para a necessidade de ultrapassar a observação monocultural, valorizando à policontextural.

Na reflexão dessas obviedades das entrelinhas epistemológicas, Bateson[78] faz algumas autoindagações oportunas: (1) "o que quer dizer objetivo?"[79], ele mesmo responde: "ocorre quando se olha com muita atenção para a coisa que se decidiu olhar"; (2) "como escolhemos as coisas sobre as quais elas serão objetivas?", segue afirmando: "escolhemos as coisas para as quais se torna fácil sermos objetivos"; e (3) "como fazemos para saber que aquelas são coisas fáceis?", conclui o autor: "achamo-nas com a experiência". Sendo assim, trata-se de uma escolha subjetiva, ou seja, toda experiência não escapa ao subjetivismo, não se dissocia das distinções realizadas pelo sujeito que experimenta.

Bateson, por meio desses seus "metálogos"[80], trabalhou bastante a diferença entre descrição e explicação. Especificamente, no "Que coisa é um instinto?", pergunta de abertura feita pela sua filha, ele responde: "um instinto é um princípio explicativo, que explica qualquer coisa que se queira explicar com o mesmo". A filha lhe responde: "Não diga bobagem. Não se explica a força da gravidade". Ele segue: "Não, porque ninguém quis que o instinto o explicasse. Se quisesse, diria que a lua tem um instinto, cuja força varia de maneira inversamente proporcional ao quadrado da distância...". "Papai, não há senso. Como se explica a força da gravidade?", insiste a menina; "(...) Nada a explica, a força da gravidade já é um princípio explicativo. Segundo Newton *hypotheses non fingo*. Hipótese é toda proposição que coliga duas proposições descritivas entre si". O autor exemplifica: "Se se afirma que o primeiro de fevereiro havia lua cheia e que primeiro de março havia lua nova e podendo-se coligar estas duas proposições, então, o que coliga é uma hipótese". "O que *fingo* quer dizer?", pergunta a filha. Bateson: "É um termo latino que significa fabricar, do *fictio*, ficção, fabricação não verdadeira". "Isaac Newton pesava que todas as hipóteses fossem

---

Afirma mesmo que se deve, inclusive,"superar a banalidade de se postular a intersubjetividade como algo sui generis". Destaca os estudos de Gotthard Günther, a partir de cálculos matemáticos, também aplicáveis a sistemas empíricos, e, com isto, postula uma lógica de múltiplos valores. Ideias que parecem nascer no "re-conhecimento", que citamos acima, do primeiro lugar, do *ego*, que comprova a presença do outro, *alter ego*. Sobre o assunto, LUHMANN, Niklas. *Como se pueden observar estructuras latentes?* In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p.61.

[78] BATESON, Gregory. ***Mente e Natura***. ***Un'unità necesaria.*** Milano: Adelphi, 1984, p. 16.

[79] Respondendo a essa pergunta, mas no campo científico, Maturana explica que a ciência na modernidade ainda é usada para referir somente a um conhecimento convalidado por um método em particular, o método científico. Este deve ser realizado por meio de verificação, comprovação ou refutação da falsificação, revelando ou conotando uma realidade que existe independentemente do que os observadores fazem ou desejam, inclusive permitindo que isso seja conhecido em absoluto. Eis uma ciência baseada na referida objetividade sem parênteses, em desprezo ao observador e a sua autorreferrencialidade (MATURANA, Humberto. *La ciência y la vida cotidiana: la ontologia de las explicaciones científicas.* In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p.159).

[80] Os metálogos de Bateson, na verdade, provém das conversas que ele havia com sua própria filha, iniciando-se sempre com ela a fazer-lhes questões intrigantes. Nas palavras do autor: "metálogo é uma conversa sobre um argumento problemático. Esta conversa deve ser de tal modo a tornar relevante não apenas os interventos dos participantes, mas a estrutura em si do debate como um todo" (*vide*: BATESON, Gregory. ***Verso un'ecologia della mente***. Milano: Adelphi, 1976, p.32).

somente fabricadas como estórias?", insiste ela. Bateson continua "Sim". Ainda, a filha continua: "Mas, ele não descobriu a gravidade, com a maçã?" Por fim, Bateson confessa: "Não, tesouro, ele a inventou".

As explicações sobre a realidade não se tornariam representação de um fenômeno/objeto se não nos relacionássemos com os mesmos. De modo análogo ao "cego, que constrói configurações do mundo movendo a sua bengala no chão", o desdobramento de um sistema de relações constitui-se pelo envolvimento multissensorial do observador em seu ambiente. Assim é que se edifica uma visão criativa e não determinística do conhecimento sobre a realidade, ou seja, uma ecologia da mente em relação com o universo da linguagem[81].

Aprendemos muito mais a refletir, refletindo sobre a aprendizagem. Nesse passo, a inteligência organiza o seu mundo, organizando a si mesma. O conhecimento torna-se reflexão sobre as operações que se dão no conhecer, torna-se um conhecimento sobre o próprio conhecimento[82]. Dessa maneira, é que "o ato de conhecimento nos traz o mundo em nossas mãos"[83]. A mente é um reflexo de vastas e numerosas partes da experiência com o mundo para além do pensamento, que forma o próprio mundo e dá sequência ao saber. Assim, "é mais eficaz e profundo saber qual é a 'cola' que une as estrelas e as anêmonas-do-mar, as florestas de sequoias e as comissões e conselhos humanos"[84]. Logo, em vez de se iludir em descobrir fórmulas, que regem o mundo, devemos entender que nos implicamos na criação de realidades, por isso, é preciso compreender o padrão que inventamos e que liga nossas operações às representações que fazemos do mundo. É preciso estar atento às distinções que usamos para descrever as nossas observações sobre o mundo.

A arte não se envergonha da presença da subjetividade em seus feitos. Imaginemos, a título de ilustração, a realização de um documentário e seu respectivo diretor, visto que documentários são tidos como fontes realísticas (ou de não-ficção). Aquele diretor terá a evidência de que, no seu interior, um filme que se quer documentário, contém uma leitura (discurso) produzida (criada por suas interferências) e não a reprodução de uma realidade. Por

---

[81] BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972, p.41.
[82] PIAGET, Jean. ***La costruzione del reale nel bambino***. Firenze: La Nuova Italia, 1979.
[83] Maturana, Humberto, Varela, Francisco. ***L'albero della conoscenza***. Milano: Garzanti, 1984, p.45.
[84] "Gostaria de lhes contar uma história. Um homem queria saber sobre a mente e perguntou a seu computador: "Você computa que algum dia você pensará como um ser humano?"O computador começou a analisar seus próprios hábitos computacionais e imprimiu a sua resposta em uma folha, com os dizeres: "Isto me lembra uma história" Agora, quero lhes mostrar que seja qual for o significado da palavra história na história que lhes contei, o fato de pensar em termos de histórias, não isola os seres humanos como alguma coisa separada das estrelas e anêmonas-do-mar, dos coqueiros e das prímulas. Na verdade, se o mundo é ligado, se estou fundamentalmente correto no que estou dizendo, então, o "pensar em termos de histórias" deverá ser repartido por toda mente ou mentes, sejam as nossas ou aquelas das florestas de sequóias e das anêmonas-do-mar". BATESON, Gregory. ***Mente e Natura***. *Un'unità necesaria.* Milano: Adelphi, 1984, p. 17 e 21.

analogia, em relação à ciência, podemos considerar que esta é leitura de ciência, a transformação de outras teorias, um *topos* de "incoincidências" incessantes: de refazer, no plano da linguagem científica, o processo discursivo, imitando uma forma de produção de discurso e não o mundo. De tudo isso, quiçá, sobressai-se o brilho de uma miragem de mundo tido como real.

Essa concepção dos saberes, como operação do observador, ainda encontra resistências nos debates epistemológicos. Quantas vezes não aprendemos e não ensinamos, com discursos acadêmicos, que as propriedades do observador não devem entrar na descrição de suas observações? "Com toda modéstia, proclamar a objetividade por si, não tem sentido". É um contrassenso imaginar uma descrição sem o observador, sem suas propriedades que lhe permitem que uma descrição seja feita[85].

Tradicionalmente, essa objetividade sem parênteses segue o rastro da razão, que estreia como mediadora do "eu-lírico" travestido de impessoal, estacionado em seu posto abstrato[86]; e o mundo exterior protagoniza usurpando uma concretude arredia[87]. A imanente subjetividade, porém racionalizada, insiste na limitação dos seus objetos de representação a confins próprios, distanciando-os de si em demasia. Dá-se uma verdadeira deformação, conferindo-lhes a monstruosa autonomia, melhor seria dizer: tomando-os descoberta do além.

Nesse espetáculo, apegamo-nos à propaganda do racionalismo palpável como homologia do cosmo. Invocamos, acima de tudo, as mais absolutas verdades puras da razão, para justificar as descobertas da subjetividade frente à realidade. Nessa argumentação, imprimimos a ideia de que retratamos esse mundo e relegamos ao ostracismo o seu fotógrafo, o observador, violando seus direitos autorais, deferidos, pois, àquela velha semântica da ontologia, da razão ou graças a Deus.

Dessa forma, a objetividade sem parênteses apresenta-se como a crença de que a propriedade de ser observador não entra nas descrições das suas respectivas observações[88]. Para ver que a realidade consiste em um fluxo infinito de cálculos que realizamos ao interior de nosso sistema perceptivo e aprendemos a comungar, é preciso parar o mundo[89]. Nessa metáfora, de pausar o estado de como as coisas são apresentadas, está o aprender a ver o

---

[85] FOERSTER, Heinz von. *Cibernetica ed epistemologia: storia e prospettive*. In: BOCCHI, Gianluca e CERUTI, Mauro**.** ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007, p.89 e ss.

[86]Curiosamente, nosso eu, senão a mais material e imediata, quiçá a única realidade que, de fato, nós podemos "experenciar" para e por nós mesmos com nossa vivência (sem adentrarmos em especulações da física quântica, que põem em cheque até esse mínimo pertencimento).

[87]Curiosamente, aquele que acreditamos vislumbrar apenas por reação introspectiva, de nossas sensações de experiências.

[88] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 235.

[89] CASTANEDA, Carlos. ***Viaggio a Ixtlan: le lezioni di Don Juan***. Milano: BUR Saggi, 2000, p. 6 a 12.

mundo para além das certezas dogmáticas, que, por vezes, impede-nos de vislumbrar tantos lados e latências do próprio saber, o não-saber, que é infinitamente maior que o tal presuntuoso sabido saber.

Essa tal objetividade é inescrupulosa. Ela concebe o mundo sem afetividade, joga-o fora de qualquer de um nós, mitigando, inclusive, nosso senso ético e de responsabilidade sobre o mundo. A realidade, assim, nasce, por observação, mas, paradoxalmente, cresce, com independência de qualquer observante. Esquece-se, como antes mencionamos, que é a linguagem que permite dizer que a conhecemos. Dito de modo mais adequado, que é a linguagem um meio que nos permite informar nossa existência cognitiva. Sendo assim, não há como escapar de um axioma estrutural construtivista: "tudo que é dito é dito por um observador a outro observador, que pode ser ele mesmo" [90].

Não é outro evento, a não ser a linguagem do observador, que se serve de símbolos para informar e distinguir as coisas, sejam elas ditas concretas ou conceituais. A palavra flor não se compara com a dita flor, não há coordenação ontológica (nem como provar) entre o significante e o significado (a relação entre estes é arbitrária)[91]. Quando empregamos os símbolos, para que haja um mínimo de senso, é preciso de uma convenção anterior entre observadores. Isso tudo pode parecer bobagem, se não nos atermos ao fato de é a própria comunicação que cria e diferencia a percepção da ilusão – capturar ou conhecer por meio dos sentidos *versus* o perceber coisas que não são ou estão no "ali" –, em sentido similar, traçar a distinção entre verdadeiro e falso tão cara às ciências e ao Direito.

Em outros termos, o enunciado da objetividade sem parênteses é carregado da indicação de que se conhece a coisa em si mesma, que ela existe real e independentemente de quem a observa. Nesse caminho, a história científica glorifica o conhecimento e o adjetiva da inseparável verdade. A realidade é considerada de maneira hierárquica e vislumbra o agir humano em sentido causal final. A objetividade aparece como o *summum bonum* (o bem

---

[90] "Vivemos em uma linguagem de objetos, falamos de objetos. Mas, reconheço que não tenho nenhum fundamento para supor que posso fazer referência a seres que existiriam independentemente de mim. Reconheço que a existência depende do que eu faço. Ponho a objetividade entre parênteses para indicar isto" (p.34). Desse modo, Matura expõe que a objetividade entre parênteses é aquela da linha constituída, contrária, à objetividade sem parênteses, da linha transcendental. Na primeira, os observadores constroem a realidade por sua experiência, na outra, a realidade é uma entidade autônoma. O problema é que cientistas tradicionais pensam que para validar seus argumentos precisam valer-se desse transcendentalismo, quando esse acesso privilegiado à realidade é ilusório. O que se precisa para validar explicações é apenas de coerência operacional das observações. A explicação é reformulação da experiência com elementos da experiência, ou seja, a realidade é sempre um argumento explicativo que não isenta o observador da sua responsabilidade criativa (MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 34-42).

[91] Sobre estudos multidisciplinares de semiologia, ou seja, sobre o funcionamento dos diferentes tipos de signos, compondo uma espécie de metalinguagem, um estudo de diferentes linguagens como linguagens-objeto de estudo, *vide*: SAUSSURE, Ferdinand de. ***Cours de linguistique générale***. Paris: Payot, 1984, p.26 e especialmente p.100 e ss.

supremo) do método científico e os cientistas tornam-se xamãs, que garantem o nosso contato com o mundo real. Nessa conturbação, "o conhecimento é somente um ícone ou uma imagem que representa qualquer coisa no cosmos"[92].

Ideias a serem modificadas exigem mais esforços do que aquelas que nos foram entregues já processadas. Apesar dessa dificuldade, insistimos em uma perspectiva diversa sobre as perspectivas do saber. Impõe-se como necessário sair do conforto do realismo metafísico e do empirismo ingênuos, libertando o conhecimento da sufocante convicção de um mundo uniforme com base em uma concepção mecanicista e ontológica.

Não existem posições privilegiadas para acessar a realidade, mesmo no sistema científico. Se o mundo não repousa sobre um gigantesco casco de tartaruga, se não se sustenta por grossos elefantes, se seus confins não estão escondidos pelas camadas de gelo, que nos impede de ver os abismos da terra até suposta plana, a razoabilidade disso tudo não seguir, como possibilidade explicativa sobre a órbita terrestre, encontra-se nas evidências da força gravitacional não terem sido ainda superadas por outra invenção viável. Afinal, as teorias científicas são sucessos da imaginação de apreensão do real, puramente "livres criações da mente humana"[93], mas não um empreendimento final.

Sendo assim, o que chamamos de razão objetiva provém do imaginário, no sentido da lógica interna, mas não contraria a noção de realidade. Todavia, pressupõe, como um caleidoscópio, uma adaptação funcional entre a experiência curiosa do sujeito e a parte da realidade inventada e reinventada por ele nesse encontro.

O imaginário é um processo cognitivo, pleno de afetividade, traduzido na maneira específica de perceber o mundo, de alterar a ordem interna de seu processamento pelo encontro com a realidade circundante. Eis o desafio estrutural construtivista: conceber o saber por uma orientação autológica, integrando o observador no processo de observação, afastando a neutralidade, enaltecendo a detecção da estrutura pela experiência.

Por mais que haja um ideal de realidade atrás dos objetos, essa intuição deve ser espontânea, no sentido de considerar a experiência como primária. É da experiência que se faz a inferência. O mundo não tem objetos[94]. "O mundo é como é, escuro e desconhecido. O que

---

[92] GLASERSFELD, Ernst von. ***Il costruttivismoo radicale****: uma via per conoscere e appendere*. Roma: Odradek, 2015, p. 102.

[93] EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. **A Evolução da Física**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p.235.

[94] Insta ressaltar que isso não significa que podemos usar as informações que nossos sentidos fornecem-nos para confirmar a de outros e, assim, confirmar uma realidade objetiva. Entre os nossos próprios sentidos já ocorre tal impossibilidade. Um não comprova o outro, por exemplo, o olho não ouve, assim como o ouvido não vê, a língua não cheira, o nariz não degusta etc. Além do mais, para confrontar os ideais ontológicos, relembramos que os sorrisos, os cheiros, os gostos, os olhares, as cores etc. não são senão nomes simplórios, que têm seu assento apenas no corpo sensível, mas jamais conseguirão atingir qualquer essência que imaginam ter. Se o observador

dele sabemos, construímos nós mesmos, com o cérebro, com a consciência, com a comunicação linguística. Tudo o que observamos e o que fazemos depende de distinções"[95]. O denominado mundo real manifesta-se prioritariamente naquele lugar em que nossas construções internas resistem as suas próprias estruturas, e tudo isso aparece como diverso[96]. Por isso, que o uso por si mesmo do termo mundo já é uma inferência em relação à experiência. "O mundo é gerado enchendo-o de objetos que são inferências das próprias experiências e sensações que temos em relação ao mundo"[97].

Essa crença de que podemos conhecer as coisas tal como são em si, como se a atividade do conhecer não tivesse nenhuma influência sobre a consistência do conhecido não faz sentido algum. Quem reconhecer que as percepções e observações "não caem como copos de neve formados previamente sobre um sujeito passivo, senão que são resultados de uma atividade realizada por um sujeito ativo"[98], entenderá que o funil de Nuremberg[99] é apenas arte: não somos recipientes vazios e passivos.

Diante de todas essas provocações, podemos asseverar que o objetivo potencialmente libertário do estrutural construtivismo não é o de simplesmente competir com epistemologias tradicionais. O intuito é refletir sobre a necessidade de se refletir sobre os processos de cognição, linguagem, observador e recursividade dos mesmos. Sem o "zelo missionário de iluminar o resto do mundo"[100] e, mas com o consequente afastamento da crença em uma só resposta, para a concepção de mundo, em exclusão a todas as outras, incluindo seu próprio pensamento como só mais um caminho para a observação do mundo.

Nesse contexto, o conhecimento humano aproxima-se das associações que a nossa razão produz e a forma como ela opera, ordena, distingue essa recorrente vinculação com nossas

---

for suprimido cada uma dessas suas qualidades esgota-se. Somente na comunicação que podem resistir e se perpetuar como estruturam sociais.

[95] LUHMANN, Niklas (*La funzione dell'arte. In:* ***Immaginazione***. 58. 1988, p. 8) *apud* DE GIORGI, Raffaele, MAGNOLO, Stefano. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, p. 126.

[96] Nosso local de fala trabalha com um nível alto de abstração (sociológica e filosófica), mas, isso não nos impede de esclarecer que só podemos descrever e explicar a realidade como aquilo que diverge do que somos como falhas, situações de resistência. Os conceitos que usamos para a construção de estruturas alheias ao nosso sistema, são denominados como resistentes. Ou seja, nesse processo de construir realidades, a imagem que resiste às nossas próprias configurações, configuram-se como o mundo (que, portanto, possamos entender como falhas, como diferenças internas daquilo que processamos). Porém, uma vez entendido, será óbvio que estamos lidando simplesmente com um modelo de conhecimento possível, em seres cognitivos capazes de construir, com base em suas experiências, um mundo mais ou menos confiável, onde tudo poderá ser sempre diverso do que é (Nesse sentido, BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972, p.56).

[97] FOERSTER, Heinz Von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 49.

[98] GLASERSFELD, Ernst von. *Despedida de la objetividade*. In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p.20.

[99] Alusão ao funil de Nuremberg (*Nürnberger Trichter*) que é uma descrição metafórica e jocosa de uma maneira mecânica de aprender e ensinar.

[100] WATZLAWICK, Paul. ***La realitá della realitá: comunicazione, desinformazione, confusione***. Roma: Astrolabio, 1976, p. 8.

experiências. Somente podemos comprovar as ideias com as ideias, não as coisas (nem com as coisas) que as ideias devem representar[101]. Assim, redes de formulações são construídas, frutos dessa capacidade de representação, pela qual a coisa em si cede lugar para dependência com as nossas associações e experiências. Assim como o artista produz sua arte desde si e prevê nela coisas que criará, o intelecto produz desde si e em si sua razão, a qual pode pressentir e predispor as coisas que deseja fazer. Aí vale a ironia de que "Deus pode conhecer todo o mundo, pois o criou; já o homem somente o que ele mesmo criar"[102].

A realidade, o objeto, deixam-se fazer, deixam-se construir, a partir do sujeito cognoscente[103]. Nossas qualidades sensoriais e motoras determinam a qualidade das nossas percepções, bem como a ideia de tempo e de espaço. Ao ver o mundo com esse olhar, o que importa não é a coincidência com uma realidade impossível de atingir, senão a sua função do conceito de saber como uma "realidade" tocada pela nossa experiência.

Frente a essa dinâmica, os saberes, em termos cibernéticos[104], aparecem como modelos que nos orientem no mundo experimental. Distantes daquela epistemologia convencional, o conhecimento é a realidade do observador, que o permite operar no seu mundo de experiência. O saber pode até coevoluir com o mundo dito real, mas com ele não coincide (vice-versa!). Desse modo, sem a objetividade sem parênteses, há uma reorientação para autorreferência, para sistemas observantes que criam seus mundos observados.

Não há imagem exata entre saber e mundo, há o desenvolvimento de estruturas do pensar e do operar, que, no mundo da experiência, funcionam para a continuidade do próprio sistema no seu mundo real construído. De modo enfático, o mundo torna-se construção de estruturas, que produzimos conforme nossa estrutura experimental, visando um equilíbrio entra tais universos. Por isso, enganamo-nos ao dividir o mundo em duas realidades separadas: o mundo subjetivo de nossa experiência e o mundo supostamente objetivo da realidade. Não satisfeitos, insistimos na tolice de condicionar nosso entendimento na correspondência de nossa experiência com um mundo que supomos existir

---

[101] BERKELEY, George. ***Tratado sobre los princípios del conocimento humano***. Madrid: Gredos, 1982, p. 8.
[102]ERÍGENA, Juan Escroto *apud* GLASERSFELD, Ernst von. *Despedida de la objetividade*. In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p.22.
[103]PIAGET, Jean. ***La construccion de lo real en el niño*.** Barcelona: Crítica, 1989.
[104] Na cibernética a palavra modelo é uma construção a partir da qual se espera que se possa realizar pelo menos aproximadamente a função de um dado objeto cuja estrutura dinâmica não se pode investigar ou reproduzir diretamente. GLASERSFELD, Ernst von. Despedida de la objetividade. In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. Contribuciones al Constructivismo. Barcelona: Gedisa, 1994, p.26.

independentemente de nós – considerando independência como a descoberta científica e não uma invenção política[105].

Em suma, verificamos, como uma mais notáveis consequências do redimensionamento sobre a observação e a construção do mundo, o distanciamento desses mencionados conceitos metafísicos ontológicos. Porque a razão dos nossos sentidos não pode ter razão sobre a representação ou ideal de transmissão objetiva da consistência do mundo. Como discutiremos imediatamente a seguir, existe uma indiferença da codificação do sistema nervoso, que indica que o conhecimento sobre o mundo é uma suposição de nossas experiências, da nossa autorreferencialidade, e não um dado do universo da objetividade sem parênteses.

2.1.1 "Lá fora não há dor"[106]: a clausura operativa dos sistemas observantes e o princípio da codificação indiferenciada

Na vigília desse sonho de realidade independente dos que a observam, dessa vontade que a realidade seja uma mera descoberta (revele-se a nós e seja verdadeira), o estrutural construtivismo essencialmente tenta compreender como nós conhecemos o que conhecemos, ou seja, descrever os limites de como podemos conhecer. Questiona aquele sonho, aquele desejo, assumindo a tarefa, por vezes impopular, de se desfazer da crença assustadora na existência de uma realidade autônoma, porque deposita seus esforço na "lógica do mundo, que é aquela da invenção do mundo"[107].

Consequentemente, o pensar, o perceber e o conhecer não se referem a um agir transitivo, o qual se prolonga do sistema observador à realidade externa. Não há transferimento de informação entre mundo/sujeito. O ambiente não contém informação: é o que é. Não se acessa uma realidade objetiva. A realidade é simplesmente atual e positiva. A observação não reserva nenhum privilégio cognitivo. O conhecimento é capturado sob a forma de observação, de distinção, às quais nada realmente corresponde. Isso não é refutar o mundo, apenas supor que ele não corresponde às categorias do conhecimento que usamos para descrevê-lo. Mas, afinal, o que acontece quando não tentamos atravessar paredes exatamente porque acreditamos no mundo?

---

[105] "Para superar nossa ansiedade cartesiana, precisamos pensar sistemicamente, mudando nosso foco conceitual de objetos para relações. Assim, poderemos compreender que a identidade e a autonomia do observador não implica independência frente ao observado. Como nos lembra Lynn Margulis: independência é um termo político, e não científico" (CAPRA, Fritjof. Saber que sabemos. In: **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 216).

[106] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 220 e 221.

[107] DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p 22.

A combinação de sensações (a experiência) pela cognição cria o mundo, como resultado de interferências do observador. O conhecimento não resulta do simples registro das observações, senão pressupõe uma elaboração estruturante do sujeito[108]. Elaborar é computar, refletir sobre as coisas no seu conjunto, indicando uma operação sobre objetos ou suas representações. Assim, a realidade corresponde ao elaborar uma descrição dos recursivos processos cognitivos. O mundo emerge da relação de correlação (não de confirmação) entre as sensações experimentadas em um ambiente e os resultados delas.

Assim, a percepção diferenciada, de acordo com os diferentes sentidos, baseia-se puramente em uma interpretação e correlação interna de estímulos indiferenciados: o mundo, como é considerado, em sua variedade e "poliedridade", é o resultado de processos internos. Podemos já apontar o pilar dessa dinâmica: a *autopoieses*[109], já que, no nível organizacional, todos os sistemas vivos operam em condições de fechamento, sem contribuição ambiental. O sistema nunca entra em contato direto com o meio ambiente, mas conhece apenas seus próprios estados internos.

Um hiato separa o pensamento clássico dessas impressões do estrutural construtivismo. Estes consideram distintos os conceitos de confirmação e correlação como paradigmas para descrever as percepções. Aqueles dizem que a sensação tátil é a confirmação da uma sensação visual, quando, por exemplo, tocamos e vemos uma mesa, acreditam que em dado lugar há uma mesa. Para os construtivistas, a sensação tátil, em correlação com a sensação visual, gera uma experiência que permite descrever que há uma mesa naquele lugar[110].

O sobredito não significa que construtivistas baterão suas cabeças, tentando atravessar aquelas paredes antes mencionadas, por desacreditarem que sentirão estímulos dolorosos em seus corpos. Não é o caso de negação absurda da própria constituição. Todavia, sustentam que não veem aquilo que entendem ver, nem entendem realmente aquilo que veem. Não há nada além de inferências produzidas pelo fato de estabelecermos uma correlação entre experiências sensoriais. A visão estereoscópica fornece outro exemplo de como confundimos confirmação e correlação: não confirmamos o que vemos com o olho esquerdo por meio do que vemos com o olho direito vice-versa. Cada olho fornece-nos uma imagem diferente, ao correlacionar essas imagens, constrói-se o algo, o novo, a percepção de alívio[111]. As coisas, enquanto

---

[108] PIAGET, Jean, CHONSKY, Noam. ***Language and learning***. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p.22 e ss.
[109] MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***Autopoiesi e cognizione***. ***La realizzazione del vivente***. Venezia: Saggi Marsilio, 1985, p. 13.
[110] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 222.
[111] SEGAL, Lynn. ***Le rêve de la réalité***. Paris: Éditions du Seuil, 1990. p. 41.

representações simbólicas, podem ser percebidas ou sentidas, mas não sem sistemas observadores.

No campo da neurofisiologia e cognição dos sistemas psíquicos (que operam pela consciência), o princípio das energias nervosas específicas constituiu uma das primeiras formulações que afirmava, de modo similar, o que esboçamos. Segundo o princípio, não é o agente estimulador (objetos/mundo) que produz a sensação que experimentamos. É o sistema que experimenta em si o que ele produz. Um exemplo simples pode facilitar a compreensão: um golpe ou um tiro no olho produz uma sensação de luz, vulgarmente, conhecida como "ver estrelas". Nossos receptores sensoriais codificam apenas a quantidade de estímulo que recebem, não a qualidade e o que causa a estimulação. Assim, nossos vínculos empíricos com a realidade não codificam o que os estimula a reagir[112].

Em expressões diversas, a excitação, mediante calor, pressão ou outro estímulo, a um neurônio sensorial ou a uma célula receptiva, promove a transmissão de impulsos nos extratos profundos do cérebro, gerando sucessivas computações no mesmo. Porém, a única coisa que o nervo transmite ao cérebro é a intensidade do estímulo, nada indicando sobre o que efetivamente ocorreu. O mesmo se dá em outros receptores, como os de luz, som etc.: a atividade elétrica de uma célula receptiva (toda célula nervosa) codifica apenas a ordem de grandeza da perturbação (que causou a atividade) e não a natureza física do agente perturbador. O que sabemos do chamado mundo material parece decorrer dos nossos próprios de estímulos produzidos. O observador não vê o experimento em si, apenas representa a sensação experimentada, a intensidade da estimulação[113].

Nessa trilha, não é exagero dizer que, na realidade, "não há diferença entre a sensação e a ilusão: com uma gota de ácido acético se pode produzir um efeito ótico (um ponto luminoso), com um impulso elétrico se pode estimular uma papila gustativa, assim o vinagre vira luz e a eletricidade vira vinagre"[114]. Em termos simples, as células nervosas codificam apenas a intensidade e não a natureza de um estímulo perceptivo: o cérebro usa as mesmas operações (estímulos de base elétrica) para ver, ouvir, cheirar e perceber com base no toque e

---

[112] Princípio formulado em 1860 por Johannes Mueller, pelo que, qualquer que seja o estímulo com o qual um determinado receptor sensorial seja excitado, olho, ouvido, nariz, etc., ele sempre produzirá uma sensação específica do próprio receptor (SEGAL, Lynn. ***Le rêve de la réalité***. Paris: Éditions du Seuil, 1990. p. 42-46).

[113] Já quanto ao modo como se forma nossa relação com aquilo que supomos matéria, Arthur Eddington ilustra: a influência sobre a extremidade de um nervo desencadeia uma série de mudanças, que se espalham ao longo do nervo, até uma célula cerebral; "lá, algo misterioso ocorre, uma imagem de sensação nasce na mente, sem que ela seja capaz de fingir se assemelhar ao estímulo que a excita" (EDDINGTON, Arthur. ***Guide to philosophy***. New York: Dover Publication, 1936, p.34).

[114] FOERSTER, Heinz von, BERHNARD, Pörksen. ***La verità è l'invenzione di um bugiardo***. *Colloqui per scettici*. Milano: Meltemi Editore, 2001, p.14.

criar internamente as diferenças qualitativas correspondentes. Logo, o que vem codificado é a quantidade recebida em dado ponto do corpo e não a coisa em si sentida.

O que acabamos de tratar refere-se ao princípio da codificação indiferenciada, que pode ser resumido na *poiesis*: "lá fora não há luz, nem cor: só ondas eletromagnéticas; lá fora não há sons, nem música: só variações da pressão do ar; lá fora não há calor, nem frio: só movimento de moléculas em energia cinética. Enfim, sem dúvidas, lá fora não há dor"[115]. A nuance poética da recitada codificação anuncia a própria *autopoiesis* dos sistemas observantes, ou seja, a sua própria produção e reprodução em fechamento operacional. Observadores somente operam dentro dos seus próprios limites, jamais para além deles. Ademais, não importam estruturas e elementos que estão no ambiente. Não importam porque não absorvem (*input*), nem doam nada ao exterior (*output*).

Em resumo, vemos, ouvimos, sentimos qualquer coisa que não é, ou não vemos, não ouvimos, não sentimos, enfim, qualquer coisa que é. A menos que, a correlação entre sensação e movimento não nos permita de coligar aquilo que parece ser. Assim, se a resposta de uma célula nervosa não codifica a natureza física dos agentes que provocam a resposta, se codificado é apenas o quanto, mas não a coisa. Somos cegos que nos sonhamos videntes em relação à qualidade dos estímulos, sem nos contentar apenas com nossa reação à intensidade dos mesmos. Demócrito sutilmente quis nos alertar, no quinto século antes de Cristo: "existe ostensivamente cor, existe ostensivamente doçura, ostensivamente amargor, e, na verdade, apenas átomos no vácuo"[116].

Mediante o exposto, podemos concluir que o princípio explicitado configurou um relevante passo para a definição da relação entre conhecimento e realidade, entre ver que se ver e não ver que não se ver, entre observar, sistema observante e o mundo observado. Quando o conhecimento não é mais entendido como uma busca de concordância icônica com a realidade ontológica, mas como modos de pensar atinentes às experiências de sentido dos sistemas observantes – porque não podemos reagir aquilo que não podemos sentir qualitativamente –, as possibilidades de construir uma ordem são sempre determinadas pelas limitações das etapas anteriores dessa construção.

Nesse passo, o mundo real se manifesta exclusivamente onde nossas construções falham. Para descrever e explicar as referidas falhas, é preciso partir de conceitos usados na

---

[115] FOERSTER, Heinz von. *Costruire uma Realitá*. In: WATZLAWICK, Paul. ***La realitá inventata.*** *Contributi al costruttivismo*. Milano: Feltrinelli Editore, 2018, p.41.

[116] "Ao que os sentidos respondem: 'Pobre intelecto, esperas derrotar-nos ao mesmo tempo em que tomas de nós tua evidência? Tua vitória é tua derrota'" (Demócrito *apud* SCHRÖDINGER, Erwin. O mistério das qualidades sensoriais. In: **O que é a vida?** O aspecto físico da célula vida. Mente e Matéria e Fragmentos Autobiográficos. São Paulo: UNESP, 1997, p.174).

própria construção das estruturas que falharam. Esse processo nunca ensejará uma imagem do mundo, que possamos responsabilizar por sua falha. Porém, poderá ser entendido como uma forma de invenção de realidade, reflexo da autorreferencialidade e *autopoeisis* do sistema observador em sua observação contingente da complexidade circundante. Tema que nos ateremos no tópico seguinte.

2.2 INVENÇÃO DA REALIDADE PELA "EPISTEMOLOGIA DA EPISTEMOLOGIA"[117]: CONTINGÊNCIA COMO AUTOVALOR E AUTORREFERENCIALIDADE DOS SISTEMAS OBSERVANTES

Quantos mundos existem no mundo? Quantos mundos existem nos mundos dos mundos? Em quantos e quantos níveis de observação, podemos nos aprofundar para tentar descrever esses tantos mundos de outros tantos mundos? Mesmo se conseguíssemos ao menos expiar o infinito furta-cor do Aleph[118], enfim, poderíamos nos atrever a falar que conhecemos a afamada realidade do(s) mundo(s)?

A multiplicidade de comunicações vinculada à multiplicidade de descrições atinente à multiplicidade de observações, por seu turno, aliada à multiplicidade de distinções traçadas por observadores, perturba-nos diante de uma irremediável e alta complexidade do mundo, bem como de uma consequente contingência que nos acompanha[119]. O que nos impulsiona a uma tarefa estrutural construtivista: querer entender sobre o "como" (para além de "quais") as

---

[117] "Epistemologia da epistemologia implica que é uma epistemologia que deve dar conta de si mesma", como epistemologia cibernética de segunda ordem, que assume o paradoxo de toda distinção, inclusive de sua observação. Mas, constitui-se como um retículo recursivo de observações sobre observações, a fim de também refletir sobre as latências das estruturas sociais da realidade. FOERSTER, Heinz von. *A constructivist epistemology*. In: ***Cahiers de la fondation archives Jean Piaget***. n.2/3, Genebra, 1992, p.191.

[118] O lugar onde estão, sem se confundirem, todos os lugares do orbe, vistos de todos os ângulos; é a primeira letra do alfabeto da língua sagrada; para a cabala, significa o *En Soph*, a ilimitada e pura divindade; também se fala que tem a forma de um homem que assinala o céu e a terra, para indicar que o mundo inferior é o espelho e o mapa do superior; para a *Mengenlehre*, é o símbolo ou soma dos números transfinitos, infinitos, nos quais o todo não é maior que qualquer das partes (Conforme, BORGES, Jorge Luis. ***L'Aleph***. Milano: Feltrinelli Editore, 2008, p. 161 e 169). Paoli confirma a vinculação do termo Aleph com religiões e línguas (no sentido cristão, como imagem de Deus, o começo, o todo, o fim; o *Plotinian*, do qual todas as coisas, por emanação, nascem e tendem a retornar. No alfabeto hebraico, é a letra inicial, correspondente ao Alfa do grego e ao A do romano). É a chave da fé, da comunicação, pois todas as letras dela derivariam. É símbolo de unidade na multiplicidade (*Vide*: PAOLI, Roberto. *El Aleph: bifurzioni di lettura*. In: ***Percorsi di Significato***. Firenzi: Univesità di Firenzi, 1977, p. 7-49). Interpretamos que Borges, após seu encontro com o Aleph, quando fala em rearranjar a ordem, deixa entrever a negação ao transcendentalismo metafísico, a impossibilidade do Aleph como dono (religioso) de todo o arquivo universal e como sistema de enunciação dos sistemas da sociedade.

[119] No plano formal, a contingência é a negação da impossibilidade e da necessidade. Contingente, portanto, é tudo aquilo que não é necessário, nem impossível, aquilo que pode ser como é (foi e será), mas também pode ser de outro modo. Diante da complexidade, a contingência é necessária para sua redução e funcionamento do sistema. Dá-se uma exclusão de possibilidades, não uma eliminação, assim, a seleção é inevitável, a totalidade é impossível. Logo, a complexidade do mundo continua em amplo incremento (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p.115).

distinções descrevem e formam o sentido do direito na sociedade moderna, frente às tantas alternativas de comunicações sociais latentes não selecionadas.

Nessa direção, devemos iniciar pela desconfiança em relação à epistemologia clássica e seus correlatos representacionais do saber, a partir da distinção sujeito/objeto. Isso implica um rumo, por assim dizer, assintótico (sem fim ou final), em relação à história total do universo. De fato, o pensamento construtivista já começa com uma relevante constatação empírica: o conhecimento somente é possível porque não temos acesso algum à realidade externa[120]. Procede-se a um desacoplamento da concepção de saber como descoberta do sujeito racional diante do objeto real, ou seja, desvincula-se da ideia de sujeito cognoscente apartado da considerada realidade objetiva a ser desbravada.

Tal ruptura motiva-se pelo fato de o ontologismo registrar a banalização do mundo. Porém, o mundo não é uma máquina trivial[121], cujo funcionamento devemos meramente descobrir. O mundo é a descrição do mundo, desde a experiência possibilitada pela nossa epistemologia. Aqui, a epistemologia é a regra de transformação do mundo a partir da nossa experiência. Se a experiência é causa e o mundo é a consequência[122], não considerar observadores na observação, é como nos desvendar fantasmagóricos, a vagar em fantasias. É cair nas armadilhas dos que sonham uma realidade, quando esses mesmos sonhadores são sonhos de outros fantasmas sonhados, em constantes ruínas circulares, assim foi o Homem Sonhado e o seu Forasteiro borgeanos[123], assim foi a Ângela e seu Autor clariceanos[124].

---

[120]Sobre o assunto, Luhmann faz uma provocação: como verificar se algo existe independentemente de si mesmo, quando, exatamente, ao se determinar (a existência ou não) já se pressupõe um desempenho cognitivo? Ou seja, não se pode verificar pelo conhecimento independentemente do conhecimento (o que seria uma contradição). Por isso, um cérebro (sistema psíquico) apenas produz informação porque é codificado de modo indiferenciado ao ambiente, ou seja, opera ao interno do retículo recursivo das próprias operações. Também, a sociedade (sistema social) somente produz comunicação dentro dos seus limites (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007, p.55-56).

[121] Os termos banalização/trivialização e máquinas trivias são usados no sentido cibernético de Heinz von Foerster, que se baseou na noção de máquina abstrata de Alan Turing, que deslocou tal definição para a lógica, estudando, não suas condições materiais/tecnológicas/física, mas suas condições energéticas internas de funcionamento (memória, estados e transições). No que tange às máquinas triviais, elas seguem regras fixas, considerando o princípio do estímulo-resposta. Já as máquinas não-triviais trabalham em estado dinâmico interno, sendo capazes de se automodificar, conforme as perturbações ambientais, assim, são imprevisíveis, podendo apresentar novidades, a exemplo do indivíduo (enquanto sistemas psíquicos de consciência) e a sociedade (enquanto sistema social de comunicação). Quanto ao termo banalização/trivialização, tal como se usa na teoria dos autômatos/cibernética, refere-se à máquina trivial, por ter aquela relação fixa entra-saída (*input/output*), sendo previsível, enquanto que em uma máquina não-trivial, a saída (*output*) não está determinada pela entrada (*input*), apenas pelo seu estado interno. (FOERSTER, Heinz von. ***Las semillas de la cibernética***. Barcelona: Gedisa, 2006, p. 148-154).

[122] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano.*** Roma: Astrolabio, p. 49, 151, 210 e 235.

[123]Borges contava sobre um forasteiro que queria sonhar um homem e impô-lo à realidade. Depois de muitas tentativas, no sonho do homem que sonhava, o outro sonhado acordou. Ainda no sonho, o forasteiro infundiu-lhe o esquecimento para que nunca soubesse que era um fantasma. Às vezes, inquietava-o uma impressão de que tudo aquilo já tinha acontecido. Certo dia, dois remadores falaram-lhe de um homem mágico capaz de andar sobre o fogo sem se queimar. O forasteiro, pensando em sua criatura, receou que o seu "filho" descobrisse a sua

Tudo isso é similar ao desatino daquele que, insistindo em ser a única realidade, enquanto todo o resto apareceria somente na sua imaginação, não impediria que nela (em sua imaginação) aparecessem outras pessoas. Por sua vez, se essas outras pessoas se considerassem também realidades únicas, aquele (o primeiro desatinado) e outros tantos apareceriam em suas mentes, por consequência, somente como simples imaginação[125].

Essa suposição solipsística, de haver ou de ser única realidade, evidencia uma contradição e intensifica a importância de se considerar os observadores nas observações do mundo: quem sonha ser a única realidade, coloca-se na condição de ser, por conseguinte, fruto da imaginação de outro que supõe também ser ele a única realidade. Logo, quando falamos de realidade, ela parece ser um quadro de referência não contraditório, mas desde que pelo menos haja dois observadores[126].

Sem ver que não vemos o que não vemos que não vemos, não recordamos que o "possível" do observador precede o "real" do observado e o compreende como caso particular e atual[127]. É nessa escuridão que a ilusão induz aqueles que apenas "veem com os olhos e não através dos olhos"[128]. O que nos lembrar de uma das tantas lições de Don Juan que, desesperado com a forma de percepção de seu pupilo, Castaneda, disse-lhe: "Agora vejo qual é o teu problema. Consegues ver somente aquilo que sabes explicar. Deixe de lado a

---

condição de simulacro, de projeção do sonho de outro. Ao final, nas ruínas do santuário do deus do fogo, templo onde se encontrava o forasteiro, ocorreu um incêndio concêntrico. Ele até pensou em se refugiar nas águas, mas compreendeu que lhe avizinhava a morte e, então, caminhou ao encontro dos círculos de fogo. Para seu alívio e surpresa, estes não morderam a sua carne, acariciaram-na sem calor e sem combustão, momento em ele compreendeu também ser uma aparência, que outro estava a sonhá-lo. Tudo isso e todos esses sonhos inventados pelos delírios criativos do próprio Borges! (Para a íntegra do conto, *vide*: BORGES, Jorge Luis. *Las ruinas circulares*. In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p. 26 e ss).

[124] Clarice, que em seu último livro, fragmentos editados por Olga Borelli que formaram Um sopro de Vida, publicado pós-morte, traz o personagem de nome Autor, que começa a contar como vai escrever seu livo e fala da criação da personagem desse seu livro, a Ângela, que também é escritora. Mas, ele termina por confessar não saber se ela é sua criatura, de fato só uma personagem ou se confunde com ele mesmo. Porém, Ângela, depois de criada, parece, por sua vez, não saber que é só personagem. Assim: "Ângela não sabe que é personagem. Aliás eu também talvez seja o personagem de mim mesmo. Será que Ângela sente que é um personagem? Porque, quanto a mim, sinto de vez em quando que sou o personagem de alguém. É incômodo ser dois: eu para mim e eu para os outros".Tudo isso e todos esses personagens inventados pelas próprias pulsações demasiadamente autorreferentes de Clarice. LISPECTOR, Clarice. **Um sopro de Vida (Pulsações)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978, p.14.

[125] Semelhante ao desenho do "O homem de negócios com chapéu-coco" de Gordon Pask, presente em FOERSTER, Heinz Von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 55; *vide* também Anexo desta tese.

[126] FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p. 56.

[127] Dürrenmatt, no diálogo entre o assassino Isaak Kohler, que tenta convencer Spat a montar uma ficção sobre sua situação: "a tarefa também não é investigar a realidade [...], mas uma das possibilidades que se encontram por trás da realidade. [...] Aquilo que é possível, é praticamente infinito, o real é rigorosamente delimitado, pois é só uma dentre todas as possibilidades que podem vir a ser realidade. O real é um caso excepcional do possível e, como tal, também pode ser concebido de outra maneira. Donde se conclui que precisamos repensar o real para avançarmos até o possível" (*vide*: DÜRRENMATT, Friedrich. **Giustizia**. Milano: Adelphi, 2011 p. 55).

[128] BLAKE, William. ***Complete writings of William Blake: with variants Reading***. Oxford: Oxford University Press, 1966, p.457.

explicação e verás"[129]. Parece que para além da cegueira, perdemos um pouco da nossa capacidade de se surpreender, de perceber e sentir aquilo sobre o qual não temos ainda ou não teremos uma explicação.

Para resgatar essa sensibilidade, devemos compreender que o observador (os sistemas observantes), a cada evento de comunicação social seletivo, tenta reduzir a complexidade do seu mundo circundante (seu ambiente, seu entorno). Ao mesmo tempo, porém, o horizonte de possibilidades, a cada escolha feita, abre-se, ladeando as situações diversas da ativada, a qual se constitui apenas como um vislumbre atual daquele observador, jamais a finitude das suas incertezas.

Em outras palavras, quando o observador tenta restringir as inseguranças do seu ambiente, atribuindo sentido aos seus sentidos, o que se constrói é puramente um recorte desse universo do seu não-saber. Sendo assim, a cada experiência sensorial-motora-perceptiva escolhida ou a cada estratégia comunicativa selecionada, sobram inativas outras formas de sentido ao observador, que são passíveis de atualização, de uso posterior. Logo, tudo poderia e pode ser diverso daquilo que é, porque "o firme, devemos fundar sobre o fluído"[130].

Se a fluidez permeia as trajetórias dos observadores, o óbvio é depreender que há possibilidades de experiências adicionais, que refletem a inexorável contingência como autovalor da modernidade complexa[131]. Isso quer dizer, por exemplo, que a sociedade (enquanto sistema comunicacional observante) aprende pela sua contínua abertura às demais alternativas. Argumento que, teoricamente, rompe com a ontologia clássica, que propaga garantir transcendentalmente a permanência de estruturas sociais e suas correspondentes expectativas. Essa canonização simbólica de invariâncias não se acomoda à alta carga da elasticidade das versões e dimensões diversas sobre a realidade. Também, não lhes retira o

---

[129] CASTANEDA, Carlos. ***Viaggio a Ixtlan: le lezioni di Don Juan***. Milano: BUR Saggi, 2000, p. 80.

[130] A citação refere-se à concepção luhmanniana de contingência, que reflete o sentido de poder ser diferente do modo que foi. Por isso, Luhmann em tom, por assim dizer, poético afirma: "*Das Feste vir dann auf das Fliebende gegründet" (*como citamos, o firme, devemos fundar sobre o fluído*)*, LUHMANN, Niklas. ***Soziologische Aufklärung 1***, Wiesbaden: VS Verlag, 2005 p. 240 *apud* CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA; Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

[131] Para Foerster autovalores são sinais indicativos de modos estáveis de condutas. Na sociedade moderna, os autovalores não são mais a humanidade, a razão ou o mundo. Os autovalores produzidos têm a forma da contingência: forma modal de substituir aquilo que pode ser outro, aquilo que poderia ser outro, aquilo que poderia ter sido diferente de como é ou foi. (Conforme o professor DE GIORGI, Raffaele. ***Il Diritto della Società del Rischio***. Lecce, Centro di Studio sul Rischio. 2005, p.6, *s.d* – texto fornecido pelo professor); Tmbém sobre a contingência, DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998; Sobre o tema especificamente, LUHMANN, Niklas. *La Contingenza come Valore Proprio della Società* Moderna. In: ***Osservazioni sul Moderno***. Roma, Armando, principalmente, p.65 e ss.

fato de que todas resultam da comunicação "proveniente de quem observa, não podendo, assim, refletirem verdades objetivas eternas"[132].

Na (meta)linguagem da cibernética de segunda ordem[133], esse processo de organização do observador frente ao mundo segue o chamado princípio da ordem a partir do ruído *("order from noise")*[134]. Segundo o qual, por meio de autovalores (*eigenvalues*[135], catalisadores da informação), o observador operacionaliza a inferência da irritação de dados ambientais no seu interior. Por meio dessas estruturas estáveis (regularidades, os valores próprios), o sistema

---

[132] WATZLAWICK, Paul. ***La realitá dela realità. Comunicazione – disinformazione – confusione***. Roma: Astrolabio, 1976, p. 7.

[133] A cibernética de primeira ordem ocupou-se da dimensão sistemática dos mecanismos de controle, retroalimentação (*feedback*), da transmissão de informação, a comunicação. Isso porque em todo sistema, capaz de se autorregular (seja máquina, seja psíquico ou social), sua estabilidade vincula-se ao controle de tais processos. Segundo Wiener, o referido *feedback* é a capacidade de ajustar a conduta futura com arranjos em relação à performance de fatos passados, portanto, baseia-se em uma causalidade circular. Esse modelo aplicava-se aos sistemas abertos (Von Bertalanffy) que recebiam informações do entorno, processava-as e as devolvia, no esquema *input/output*. Esse é classificado como *feedback* negativo, porque intenta eliminar desvios do sistema. Depois, a informação, depositada no entorno, voltaria ao sistema, que reprocessaria e mudaria seu comportamento (eis a retroação). Já o *feedback* positivo incrementa os desvios, até porque a relação *input/output* não é natural, o sistema é que seleciona informações. Citemos um exemplo, para entendermos a importância do conceito tratado: um interlocutor pode variar seu discurso em função da percepção que tem de quem o escuta, seja entusiasmo, indiferença, etc. (Sobre a primeira cibernética e a noção de retroalimentação, WIENER, Nobert. ***Cybernetics or control and communication in the animal and the machine***. Cambrigde: M.I.T Press, 1962, p.169-180).

[134] Foerster, considerando insuficiente o princípio **"*order from order*"** (ordem a partir da ordem, de Erwin Schrödinger), organização por entropia negativa, negentropia, desenvolve o **"*order form noise*"**, pelo qual o sistema se auto-organiza com base nos ruídos (perturbações/irritações) aleatórios provenientes do ambiente, assim, pode haver ordem na desordem e no rumor. Pode selecionar informações ambientais, que desencadeiam aumento de conexão entre os seus elementos (aumento de redundância, à luz da teoria da informação de Claude Shannon) para encontrar estados mais estáveis em um cenário de condicionamento com seu ambiente, mantendo sua ordem, sua conservação (ATLAN, Henri. *Sul rumore come principio di auto-organizzazione*. In: MORIN, Edgar. ***Teorie dell'evento***. Milano: Bompiani, 1974, p.47). A respeito do conceito de **entropia**: o grau em que as relações entre os componentes de qualquer agregado estão misturadas, não classificadas, não diferenciadas, imprevisíveis e aleatórias. O oposto é **neguentropia**, a grau de ordenação, classificação ou previsibilidade em um agregado. Em física, determinados tipos de ordenação estão relacionados com a quantidade de energia disponível (*Vide*: BATESON, Gregory. **Mente e natureza**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986. p.232). De modo simples, a segunda lei da termodinâmica estabelece que os sistemas físicos tendem a maximizar desorganização, logo, tendem a eliminar a diferenciação e a igualar-se com seu ambiente, ou seja, desaparecer. Os sistemas viventes contradizem tal lei, mantendo sua conservação em um grau de improbabilidade fantástico. Todavia, isso não seria uma contradição da lei, mas uma reafirmação dela, indicando que os organismos absorvem energia do entorno (neguentropia), alcançando níveis alto de ordem. Um clássico exemplo pode ser elucidativo: moléculas quentes e frias dispostas juntas não se manteriam em ordem, no sentido de distantes em extremos, de um lado as quentes, de outro as frias. Elas tendem a igualar a temperatura distribuindo-se arbitrariamente, em desordem e indiferenciação, ou seja, máxima entropia (esta como a medida do grau de desorganização de um sistema).

[135] A aplicação recursiva de uma operação aos resultados de operações anteriores pode levar à cristalização de estados relativamente estáveis (os *Eigenstates*), que são pressupostos para operações sucessivas. Tanto os autovalores (atractores), enquanto "blocos de construção" do sistema, capazes de discriminar seu ambiente; como o autocomportamento (representação emergente), por óbvio, demonstram o acoplamento estrutural desses autovalores com algum ambiente externo seletivo (*Vide*: ATLAN, Henri. *Complessità, disordine e autocreazione del significato*. In: BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro. ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007, p.134-154). Interpretamos que os autovalores representam a relativa invariância, as redundâncias, do sistema em relação ao complexo ambiente, mas, ao mesmo tempo, não delineiam demarcações rígidas e fixas para os sistemas. Digamos que, em não podendo sempre mudar tudo, de uma vez só, ou seja, aferir toda a complexidade ambiente, o sistema a cada mudança deve se referir a uma das suas estruturas conhecidas.

não reage propriamente às perturbações externas, senão ao resultado de suas reações precedentes. Na realidade, a irritação é um estado unicamente sistêmico, por isso, é uma autoirritação, um índice sistêmico, pressupondo uma diferença que só é possível entre uma sequência de operação normal (estruturalmente prevista) e um estado de coisas cujas consequências não são claras, são imprevistas, logo, uma diferença semântica[136]. Assim, o observador aprende a reconhecer seus estados, como a redundância (condensação informativa por repetição) de operações passadas e, ao mesmo tempo, confirma a coerência dos seus próprios parâmetros[137].

Esse autocomportamento (*eigenbehavior*[138]) dos sistemas observantes equilibra dinamicamente a relação do próprio observador com o seu mundo, porque seus valores aparecem como correlatos externos das próprias operações. Na verdade, há uma espécie de categorização da realidade (enquanto seu ambiente), como representação emergente (do próprio sistema). Portanto, os autovalores funcionam como a contingência do observador, uma vez que a perturbação de um dado do mundo pode gerar uma revisão desses valores. Tal processo recursivo representa a chance de mudança na maneira como o sistema refere-se ao futuro (às suas expectativas).

Reforçamos que a sua inferência do observador baseia-se, assim, na sua própria memória, operando na forma da unidade da diferença entre autorreferência (autovalores) e heterorreferência (irritações ambientais). Cada ato operativo do sistema realiza-se em um retículo reflexivo de conexões com operações precedentes e sucessivas, em um jogo de movimentos, no qual se leva em conta os resultados de cálculos anteriores e se mensura os possíveis efeitos para as coordenadas subsequentes.

A partir disso, o observador constitui-se como uma organização operativamente fechada (recursão autorreferencial[139]), na produção de suas regularidades perceptivas das representações observáveis (do seu mundo). Concomitantemente, esse mesmo observador é

---

[136] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 628.

[137] Nesse sentido, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007, p. 7 e ss.

[138] A partir disso, torna-se evidente que o observador caracteriza-se como um sistema fechado organizacionalmente, porque seus estados internos estáveis só podem ser definidos em termos da estrutura dinâmica geral que os suporta; e abertos informativamente, pois possuem a capacidade de classificar seu ambiente, construído nos mecanismos funcionais recursivamente estabilizados como representações emergentes (ESPOSITO, Elena. ***L'operazione di osservazine. Costruttivismo e teoria dei sistemi sociali.*** Milano: FrancoAngeli, 1992, p.59-64).

[139] Reitera-se a posição estrutural construtivista de que o acoplamento possível (sistema/ambiente) não se refere diretamente a um contato, mas se trata do resultado de uma cascata infinita de operações cognitivas, sensório-motoras e de sentidos, em algum acoplamento de estruturas entre sistema/ambiente (Desse modo, mas se referindo ao sujeito e o mundo, PIAGET, Jean. ***La costruzione real nel bambin***o. Firenze: La Nuova Itália, 1973).

sensível a sucessivas aberturas cognitivas, confirmando aquela capacidade de classificar seu ambiente de modo diverso, a cada nova irritação[140]. Nessa dinâmica, por consequência, circular e autopoiética, o observador tanto aprende a confirmar[141] as repetições condensadas em operações anteriores, como a verificar a consistência de seus autovalores, garantindo seu regular equilíbrio com seu entorno.

Assim, desde a própria "ordem interna repetitiva, simétrica de seus cálculos, como o cristal, e frente à variedade (do ambiente) infinitamente complexo, como as formas evanescentes e imprevisíveis da fumaça"[142], o observador mantém-se em rotação, como o Ouroboros[143], afinal, o seu saber é que computa o seu próprio saber.

Esses espirais labirínticos da indissolubilidade da própria forma, a diferença entre os próprios saberes e não-saberes, em uma pegajosa fusão, envenenam a geometria convencional daquela objetividade sem parênteses, sem chance para antídoto algum.

Como se desvencilhar das especulações das tramas de suas fitas de Möbius[144], com curvas de idas e vindas de autovalores, que o observador provoca por si, com o aumento de

---

[140] Podemos inferir, na lógica da observação do sistema, a existência de um processo circular, recursivo: não há realidade sem observador, mas também não há a estrutura interna de valores sem o necessário acoplamento estrutural desses valores com irritações provocadas de algum ambiente.

[141] Confirmar no sentido "*form of confirmation*" de Spencer-Brown, implicando no "reconhecimento" da parte do sistema capaz de reagir a um segundo encontro com um dado, ou seja, influenciado por uma autorreferência precedente. Trata-se de uma interação (e reação) com seus próprios estados, porque o sistema é o que é, exatamente, em consequência de tal evento precedente. SPENCER-BROWN, George. ***Laws of Forms***. New York: Bantam Books, 1973, p.1 e p.53;

[142] Atlan, Henri. **Entre o cristal e a fumaça: ensaio sobre a organização do ser vivo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p.9.

[143] Ouroboros (Uroboros) é uma alegoria frequente em FOERSTER (Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, p.184), a serpente, em causalidade circular, engolindo sua própria cauda. Também, explorada por Paul Valèry (*Le serpent*, 1926), vinculando a figura da serpente ao conhecimento, como ícone do pensar; sendo *ophis*, serpente no greco, quase anagrama de *sophia*, saberia; o verbo no francês *penser* é um palíndromo silábico de serpente; e o vocábulo *present* é colocado por Valèry dentro de uma curva com sentido contrário, sobre o desenho da *serpente*, que é anagrama de *presente*, exatamente, representando o movimento de retorno a si (CAMPOS, Augusto de. **Paul Valèry: a serpente e o pensar**. Brasília: Brasiliense, 1984, p.11 e 13). O uso, aqui, visa demonstrar a autorreferencialidade do observador no processo de invenção da realidade, a recursividade desse círculo de esquecimento, criação e regeneração de autovalores, a implicação constante do observador e o observado por ele inventado, em sua autoprodução, em sua autopoiese. Como exemplos do Ouroboros, há o de Michael Maier, com mensagem explícita *"Hic est Draco caudam suam devorans", "Este é um dragão que devora sua própria cauda"* (MAIER, Michael. ***Atalanta Fugiens, hoc est Emblemata Nova de Secretis Naturae Chymica***. Oppenheim: De Bry, 1618, p. 65); bem como o Dragão de Maurits Cornelis Escher (*vide*: ERNST, Bruno. ***The magic mirror of Maurits Cornelis Escher***. New York: Random House, 1976, p.31); para visualizar algumas variantes do Ouroboros, *vide* anexo desta tese.

[144] Também denomiada faixa ou banca de Möebius, a vemos como um objeto não-orientável, porque por ela, se sobe para baixo e se sai para dentro sem escapatórias. Quando começamos a caminhar pela parte de "cima" e damos a completa volta estranha (à luz de Hofstalder), chegamos novamente ao ponto de partida, mas, sem se dar conta, que estamos parados na parte de "baixo", o inverso também vale! Maurits Cornelis Escher imortalizou essa invenção do matemático August Ferdinand Möbius (1858), com diversas fitas Möebius desenhadas. Destacamos uma delas muito bela, aquela em que formigas tateiam pelo *loop*, pensando estar por dentro ou por fora, por cima ou por baixo, exercitando uma torção que estranhamente define ambas as bandas e da mesma banda, Fita de Möbius II, 1963 (*vide*: ERNST, Bruno. ***The magic mirror of Maurits Cornelis Escher***. New York: Random House, 1976, p.27, 103 e 105; o anexo desta tese).

sua complexidade interna e, simultaneamente, com a redução da complexidade do mundo circundante? Sua opção é apenas uma: em *bootstrapping,* puxa a si mesmo da movediça complexidade pelos próprios cabelos[145], reedifica a si e a sua projeção de realidade. Por isso, nem tudo "lá fora" é acessível: apenas aquilo que uma fisiologia específica do sistema observante pode construir com as estabilidades de sua própria dinâmica.

Mais do que nunca, é hora de colocar a objetividade entre parênteses, porque toda observação é passível de atribuição. Tudo que é argumentado como realidade, é argumento com formulações de experiências processadas por um sistema observante[146], seja em nível de consciência (sistemas psíquicos), seja em nível de comunicação (sociedade, sistemas sociais). Dessa maneira, "o sistema vive em um mundo de formas, as quais não são as formas do mundo"[147], porque o "sistema sempre tem a ver apenas com distinções, não com a realidade. Na realidade, nada existe na forma de uma distinção, nem mesmo na distinção real/irreal"[148]. Por isso,"não basta considerar que o mapa não é o território, mas, que o mapa não é o mapa do território[149].

---

[145] A metáfora *bootstrap* (do inglês, "alça/tira da bota" ou mecanismo criado para facilitar a colocação da bota) vincula-se à expressão *pull oneself over a fence by one's bootstraps* ("puxar alguém por cima de uma cerca pelas próprias alças da bota"; "puxe-se pelo próprio esforço"), denotando processos autossustentáveis, que dispensam auxílio externo para funcionar. Em outros termos, um processo de autopartida que é suposto sem entrada externa, como o exemplo figurativo do Barão de Münchhausen, que ergueu a si e o seu cavalo de um pântano puxando seus próprios cabelos; ou, no campo computacional, um *software* que carrega automaticamente quando o computador é ligado. Ainda, na aquisição de linguagem, a metáfora classifica o "*input"* como alavanca que possibilita a criança a pular a "cerca" da língua materna *by her own bootstraps*, ou seja, por conta própria, pela sua capacidade inata geneticamente determinada (eis um processo autossustentável, autorreferencial). Sobre o termo e a construção social como indução de *bootstrapping*, *vide* BARNES, Barry. *Social life as bootstrapped induction*. In: ***Sociology***. vol. 17, n.4, 1983, p. 524–545. Doi: 10.1177/0038038583017004004.

[146] E não podemos esquecer que os observadores definem-se reciprocamente em uma relação de simetria e assimetria: simetria porque todos os observadores, em certo nível de abstração, compartem os mesmos vínculos naturais e os culturais (gramaticas e limitações cognitivas); assimetria, porque o conhecimento é vínculo irredutível com as histórias individuais, motivações idiossincráticas. O que torna mais difícil escapar das multiversões de mundo (BATESON, Gregory. ***Mente e Natura***. Milano: Adelphi, 1984, *passim*).

[147] Esse fato é decisivo principalmente em nível temporal, pois permite desempenhos sistêmicos tipicamente sem correspondência com o externo, como: atrasar, antecipar, para impedir. Por esse motivo, a criação interna de indicadores da realidade externa, com base nos quais o sistema pode ser orientado, é sempre indispensável (CEVOLINI, Alberto. *Introduzione*. In: LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007, p. 17).

[148]CEVOLINI, Alberto. *Introduzione*. In: LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007, p. 19.

[149] Por exemplo, a distinção chover/não-chover, não é molhado, e apenas serve como maneira para tomar uma decisão, como: "se chover, não saia, use um guarda-chuvas, aproveite para tomar um banho ao ar livre etc". De modo correspondente, o conhecimento é uma construção baseada unicamente em distinções, por esse motivo não pode aspirar a qualquer comparação, de qualquer espécie, com a realidade real. Portanto, o conhecimento é possível apenas como um processo autorreferencial, que calcula distinções com base em outras distinções do mesmo sistema observante, de modo que mesmo uma percepção é o resultado da diferença, na computação em relação aos resultados de percepções anteriores e às possibilidades de percepções subsequentes (FOERSTER, Heinz von. ***La veritá è l'invenzione di um bugiardo. Colloquio per scettici***. Roma: Meltemi, 2001, p.78 e 79).

O estrutural construtivismo, apesar de não negar[150] a existência de uma realidade externa, sublinha que o seu conhecimento em si não é conhecível[151]. Tudo o que o sistema é capaz de saber é o que parece estar correlacionado externamente, é o que o sistema observante distingue. Como se explicou antes, tudo é interno ao sistema, que produz essas operações na forma de unidades da diferença entre a autorreferência e a heterorreferência. Sendo assim, se o sistema é confrontado com as suas próprias resistências, elas emergem precisamente daquela recursão, que permite a autoprodução de autovalores.

Resta ao sistema somente se autoanalisar e verificar a consistência de suas reações às irritações ambientais. O sistema, por assim dizer, controla (para si mesmo) sua falta de controle sobre o ambiente, com o qual nunca tem contato operacional imediato. O efeito mais significativo dessa complexidade operacional, portanto, é o distanciamento entre sistema observante e seu mundo circundante, é a sua autonomia. Eis o sistema, fechado em suas operações, funcionando em sua regular *autopoiesis*.

Com outras expressões, a constatação é que a única restrição inseparável da teoria do conhecimento é a do uso da distinção-guia interno/externo ou sistema observante e seu mundo observado ou simplesmente sistema/ambiente. Nessa trilha, o observador não descobre, nem conhece nenhuma exterioridade: o mesmo fechamento operacional (sua autonomia autopoiética) significa que o sistema está completamente imerso na dinâmica interna de suas operações recursivas. O sistema observante é capaz de elaborar sentidos para referir-se ao externo, fazendo com que a distinção sistema/ambiente volte a entrar no sistema que rastreia essa distinção[152] (mas, isso ocorre novamente e somente dentro do sistema, como distinção)[153].

---

[150] Há pensadores que não apenas não negam, mas enxergam na objetividade sem parênteses uma função pragmática: a objetividade (no sentido entre parênteses) é conveniente para manter o desenvolvimento do pensamento construtivista e sistêmico (D'ABRO. A. ***The rise of the physics.*** Vol. 1. New York: Dover Press, 1951, p.14).

[151] GLASERFELD, Ernst von. ***Il costruttivismo radicale.*** *Una via per conoscere e apprendere*. Roma: Odradex, 2005, p.50 e ss.

[152] À luz da teoria dos cálculos (da forma) de Spencer-Brown, essa reentrada (*re-entry*) estabelece distinção primordial entre sistema e ambiente, com a qual há uma unidade, uma unidade na diferença. Sem ambiente não há sistema, pois o sistema autopoieticamente constrói para si um ambiente, que torna possível a percepção dos seus limites (*boundaries*). Estes, por sua vez, que o tornam diferente do que está "lá fora" da forma, o ambiente (SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973, principalmente, xxix e p.31).

[153] Como o próprio Luhmann afirma, sempre há o que se poderia chamar, indefinidamente, de aporia do realismo, que, geralmente, consiste em pressurizar uma realidade independente da realidade. Já a afirmação "existe uma realidade" ou "a realidade é a primeira coisa que se encontra quando se conhece alguma coisa" pressupõe que algo possa ser afirmado sobre a realidade. Mas, a afirmação em si é uma observação, então, a única coisa que pode ser dita empiricamente sem cair em contradição é que no mundo existem observadores que afirmam que é possível observar uma realidade independente do observador. É possível observar que existem observadores que observam a realidade (Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** São Paulo: Paulus, 2005, p.22 e ss).

No mundo, não há significado. "O mundo é estado de indeterminação"[154]. Entidades podem ter significados, mas o significado não tem a consistência de uma entidade ou coisa qualquer do mundo. Por esse motivo, a realidade inevitavelmente permanece desconhecida, inacessível para sistemas capazes de produzir conhecimento. A estratégia de sobrevivência sistêmica é, por assim dizer, a construção de uma ficção, que lhe permite encontrar uma orientação na hipercomplexidade do mundo, independentemente do grau de correspondência isomórfica, que tal orientação tem ou não com qualquer suposição de realidade real[155]. O que interessa é organizar a complexidade do mundo cibernético do observador. Este é como um catálogo de temáticas, que podem ser selecionadas à medida que o próprio observador decide aprender, a partir de si, com esses assuntos, criando sua versão de sentido para aquela seleção.

A seletividade relaciona-se, portanto, com a possibilidade de ser de outro modo. A opção é apenas uma invenção atual do sentido decidido pelo sistema observante. A contingência como autovalor dos sistemas autorreferenciais e autopoiéticos é fator processador de sua evolução e conservação. Cada escolha é apenas um aspecto parcial, uma decisão passível de mudança durante e após sua tomada. Reflete um ponto de vista comparativo do que foi, é e será realizado com outras alternativas. Não se trata de uma descoberta final, a partir da qual justas observações são eternizadas. Até a distinção certo/errado é uma invenção, enquanto esquema observacional, com limites próprios à escolha da distinção, que o observador de primeira ordem não pode atingir. Eis mais um reforço à perspectiva de saber como criação: o ponto cego, que não garante nada além de ilusão de realidade provisória e atual – como detalharemos abaixo.

2.2.1 "Não vemos que não vemos que não vemos"[156]: a observação de segunda ordem e a evidência de estruturas latentes

Se observar é distinguir e distinguir é o observar seletivo de um observador, o observador de primeira ordem, que demarca um lado da forma de diferenciação, não pode ver

---

[154]Por ser a unidade de toda distinção, toda previsão se torna contingente. Mundo como unidade do passado e do futuro, do observador e do observado, de ego e de *alter ego* (LUHMANN, Niklas, Mundo. In: BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social***. Milano: Franco Angeli, 2000, p. 105).

[155] Não é demais frisar que , apesar do exposto, o mundo, enquanto ambiente, não é uma mera categoria residual. Sem a possibilidade de se distinguir do ambiente, o sistema sucumbe, nem reproduz suas operações. A manutenção dos limites, ou seja, a preservação da diferença, entre o sistema e o ambiente, significa, portanto, a força da identidade do sistema. Por isso, que a distinção sistema/ambiente refere-se ao ponto de partida fundamental de toda teoria de sistemas observantes que produzem sentido.

[156] Alusão ao ponto cego como princípio de observação de Foerster, cuja variante poderia também ser: "se não vemos que estamos cegos, logo, somos cegos. se enxergamos que somos cegos, aí passamos a ver". (FOERSTER, Heinz von. Construindo uma realidade. In: WATZLAWICK, Paul. ***A realidade inventada***. Campinas: Editorial Psy II, 1994, p. 48).

por completo sua unidade. Em outros termos, a invisibilidade da latência reduz-se ao fato de "o observador, que observa, é observado, mas não consegue se auto-observar"[157]. Ao utilizar uma distinção, no momento da operação de observação, o observador, portanto, não pode indicá-la porque não a distingue. Portanto, não vemos que não vemos que não vemos.

Todas as formas de observação possuem um ponto cego. Esse princípio foi desenvolvido por meio de estudos sobre a visão ocular, segundo os quais há uma área na retina à qual corresponde, sem que o vidente esteja atento, a um ponto de cegueira. Lá, não há células receptoras e, portanto, nosso campo de visibilidade é incompleto. Não somos capazes de ver o que há nessa área e, muito menos, desconhecendo essa falta, de ver o que não vemos.

Segundo Foerster, no ponto da retina, em que as fibras nervosas, da camada sensível à luz do olho, confluem para o nervo ótico, não existem células sensoriais, cones ou bastões. Assim, por meio de um de seus tantos experimentos, demonstra a invisibilidade da nossa visão em certas circunstâncias: ao segurarmos com a mão direita, uma folha com um desenho de uma estrela preta à esquerda e um círculo preto à direita, ao movimentarmos a folha, para frente e para trás, em torno de 30 a 35 cm, com o olho esquerdo fechado, o círculo ficará invisível. Sem formação de nenhuma marca preta, no lugar do círculo. Até porque se ela existisse (uma marca preta) já seria ver alguma coisa. Do contrário, simplesmente, o círculo permanecerá imperceptível. Tudo o que se verá é desenho restante visto sem manchas: para o cérebro, esse efeito é tão real como se na folha só tivesse a estrela[158]. Diante desse cenário,

---

[157] SILVA, Luciano Nascimento. O observador e a teoria do conhecimento – a invenção do saber científico. In: SILVA, Luciano Nascimento, DEL BENE, Caterina. **Filosofia do Direito**. Estudos do *Centro di Studi sul Rischio dell'Università del Salento*, Itália, dos profs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Curitiba: Juruá, 2014, p.73.

[158] Outro experimento é sobre o chamado Escotoma, uma lesão cerebral circunscrita na região occipital, causada, por exemplo, por ferimento de tiro, que avança rapidamente, mas sem diminuir a capacidade visual do lesionado. Todavia, após semanas, o afetado passa a apresentar problemas motores, mas sem que a parte motora esteja realmente danificada. O tratamento consiste em vendar os olhos do paciente por cerca de dois meses, desviando a atenção dos pontos de referência visuais, para os motores. Ou seja, para os canais (que estão funcionando normalmente) de informações sobre sua postura corporal, por meio de sensores receptivos dos músculos e das articulações. Comprova-se, outra vez, a falta de percepção da "falta de percepção" e que surge a percepção por meio de interações sensoriomotoras. Assim, emergem duas metáforas: perceber é agir, e se não vejo que estou cego, sou cego; porém se vejo que sou cego, vejo. O terceiro experimento consistiu em gravar uma palavra isolada, em uma fita magnética e repetir a gravação em forma de *looping* por um a dois minutos. Após esse tempo, a palavra gravada que é claramente perceptível, transforma-se repentinamente em outra, também significativa e claramente perceptível. Ao final de dez a trinta repetições, da palavra transformada, aparece imediatamente uma nova e assim outra, e assim sucessivamente. Em uma amostragem com duzentas pessoas, apareceram 758 variantes para o vocábulo *cogitate,* dentre eles: *agitate*; *annotate*; *arbitrate*; *artistry*; *back and forth*; *brevity*; *ça d'etait*; *candidate*; *can't you see*; *can't you stay*; *Cape Cod you say*; *card state*; *cardio tape*; *car district*; *catch a tape; cavitate; cha cha che; computate; conjugate; conscious state; counter tape; count to three; count yer tape; cut the steak; entity; fantasy; god to take; god you say; got a date; got your pay; got your tape; gratitude; gravity; guard the tit; had to take; gurgitate; kinds to take; majesty; marmalade* etc. (FOERSTER, Heinz von. Construindo uma realidade. In: WATZLAWICK, Paul. ***A realidade inventada***. Campinas: Editorial Psy II, 1994, p.47-49; ou FOERSTER, Heinz von. *Costruire uma Realitá*. In:

para as operações do cérebro, não há diferença entre realidade e ficção. Há apenas uma atividade cerebral de recálculo da realidade em tempo dinâmico, na medida em que é capaz de observar um ambiente e calcular as informações que dele recebe.

Essa formulação foi abstraída e, por analogia, aplicada a observações de todo tipo que, com base em uma distinção específica, nunca é capaz de observar a distinção em si (o paradoxo da auto-observação). Porém, a partir de uma observação especializada, de segunda ordem, que observa essas observações (mais precisamente, a forma pela qual elas observam), baseando-se em outra distinção diferente, torna-se possível ver o que ela não vê e ver que ela não vê. A nova distinção, contudo, não está isenta do seu ponto cego, que depende de seu esquema de observação. Do mesmo modo, tal cegueira pode, por sua vez, ser observada em outra distinção – que seguirá o mesmo percurso do ver e não-ver[159].

Observar a latência, portanto, é adentrar no âmbito de observação (de um observador de primeiro grau) para saber mais sobre o que permaneceu obscuro. É quando o observador de segundo grau tenta percorrer o campo do que poderia ter sido diverso. Sem deixar de valer aquela ideia de que o observador sempre ver menos e diversamente que o observador que observa e é observado[160]. A latência, assim, apresenta-se como é um parasita vicioso, que circula nas operações de observação, cuja eliminação dependeria da fé em um meta-observador.

Em outros dizeres, pelo plano de observação de segunda ordem, o conceito de latência adquire relevante significado: ao se referir ao ponto cego (ao que não pode ser visto), aquilo que na sociedade aparece como natural e necessário, torna-se artificial e contingente[161]. A passagem de um nível a outro de observação promove um desvelamento da realidade como descrição contingente, ou seja, naquela trilha do ser possível de uma maneira diversa[162]. Consequentemente, quanto às autodescrições sociais (sejam observações de primeira ou segunda ordem), não são imprescindíveis, senão apenas atuais. Emerge o componente

---

WATZLAWICK, Paul. ***La realitá inventata. Contributi al costruttivismo***. Milano: Feltrinelli Editore, 2018, p.38-39).

[159]Frisamos que essas considerações são válidas para todas as distinções binárias, que orientam a observação e para os códigos dos sistemas funcionais, como o jurídico, baseando no direito/não-direito (legal/ilegal). Cada sistema de funções possui um ponto cego, pois não é capaz de observar o próprio código com base no próprio código. Em resumo, cada um deles pode ser observado por um observador de segunda ordem, que captura as limitações.

[160]LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.888.

[161] LUHMANN, Niklas. *Tautology and Paradox In the selfdescriptions of modern society*. In: ***Essays on Self-Reference***. New York: Columbia University Press, p. 123.

[162] Para o observador de primeira ordem, a sua auto-observação termina com a identificação de dados relativos a fundamentos invariáveis, ou seja, à natureza das coisas e ao que é necessário. Contemporaneamente, esse lugar é ocupado pelo conceito de valor, símbolo daquilo que não se pode duvidar. Por outro lado, pelo olhar cibernético, o mundo aparece como uma construção baseada em diferentes distinções.

autológico, propiciando a reflexão sobre a diferença entre necessário/contingente e natural/artificial, graças justamente a outra distinção, qual seja a observação de primeira ordem e observação de segunda ordem[163].

Em outras palavras, a análise da latência concentra-se na questão de como podem ser observadas as distinções que um observador usa para indicar algo, e, é, por isso, que elas não são observáveis no momento de seu uso operacional. A resposta perpassa justamente por essa cibernética de segunda ordem, que permite o uso de outras distinções (sobre aquela observação primeira), às quais o mesmo se aplica (a latência também ocorrerá), mas se poderá ver aquela primeira observação apenas como uma construção dentre tantas outras possíveis.

Essa visão da latência reforça a ruptura epistemológica do estrutural construtivismo sobre a explicação da realidade, pela via da distinção sujeito/objeto, porque demonstra que o que se presume como mundo é aquilo que se retira do observável em desprezo ao latente inobservável. Com a iluminação do "un *unmarked state"*, do estado das coisas inobservável, é notável que a ideia mundo pode e poderia ser diferente. Nossa lente de observação, por confirmação, revela-se limitada, como um entalhe: é possível até ultrapassar as fronteiras e avançar frente a outros saberes, mas jamais suprimir o corte sem regressar ao inobservável.

Por conseguinte, a distinção ser e não-ser evidencia o não-sentido que lhe é inerente, perdendo primazia teórica e metodológica. Afinal, quando o conhecimento se auto-observa, choca-se, em última instância, com os problemas da unidade do distinguido. É o encontro com seu pecado original: sendo forçoso o empenho de eleger novas identificações e indicações para desdobrar criativamente seu paradoxo[164] (de distinguir sem poder ver a sua distinção). Assim, saltitantes em desparadoxalização[165], vivemos de inventar novas distinções, acompanhadas de suas latências, para seguirmos na ilusão de dominarmos sabidamente o mundo.

Nesse percurso, o universo do científico plural tem a credencial pertinente: aquela sobre o qual não se pode falar em termos de "uma vez por todas" [166]. Não se procede por expansão em direção ao que seriam os limites naturais do cosmo. É bem mais pedagógica a migração da

---

[163]DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.394.
[164] LUHMANN, Niklas. *Como se pueden observar estructuras latentes?* In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador***. *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p.67-68.
[165] Há setemas autorreferenciais (por semânticas próprias), que, apesar de terem estreita relação com o paradoxo, ocultam esta relação e graças as suas fixações de sentido, garantem as operações do sistema, evitando seu bloqueio. Mais detalhes sobre desparadoxalização, assimetrizações, destautolizações, *vide*: ALCOVER, P.G. ***El derecho en la teoria de la sociedade de Niklas Luhmann***. Barcelona: Bosh, 1993, p.303-304; ou LUMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Revista n.28. Ano 15. Jun.1994, p.15-29.
[166] CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciência y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador.*** *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 45.

síntese (“metaponto” de vista) e neutralidade à complementariedade e historicidade. Não cabe mais a perseguição por homogeneizar a variedade de perspectivas, mas compreender que se produzem reciprocamente. Por isso, argumentos circulares, paradoxos e os tantos não-saberes não-sabidos latentes, antes impasses, passam a momentos constitutivos da decisão, do agir, do pensar, do conhecimento, da ciência, do direito. Sendo assim, em vez da semântica de fundamentação, a ideia é trabalhar com eleição, com a metáfora do contexto e a observação das estruturas não aparentes.

Essas circunstâncias da epistemologia estrutural construtivista descentralizam visões e imagens ortodoxas do universo: completude, exaustão, onisciência, onipotência. Como diria Teubner, “E Deus riu...”[167]. Sem determinações e certezas, a direção privilegiada é trocada pela seleção de indicações atuais. A eternidade do real dá assento à fugacidade dos sentidos incessantes requeridos pela complexidade. Ao saber, lhe é concedido um estatuto de viabilidade condicionado. Nada sai ileso ao corte metodológico da distinção do observador. Só resta como escolha temporalmente privilegiar alguns pontos de vistas sobre a realidade multifacetada, que é sempre mais complexa que nossos valores, em constante busca por organização. Sem atentar contra o valor heurístico das observações, é a vicariedade ou a revogabilidade que se apresentam como semânticas-chave ao conhecimento como construção.

A reflexividade e o perspectivismo epistemológicos do estrutural construtivismo não devem ser encarados como uma forma de niilismo. Não se pode repetir aquele dramático suicídio de Kirillov[168], que após se deparar com a falta de significado supremo da vida, convencido que o mundo é insensato e carente de um fim-maior, mata-se. Nada poderia ser mais estranho, ao inventor dessa realidade fatal, do que a moderação sábia do rei em "Alice no País das Maravilhas"[169], que, lendo a poesia do Coelho Branco, considera-a sem sentido e conclui com alívio: "se não existe um sentido... nos salvamos de muitos problemas, porque não precisaremos descobrir um". Wittgenstein arrematariа, em consonância à referida Sua

---

[167] Teubner, como os construtivistas sistêmicos, sempre conta lendas, histórias sacras (Talmude) na descrição de suas ideias. Nessa em específico, que é a abertura do seu primeiro capítulo, conta a história de um rabino que tentou de todo modo demonstrar a força divina, mas diante da resistência dos demais rabinos, ao final até Deus riu e deu-se por vencido. Trata-se de conto que ajuda o autor a apresentar sua tese de indeterminação e imprevisibilidade do direito. (TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.2).

[168] “Para mim, não existe ideia maior do que a que Deus não existe. Toda a história humana está a meu favor. O homem tem feito outra coisa senão inventar Deus para viver sem se matar; é disso que se trata a história universal até os dias de hoje” (DOSTOEVSKIJ, Fèdor. **Os demônios**. São Paulo: Editora34, 2013, p.388).

[169]CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.112.

Majestade: “a solução do problema da vida deve ser vista no desaparecimento desse problema”[170].

Podemos, pois, prenunciar que o antagonista do desesperado é o pesquisador, com tênues diferenças. No desespero, é comum que se chegue à conclusão que o procurado não existe e, assim, o próprio procurador perde o sentido de sua existência. Na pesquisa, de viés construtivista, é possível observar a vastidão do mundo e continuar na saga de construir mais vastidões, incluindo as imperceptíveis. Na equação existencial do desesperado há uma ruptura do pensar. Para o construtor, sobra-lhe o excessivo desejo de proximidade com o círculo do infinito. Eis o seu elixir autoimunizante frente ao niilismo.

Nessa engrenagem contrária aos sentidos eternos, a latência é aquele alerta cuja sinalização bifurca-se: por uma via, demonstra a presença-ausente de possibilidades que não foram usadas (porque não foram vistas) por um sistema observante; por outra via, demonstra a incerteza de quaisquer resquício de certeza sobre a seleção anterior do observador. Portanto, a seleção inerente a cada operação sistêmica não vive sem a latência, que, por sua vez, é sempre contingente: certas latências podem chegar a se manifestar e outras são criadas no lugar – como alternativas determinadas ou determináveis no sistema, em razão da própria *autopoiesis*, a fim de manter sua própria unidade, de maneira relativamente não problemática[171].

Em linguagem sistêmica, tornar manifestas estruturas e funções latentes nos sistemas observantes (mormente, na sociedade), serve para confrontá-las com os vários equivalentes utilizáveis como estruturas e funções alternativas. Ou seja, com o reconhecimento dessa função da latência, um sistema também observa a oferta de suas opções equivalentes. O que reflete, também, para a consciência (no nível do sistema psíquico) e para a comunicabilidade (no nível do sistema social) as suas contingências, incompletudes[172].

Vimos que a observação é uma operação do sistema que é dita vidente e igualmente cega. A diferenciação de partida representa seu ponto cego, aquele que não pode ser visto pelo observador que a usa (o de primeiro grau). Nenhuma distinção pode ser aplicada a si mesma de tal maneira que produza uma indicação única, precisamente porque é e sempre permanece uma operação autopoiética: além de observar algo, isso ocorre nessa operação. De onde surge a origem da forma do paradoxo, que sempre deriva da aplicação de uma distinção a si mesma,

---

[170] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratactus logico-philosophicus**. Torino: Einaudi, 1986, aforismo 6.521.

[171] É funcional proteger fundamentos da própria organização, excluindo o que lhe for inoportuno. A inoportunidade da observação e a oportunidade da proteção dependem da estrutura do sistema, das distinções-diretrizes, mas sempre ao se seguir tais distinções, outras restam latentes. A oportunidade de observar distinções varia ao variar as estruturas sociais.

[172] Além disso, podemos constatar o fato de que, pelo efeito da latência, a sociedade não pode ver que não pode ver o que não pode ver. Isso manifesta o fato de que a função da latência exige que essa mesma função permaneça latente. Limita-se a astúcia, evita-se a crítica, remove-se aparentemente aporias.

e a importância de se reconhecer a latência. Podemos sintetizar, resgatando algumas metáforas: o Dr. Viktor Frankl afirmava "quando ele viu que estava cego, então, ele pode ver"[173]; Foerster sentiu essas lições e as replicou: "Se não vemos que estamos cegos, somos cegos. Se vemos que somos cegos, passamos a ver"[174].

Toda unidade, à qual se faz referência, é construção de um observador e depende da distinção a que tal observador é orientado. Toda distinção inevitavelmente traduz a realidade em suas próprias formas e, portanto, não permite o acesso a um novo objetivo independente do observador. Porém, quando se demarca uma forma, o observador cego não vê que resta invisível o outro lado e diversas outras formas não selecionadas.

Em suma, nenhuma realidade inventada escapa da contingência e da autorreferencialidade do sistema observante autopoiético, que apenas consegue ordenar-se, reduzindo a complexidade do seu mundo circundante, mas sem eliminar as estruturas latentes de sua observação. Enfim, inclusive essa última parte da frase anterior, já se revelou como uma observação de segunda ordem, a qual reconhece a própria cegueira, mormente a cegueira da observação de primeira ordem delatada e, assim, passou a ver.

2.3 REALIDADES PÓS-ONTOLÓGICAS E MULTINÍVEIS DE AUTORREFERENCIALIDADE: HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS E O TERCEIRO INCLUÍDO NAS OBSERVAÇÕES CIBERNÉTICAS

A observação desenha as próprias hipóteses que limitam seus mundos. Do lado de fora, desses sistemas observantes, não há nada. Não há observação que possa ser feita, a partir de um espaço ou de uma referência absoluta. É no observador que ocorre a emergência do sistema observado. O observador, ao observar o mundo, coloca dentro de suas operações a forma de distinção: observador/mundo.

Compreender essa referida reentrada (*re-entry* à luz de Spencer-Brown[175]) da própria forma na forma[176], pode até tornar óbvia qualquer outra explicação sobre as observações dos

---

[173] DUPUY, Jean-Pierre. Fabricação do Homem e da natureza. NOVAES, Adauto, DUPUY, Jean-Pierre, SANTOS, Laymert Garcia *et al*. **Mutações: novas configurações do mundo.** Curitiba: Edições SESC, 2018, p.43.

[174] FOERSTER, Heinz von. *Sulla costruzione di uma realità*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.217.

[175] Spencer Brown começa (capítulo onze) afirmando que uma demonstração, equivalente à redundância, está em um número finito de etapas. Todavia, uma expressão algébrica representa um número desconhecido de cruzamentos, impossibilitando a contagem de etapas aritméticas. Isso ocorre porque o estado atual da equação pode ser precedido por um número desconhecido de estados anteriores. Portanto, é possível continuar calculando infinitamente, obtendo como resultado: que os valores das variáveis da equação não seriam iguais aos dessas mesmas variáveis na equação inicial. Mas, verifica-se que a parte que cruza, a cada nível de profundidade uniforme, é idêntica à expressão total. Portanto, em cada nível desse tipo, a expressão entra novamente. Depois

sistemas autorreferenciais e autopoiéticos. Em poucas palavras, a reentrada refere-se à capacidade de controle do sistema observante sobre sua própria recursividade. Observando suas observações ou copiando cognitivamente a distinção sistema/ambiente, o sistema replica, dentro de si, esta distinção. Porém, como o sistema opera em um dos lados dessa distinção, formando, assim, um "espaço simbólico de atuação"[177] ou espaço imaginário para a invenção de seus sentidos.

Não há encontro entre um observador e entidade observável por si (sejam outros sistemas observantes ou mesmo o ambiente). O evento é a sua própria resistência interna, verificada no decorrer daquele processo do cálculo sobre os cálculos, na operação de distinguir *do* e *no* próprio sistema. Quando o sistema realiza seus processos de cálculo (suas operações) e se depara com resistências internas: eis a decodificação de eventos intuídos como "fora de si".

Em termos outros, nas relações sistema/ambiente, o sistema é o lado interior da forma e o ambiente é apenas o correlato vazio da sua autorreferência: não oferece nenhuma informação. O sistema não pode atravessar operativamente seus limites, porque, assim, operaria no próprio ambiente. A diferenciação do sistema não é outra coisa, senão a repetição, dentro dele mesmo, daquela diferenciação sistema/ambiente. A reentrada, como se mencionou antes, é no próprio sistema da forma-de-dois-lados: sistema/ambiente[178].

O observador produz sua unidade, autoproduz-se, em diferenciação com o mundo que ele observa, não significando formação finita de si, nem do mundo. Há uma constante autoconstrução do observador e de seu mundo, enquanto fundo com "indeterminação

---

de aplicar a regra de dominância (p.56), pode-se ver que essa equação tem duas soluções. Consequentemente, Spencer Brown conclui, a partir de um número ilimitado de etapas de uma expressão *E*, chega-se a uma expressão *E'*, que não é determinada de uma única maneira. Dessa forma, *E'* significa um nível de indeterminação irresolúvel, mantendo o valor de cada variável independente fixo (Interpretação livre, SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973, p.56-57, 69-74).

[176]Sobre a reentrada da distinção naquilo que é distinto, De Giorgi explica que uma via de saída para o desenvolvimento do paradoxo de modo criativo, já que a forma na forma *é* e, ao mesmo tempo, *não-é*. Sendo possível ao observador, agora, selecionar as distinções, tendo esta dupla possibilidade de descrever um sistema tanto de dentro, "incluindo" sua autodescrição, quanto de fora, assumindo um ponto de externo. Só não poderá fazer isso contemporaneamente, mas pode compensar essa impossibilidade pela auto-observação, de tempos em tempos, a partir de outra posição. Aplicada à distinção entre sistema e ambiente, essa regra de "reentrada" exige que a distinção sistema/ambiente ocorra novamente no sistema. O sistema produz e observa a diferença entre sistema e ambiente. Produz a diferença, operando, e requer: no contexto de sua própria *autopoiesis*, uma distinção entre autorreferência e heterorreferência, sistema/ambiente. O sistema, portanto, sempre pode vincular suas operações às suas operações e pode obter as informações que indicam a direção de si ou de seu ambiente. Logo, a racionalidade do sistema pressupõe tal *re-entry* da forma à forma. (Sobre o tema, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società***. Milano: FrancoAngeli, 2008, principalmente, p.58).

[177]KAUFFMAN, Louis H. ***Self-reference and recursive forms. Journal Social Biological Structure***. N. 10, 1987, p.58.

[178]Nesse sentido, também, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società***. Milano: FrancoAngelo, 2008, p. 44; ou NAFARRATE, Javier Torres, MANSILLA, Darío Rodriguez. ***Introduccíon a la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2008, p.411.

irresolvível"[179]. Por consequência, o observador constata a sua insuficiência (de operações) e busca aumentar seu repertório interno de variantes (*requisite varity* à luz de Ross Ashby[180]) de sentido para suas operações, como desafio de reformulação de redundâncias. Assim, por meio da abertura cognitiva ao mundo, o observador incessantemente tenta organizar sua complexidade interna frente essa desordem do ambiente ainda não-marcada.

Os sistemas operam pelas redundâncias, aquilo que já tem de seguro no seu interior, que lhes conferem certa estabilidade de estruturas. Porém, essa dinâmica, pode variar com mecanismos de adoção da contingência, justamente, como forma de redução da complexidade do ambiente. É o relutante jogo entre a redundância e a variação, a constância de um estado frente ao "poder ser de outro modo", que faz com que o observador situe sua complexidade (seu horizonte interno de possibilidades) na perspectiva de adequação co-evolutiva com seu mundo (o horizonte externo). Para tanto, deve existir um acoplamento de sua estrutura à estrutura do ambiente[181], havendo conexão, para superar sua dimensão conservadora de estruturas e entrar em dimensão evolucionária pela variação, seleção e estabilização frente ao mundo. Há, pois, um processo de aprendizagem, de adaptação de estrutura, sempre passível de mutação pelo observador[182].

Não é difícil notar que a complexidade social oferece mais oportunidades do que se pode apreender. Cada situação representa um ponto de vista que limita a possibilidade de observação. Tal conceito amarra-se ao de horizonte, enquanto um simples cerco, que, momentaneamente, abraça aquilo que é visível, a partir de certo ponto[183]. Todavia, essas limitações de cada horizonte não se referem à necessidade de um local de observação

---

[179] A diferença sistema/ambiente dá-se duas vezes, como distinção primária do sistema e como distinção observada no sistema, reinserida. Spencer-Brown descreveu como barreiras de um cálculo matemático circunscrito à álgebra e à aritmética. O sistema torna-se para si mesmo incalculável. Alcança um estado de indeterminação não atribuível ao imprevisto dos efeitos externos (variável independente), senão ao sistema mesmo (LUHMANN, Niklas. ***La sociedade de la sociedade***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.28 e 696).

[180]Como vimos, Ashby tentou compreender como um dado sistema respondia a distúrbios externos. Defendia a formação de um repertório maior, mais variado de valores do sistema, para que, assim, regulasse mais adequadamente seus estados diante das perturbações. *Vide* diretamente: ASHBY, Ross W. ***Introduzione alla cibernética*** (1957). Eunadi: Torino, 1971.

[181] A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema, indicada com o conceito de irritação, surge do confronto interno, a *priori*, não especificado, de eventos com possibilidade própria do sistema (que fazem sentido ao sistema), com estrutura estabilizada. Assim, não há propriamente irritação alguma do ambiente ao sistema. Trata-se sempre de um constructo próprio do sistema, sempre uma autoirritação. Naturalmente, em sequência ao influxo proveniente do ambiente, o sistema tem a possibilidade de encontrar em si mesmo a causa da irritação e de aprender com ela ou de imputar a irritação ao ambiente, ou ainda procurar a fonte no ambiente e removê-la. Sendo assim, não há transferência nenhuma de informações entre os sistemas acoplados (Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società***. Milano: FrancoAngelo, 2008, p.38).

[182] LUHMANN, Niklas. ***La differenziazioni del diritto.*** *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto***.** Bologna: Il Mulino, 1990, p.37-43.

[183] GADAMER, Hans Georg***. Verità e Metodo***. Milano: Bompiani, 1983, p.353.

fundamental e absoluto, como termo de referência para cada comunicação. Pelo contrário, constituem as condições de possibilidade para cada interação e organização construtiva entre diferentes pontos de vista[184].

O fetiche de totalidade (artificial) sobre o saber, ou seja, em tê-lo absolutamente como descoberta fixa, desnuda-se e expõe a insuficiência da tradicional lógica aristotélica monocontextural (ser ou não-ser, eis a questão de sua restrição). Desse modo, todos os observadores encenam o terceiro excluído (*tertium non datur*[185]) da própria observação. É o papel do intruso inobservável[186].

Todavia, a plasticidade ou a flexibilidade das formas, ajustadas à policontexturalidade[187] do cenário hipercomplexo moderno, demandam aquele intrometido terceiro. Afinal, a cibernética de segunda ordem nada mais é que uma observação da observação contraditória. Ela se realiza sobre a observação de um observador, que se baseou em pares lógicos

---

[184] Nesse sentido, são pertinentes as palavras também de Gadamer, quando assevera que não são nossos julgamentos que constroem nosso ser, mas nossos preconceitos. Essa formulação provocativa serve para ajustar um conceito positivo de preconceito, expulso de nosso uso linguístico pelo Iluminismo. Em relação à historicidade de nossa existência, os preconceitos, no sentido literal, constituem a direção inicial de toda a nossa capacidade de existir. Preconceitos são predisposições de nossa abertura ao mundo, as condições pelas quais experimentamos algo, pelo que o encontrado (o que encontramos) passa a nos dizer algo. Assim, damos as boas-vindas àquele hóspede que promete novidade à nossa curiosidade (GADAMER, Hans Georg. ***Philosophical hermeneutics***. Berkeley: Universty of Californi Press, 1976, p.9).

[185]Essa ideia do *tertium datur* também conhecida como *principium tertii exclusi*, pelo qual a proposição é verdadeira ou sua negação é verdadeira (falsa). Remete-se originariamente ao princípio da não-contradição de Aristóteles (duas proposições contraditórias uma é necessariamente verdade e a outra falsa). Na matemática, temos a lei do terceiro excluído: ou A é X ou não é X, não há terceira possibilidade, "um terceiro não é dado". Segundo o próprio Luhmann o observador é esse terceiro excluído que também pode ser visto e, por sua vez, definido, por outro observador, como observador (LUHMANN, Niklas. ***Osservazioni sul moderno***. Roma: Armando Editore, 2006, p.41).

[186] Sendo o observar, uma operação realizada por um sistema autopoiético, que indica tal sistema nessa função de observador, este é o terço excluído de sua observação. Porque ao observar, ele não pode se ver, na distinção que usa para indicar uma ou outra parte. Isso serve como condição invisível de ver, como um ponto cego, aplicando-se a toda observação, com operação psíquica ou social, de consciência ou comunicação (Nessa linha, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società***. Milano: FrancoAngelo, 2008, p.23-24; também, LUHMANN, Niklas. *Como se pueden observar estructuras latentes?* In: WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador. Contribuciones al Constructivismo***. Barcelona: Gedisa, 1994, p.63).

[187] Nesse contexto, o axioma do terceiro incluído faz todo sentido: há um terceiro termo *T* que é concomitantemente *A* e *não-A*. Dentro da noção de níveis de realidade, com os três termos da nova lógica (*A, não-A e T*) e seus dinamismos associados, representados por um triângulo, demonstra-se que um dos ângulos situa-se em um nível de realidade e os dois diversos, em outro nível de realidade. A permanência em um único nível de realidade faz parecer que toda manifestação é uma luta entre dois elementos contraditórios. Mas, o terceiro dinamismo (do estado *T)* ocorre em outro nível de realidade, no qual o que aparece como desunido encontra-se de fato unido e aquilo que parece contraditório é percebido como não-contraditório. Há uma estrutura multinivelada de lógicas de extrema complexidade, que permite o pronunciamento de um terceiro incluído: um par de contraditórios (*A, não-A*) situado em certo nível de realidade é unificado por um estado *T*, por sua vez, situado num nível de realidade imediatamente vizinho; este estado *T* liga-se a um par de contraditórios (*A", não-A"*), situado em seu próprio nível; o par de contraditórios (*A", não-A"*), por sua vez, une-se por um estado *T"* situado em nível diferente de realidade, imediatamente vizinho daquele onde se encontra o ternário (*A", não-A", T*) e, assim por diante em sucessivos *loops* infinitos (*Vide*: GÜNTHER, Gotthard. *Life as Poly-Contexturality*. In: ***Vorkender***. S.d. Disponível http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontexturality.pdf Acesso em: 10 fev 2019; e NICOLESCU, Basarab. **Educação e transdisciplinaridade**. Brasília: UNESCO, 2000, p.38-39, 58-59).

contraditórios. Além do que, é uma observação considerada de segunda ordem, mas é, simultaneamente, de primeira ordem.

Não há mais como desconsiderar o suplemento do *tertium datur*, aquele terceiro paradoxalmente incluído, que expõe a observação à postura pós-ontológica, diferencialista, conexionista. Aporeticamente, o terceiro valor é iluminado: passa a ser incluído, mas continua alheio ao sistema de referência. A epistemologia estrutural construtivista (de segunda ordem, que foca sobre as distinções usadas por um observador) reafirma, pois, a contingência da observação pela presença-ausente desse terceiro. Eis que tudo sempre pode levar a outros resultados e ser diverso.

Com isso, percebemos que a estrutura da observação reproduz fortemente a controvérsia de cada observador, qual seja: orientar-se por uma diferenciação, na qual ele próprio não aparece ou o faz pela invisibilidade de um *"unmarked space*" (o espaço não-marcado à luz de Spencer-Brown[188]). Em uma breve explicação, observar é desenhar uma distinção, na qual, por força da própria tautologia do ato (distinguir), refere-se à demarcação de uma dicotomia, oposição ou diferenciação. Assim, podemos aduzir, em nível de abstração, que o primeiro "evento", que ocorre, não é um "evento", senão é a oposição de um "evento" a um "não-evento". É a diferença entre o "evento" e o "não-evento", que é a forma do evento.

Quando o observador distingue algo, há uma confrontação, por mais que se diferencie, de um lado, um espaço marcado e, de outro, o restante não-marcado, o que se forma é a forma da diferença. Esta se refere à operação de indicar, o cálculo de diferenciar – há uma unidade da implicação entre o marcado e o não-marcado. Assim, retornamos à ideia da forma como forma de uma diferença: a linha fronteiriça traçada na distinção[189]. Há uma lógica não axiomática de injunções e não de entidades prontas, substanciais, isoladas.

Essa lógica de espreitar os bastidores da observação exige aquela lente subversiva, de inversão, compatível com a apreensão dos multiníveis permitidos pelo olhar ao terceiro incluído. Um modo perspicaz é considerar a existência do verbo "desontologizar", pois, para além da visão às primeiras oposições de formas, é preciso um esforço para alcançar o modo

---

[188] SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973, p.31.

[189] Forma é a forma de uma distinção, de uma separação, de uma diferença. A distinção ocorre traçando uma demarcação que separa duas partes, pela qual não se pode passar, de uma parte a outra, sem cruzar essa demarcação. Forma é, pois, uma linha de fronteira, que marca uma diferença e nos obriga a esclarecer qual parte é indicada, quando dizemos que estamos de um lado, e por onde devemos começar se quisermos prosseguir com novas operações. Quando se opera uma distinção, uma parte da forma é indicada, com isso, a outra parte é dada contemporaneamente. Assim, indicar é distinguir, distinguir é indicar: cada parte da forma é, pois, a outra parte da outra parte. (Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società***. Milano: FrancoAngelo, 2008, principalmente, p. 16-17, 44, 254).

como essas diferenças são trabalhadas. Não há entidades fechadas e isoladas, porque o avanço aponta a semântica da indeterminação. Nesse sentido, é importante notar que, quando um observador recorre ao chamado "indicar comunicativo", isso significa que ele, intrometidamente, realiza o "distinguir" um lado de outra forma, do seu mundo de sentidos – mas, a forma continua sendo a diferença de dois lados (não somente o lado por ele distinguido).

Ora, como não há nenhuma observação sem observador (nem muito menos, decisão sem o seu tomador, lembrando, agora, do Direito), é evidente que este deve "reentrar" (apesar de nunca ter saído) na cena da observação, como o terceiro exclusivamente incluído, como o ausente-presente. Eis a incógnita da observação (decisão) em sua paradoxalidade: "o parasita, a presença do observador não-observável, como ruído que subjaz na comunicação"[190]. Com tudo isso, para além do avanço no universo da semântica da indeterminação, com a cibernética de segunda ordem, resta-nos apenas desfrutar da informação sobre a presença do observador e sua autorreferencialidade.

Só se aprende a refletir, refletindo. Trata-se de uma observação de segunda ordem. Os conceitos aplicam-se a si mesmos. O observador entra no sistema, definindo o próprio objetivo, vai ao interno e é o sistema mesmo que observa o próprio domínio cognitivo. Aquilo que era tido característica do objeto torna-se propriedade emprestada, mas pertencente ao observador. O observador que observa a própria observação: reflete sobre os processos que refletem suas distinções e escolhas feitas.

Em decorrência dessa desmistificação de reflexividade do observar-observador-observado, devemos repreender a encarnação do demônio laplaciano[191], refutando a consideração peremptória leis superiores. Sobre o presente (que é o nosso tempo, mas que não nos dá tempo) e o futuro (que só é plausível em prospectiva, logo não existe) não há certezas explicativas e ordens determinadas. Nesse diapasão, Nietzsche diria conciso e preciso, "mundo: uma imprecação/praga cristã. Um conceito limite ao qual endereçamos cada ignorância necessária nossa"[192].

---

[190] Nessa direção, SERRES, Michel. ***Le Parasite***. Paris, Grasset, 1980, destacamos p.71 e 73, p. 85, 277, 281 e 321-322.

[191] Referência aos estudos de Pierre Simon, (Marquês de Laplace, *"Exposition du système du monde"*, 1796), segundo o qual, um intelecto, em posse de todas as variáveis que determinam o estado do universo em dado instante, poderia prever o seu inteiro estado. Esta suposição é sustentada pelo princípio de que os sistemas físicos (inclusive o sistema dos sistemas, que é o universo) obedecem a regularidades, que, por conseguinte, sua evolução delineia uma trajetória previsível e dá lugar a funções contínuas normais (e à futurologia). (Conforme, LYOTARD, Jean-François. **A Condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p.101).

[192] *Apud* DE GIORGI, Raffaele. *Condizioni della descrizione della complesità nella società del mondo* (Capitolo 1). *In*: ***Temi di Filosofia del Diritto***. Volume 1. Lecce: Pensa MultiMedia, 2015, p. 13.

A aprendizagem não é um mapa, para organizar na mente objetos externos. Borges[193] contava que a fixação por estabelecer mapas perfeitamente precisos que correspondessem à realidade do império, levou um imperador a exigir dos seus súditos bastante energia com a cartografia, exatamente, para reproduzir a vida em representações. Mas, ele não se dava conta, que a completa identificação entre a representação e o real produz necessariamente a realização da representação. Paradoxalmente, ocorre a negação da natureza representacional, ou seja, declara o seu fim.

Essa relação ambígua entre práxis do viver e o mundo – enquanto estratégias comunicacionais para modelar a experiência – não se refere tão só ao indagar sobre a realidade do real, senão sobre a convencionalidade da representação. Reificar em absoluto a experiência, como *res extensa*, parece suprimir o espaço imprescindível à convenção da existência da experiência em si mesma.

Além disso, esse apego pelo ideal regulatório da tradição da (onis)ciência moderna, na busca alcançar a perfeita *adaequatio rei et intellectus*[194]*,* delimitando o antes e o depois dos desenvolvimentos do conhecimento, apenas delineia uma racionalidade de fractal[195]. Isso porque, ao procuramos a origem de uma ideia (ou percepção), adentramos novamente

---

[193] Sobre as cinzas dos projetos totalitários da ciência de raiz iluminista, Borges tem a consciência da natureza paradoxal da relação de representação e cita: "Nesse império, a arte da cartografia alcançou tal perfeição que o mapa de uma única província ocupou uma cidade inteira e o mapa do império, uma província inteira. Com o tempo, esses Mapas Excessivos não foram satisfatórios e as Faculdades Cartográficas construíram um Mapa do Império, do tamanho do Império e coincidiu com ele pontualmente. As gerações seguintes entenderam que esse longo mapa era inútil e o entregaram às inclinações do sol e do inverno. Nos desertos, as ruínas do mapa permanecem habitadas por animais e mendigos; em todo o país não há outra relíquia das disciplinas geográficas". O mapa que coincide com a realidade, que encena os confins da representação, expõe não só os limites em apreender o mundo, senão as limitações interiores das próprias representações. Afinal, o êxito completo das representações simultaneamente seria sua supressão, a negação de sua natureza. (BORGES, Jorge Luís. "Sobre o Rigor na Ciência", In: **História Universal da Infâmia**, Lisboa: Assírio e Alvim, 1982, p. 117).

[194] Metáfora ao "v*eritas est adaequatio rei et intellectus*" (a verdade é expressa por meio da adequação entre o objeto e o intelecto). "O conhecimento consiste em que o conhecido está naquele que conhece, ao passo que a apetência consiste na inclinação do sujeito para aquilo que o atrai. Assim, o termo do apetite que é o bem, se encontra na coisa que atrai, ao passo que o termo do conhecimento, a verdade, está no intelecto", *vide*: AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica I**. Coord. de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Petrópolis: Loyola, 2006, q.16, art.1.

[195] VARELO, Francisco. *Il circolo creativo: abbozzo di uma storia naturale della circolarità*. In: WATZLAWICK, Paul. ***La realitá inventata. Contributi al costruttivismo***. Milano: Feltrinelli Editore, 2018, p. 259-272. Sobre o termo fractal, introduzido em 1975 pelos estudos matemáticos de Benoit Mandelbrot. Do latim *frangere*, fraturar, quebrar. Em matemática, trata-se de entidades geométricas peculiares, caracterizadas por um número não inteiro (fracionário) de dimensões e, portanto, resultam entre unidimensionais (linhas) e bidimensionais (superfícies). Geralmente, definem-se por meio de procedimentos recursivos e gozam de certas propriedades de escala, de modo que representações em diferentes escalas do mesmo objeto fractal apresentam semelhanças estruturais. Em outras palavras, se se amplia, com um fator de escala adequado, uma pequena parte do objeto, aparecem características estruturais que reproduzem as do objeto não ampliado (VOCABULARIO, *In*: ***TreccaniIstitute***. Disponível em: http://www.treccani.it/vocabolario/frattale. Acesso em 30 julho de 2018); ou ver o Anexo desta tese.

naqueles multiníveis do saber, em um *loop* estranho[196] (à luz das considerações de Hofstadter). Por este, exploramos vários níveis de estruturas do conhecimento e, ao final, encontramo-nos no nosso ponto de partida, mas com uma vertiginosa impressão de que estamos conhecendo aquele lugar pela primeira vez.

À primeira vista, a concepção de *loop* (laço/volta) estranho pode provocar desconforto, mas, logo bem analisada, amolda-se justamente a processos de observação da realidade, dos paradoxos, das operações do cérebro etc, naquela lógica policontextural antes tratada. Promove um reforço na evidenciação da autorreferencialidade dos sistemas observantes.

Empiricamente, intuímos essa incursão ao admiramos a gravura "Desenhando Mãos" de Escher[197]. As mãos que se desenham juntas produzem a si mesmas e, por consequência, formam uma unidade separada do resto desenho (o próprio papel sobre a mesa que integra o desenho). Destacam-se do seu ambiente, pela autoconstituição (*autopoiesis*) de seus limites, na autorreferencialidade frente heterorreferencialidade circundante.

Ao interno de situações desse gênero, de fato, as habituais distinções entre produtor e produto, início e fim, *input* e *output* enfraquecem-se. Quando se entende que, no campo da percepção é possível o cruzamento de níveis estruturais (as chamadas hierarquias intrincadas, labirínticas), a de simultaneidade de sentidos, as incompletudes etc., aprende-se mais sensivelmente a lidar com o normal aumento da incerteza sobre os nossos conhecimentos, juntamente, com o aumento da nossa capacidade de escolha comunicacional de sentidos e, por consequência, de responsabilidade frente à vida.

---

[196] O autor descreve *strange loop* como uma série de estágios, que constituem uma espécie de ciclovia, em que há uma mudança de um nível de abstração (ou estrutura) para outro, que parece um movimento ascendente em uma hierarquia, e, no entanto, de alguma forma, as sucessivas mudanças "ascendentes" acabam dando origem a um ciclo fechado, de retorno ao ponto de partida. Em resumo, um *loop* estranho é um *loop* paradoxal de *feedback* de passagem de nível (*Vide*: Douglas R. Hofstadter. ***I am a Strange Loop***. New York: Basic Books, 2007, p. 101-102). Há estranhamente hierarquias intrincadas/labirínticas ("*tangled hierarchies*"), ou seja, níveis diversos, mas emaranhados, que parecem perder a própria ideia de hierárquia entre si, em razão do movimento circular, ascendente e descendente, que os amarra em mesmo laço. Na verdade, o próprio Hofstadter joga com a palavra "*hierarchies* e usa o termo "*heterarchy*", uma "heterarquia". Isso porque, apesar do movimento aparentar mudança ascendente de nível, da sensação de se afastar cada vez mais das próprias origens, há um retorno ao nível inicial. Essa circularidade é o que ocorre quando tratamos de percepções, conhecimento, saber.

[197] *Drawing hands* é um cânone da litografia de Escher (também presente no museu dedicado ao gravurista, *"Escher in Het Paleis",* "Escher no Palácio", em Haia), na qual mãos reciprocamente se desenham e especificam as próprias condições de produção. A ação de desenhar, uma a outra, especifica simultaneamente a condição pela qual distinguem-se, separando-se, do fundo. Assim, parecem ganhar vida: desenham-se, desenham o desenho (elas mesmas), desenham os seus limites que as diferenciam do ambiente (folha de papel na mesa). Pode ser, ainda, uma alusão à ilusão de um mundo passível de ser apreendido, uma ilusão de tridimensionalidade autônoma (quando a própria folha é somente bidimensional), destacada do seu observador. Para Ernst, biógrafo de Escher, "se uma mão desenha uma mão e esta segunda mão contemporaneamente está ocupada, com muito zelo, a desenhar a primeira mão e, se, tudo isso, vem representado sobre um pedaço de papel fixado com broches sobre uma mesa de desenho... e se, além de tudo, o conjunto é novamente desenhado pelo artista, temos o direito de falar em um tipo de hiperilusão de ver o mundo" (ERNST, Bruno. ***The magic mirror of Maurits Cornelis Escher***. New York: Random House, 1976, p. 30). *Vide* o anexo desta tese.

De modo semelhante, por meio da observação dos círculos infinitos, constantes em certos paradoxos, também se experimenta uma espécie de *loop* estranho. Imaginemos a conhecida frase dita pelo cretense Epimênides: "todos os cretenses são mentirosos"[198]; ou as variantes: "Epimênides, o cretense, diz que todos os cretenses mentem" e "A afirmação a seguir é falsa; a afirmação anterior é verdadeira". Um modo perspicaz de análise desse paradoxo é pensar: "eu estou mentido". Isso porque com a autorreferência, doravante, exposta (admitida), a autonomia muda de nível: "se eu minto, como afirmo o que estou fazendo, então falo a verdade"; "se digo a verdade, enquanto afirmo que minto, estou mentindo". Torna-se fácil notar que há um fechamento operacional de elementos em camadas separadas (eu minto/eu falo a verdade), mas entrelaçados formando uma unidade (eu minto e falo a verdade vice-versa). Além disso, percebemos que se, por acaso, esse entrelaçamento de níveis esgota-se, a unidade esvazia-se, desaparece. Ou seja, a estrutura peculiar do "mentiroso" é uma afirmação que tem a si mesma como sujeito lógico[199].

Nessas situações, há um movimento helicoidal, pelo qual a percepção sobre verdade e falsidade dança, em passos de duplicação e reduplicação. Essa coreografia de duplicar-se e reduplicar-se atinente à conclusão (ou sua ausência) do argumento paradoxal cria um balé de espelhos recíprocos: um lado é o reflexo invertido do outro. Podemos afirmar que a linguagem e metalinguagem entrelaçam-se nesse baile iterativo de hierarquias intricadas.

O paradoxo do "mentiroso" figura como uma encruzilhada convergente de controvérsias implícitas, quando tratamos de denotações e de autorreferências, quais sejam: o esplendor e a fragilidade da subjetividade, identificados com pura autorreflexão; a proximidade entre a afasia e a modalidade do possível; e o *status* lógico da distinção poder-ser e poder-não-ser simultâneos. Assim caminha a modernidade, no rastro das tão mencionadas complexidade, autorreferencialidade e contingência das observações e dos observadores.

Ora, se "a verdade é uma invenção de um mentiroso"[200], a certeza de discursos lineares foi uma invenção que "bruscamente usurpou as dimensões ilimitadas da esperança"[201]. Trata-

---

[198] Sobre o paradoxo do mentiroso, *vide*: RIVETTI BARBÒ, Francesca. ***La antinomia del mentitore. Da Peirce a Tarski***. Milano: Jaca Book, 1986, p.17; HUGHES, Patrick, BRECHT, George. ***Vicious circles and infinity***. ***A Panoply of paradoxes***. London: Jonathan Cape, 1976, p. 41 e ss; e HUGHES, Patrick; BRECHT, George. **Círculos viciosos e infinitos**. **Antologia dos Paradoxos**. Lisboa: Gradiva, 1993, p. 27 e ss.

[199] Um código binário gera um paradoxo sempre que se aplica a si mesmo. Não é possível decidir, com base no código verdadeiro/falso, se a distinção entre verdadeiro e falso é verdadeira ou não (o paradoxo do mentiroso: a proposição "estou mentindo" é verdadeira – foi ou não verdadeira?). Ou seja, não pode ser decidida com base nas distinções entre razão e erro se não estamos do lado da razão ou erro. Nesse sentido, ESPOSITO, Elena. Costruttivismo. In: BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social***. Milano: Franco Angeli, 2000, p. 41.

[200] A frase é título de um livro, em que o jornalista Berhnard Pörksen entrevista Heinz von Foerster. Neste, dentre tantas discussões, o entrevistado apresenta lições epistemológicas tiradas da cibernética. Reflete uma

se apenas de uma limitação dos próprios sistemas observantes ao vislumbrarem seus mundos e suas realidades. Por isso, que Russell lançou a Frege o doloroso projétil: "a classe de todas as classes que não se incluem, ela se inclui?"[202] e, assim, ventilou a fraqueza de epistemologias de viés sujeito/objeto, daquele velho sujeito racional, que pressupõe que todos os sujeitos observem por meio de uma única razão. Além do que, serviu de grande estímulo aos estudos construtivistas cibernéticos de segunda ordem subsequentes, como alguns já narrados, sobre as multiversões do saber. No rumo desses estudos, Kurt Gödel[203], nos anos trinta, contribuiu com a evidência de que sempre haverá informações ausentes, o que ficou conhecido como teoria da incompletude. Esta se baseou no paradoxo do mentiroso, antes

---

posição de subjetivismo cognitivo radical, um idealismo de percepção aproximado ao de Berkeley: a realidade não existe, nem existe algo que possa ser considerado objetivo, uma vez que tudo é produzido apenas pelo observador em sua percepção sensível. O saber implica "que as conexões entre diferentes sensações são produzidas dentro do sistema nervoso" (p. 16). Em nossa vida, só temos a certeza de que nosso organismo percebe e decodifica estímulos sensíveis e não que tal objeto tenha causado tais estímulos. Como as sensações mudam, sequer é possível falar de objetos como entidades estáveis. Foerster, ainda, ciente de que o solipsismo é um abismo, que se abre quando assumimos posições radicalmente antirrealistas, reforça que a realidade é sim construção, mas construção coletiva por meio da linguagem. Esta não constrói um nível de realidade compartilhado entre os diferentes sujeitos, senão permite que cada um construa seu referente. O sujeito por não está sozinho deve desconsiderar verdades absolutas, o que tem efeito ético imediato: impõe a cada indivíduo o respeito a várias visões e a assunção de responsabilidade com relação ao que diz e faz. Além disso, se a realidade é construção, então, o que Foerster chama de imperativo ético vale: "sempre aja de maneira que o número de possibilidades aumente" (p. 33). Devemos agir para produzir novas possibilidades perceptivas, que só podem ser estendidas desde que a liberdade de outros indivíduos e comunidades sejam ampliadas. Os conceitos decisivos são para Foerster os de autorreflexão, auto-organização e circularidade (*Vide*: FOERSTER, Heinz von, BERHNARD, Pörksen. ***La verità è l'invenzione di um bugiardo***. ***Colloqui per scettici***. Milano: Meltemi Editore, 2001).

[201] A possibilidade concreta de se alcançar todo o conhecimento produzido pela humanidade é narrada por Borges com misto de euforia e desesperança: "Quando se proclamou que a biblioteca abrangia todos os livros, a primeira impressão foi de extravagante felicidade (...). O universo estava justificado, o universo bruscamente usurpou as dimensões ilimitadas da esperança" (BORGES, Jorge Luis. *La Biblioteca de Babel*. In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p.40).

[202] Referência ao paradoxo sobre a teoria dos conjuntos formulado por Bertrand Russell, em análise aos estudos de Gottlob Frege ("Leis da Aritmética"). Frege, prestes a publicar sua obra em 1902, que tentava reduzir a aritmética à lógica, foi surpreendido com a carta de Russell, em que levantava a contradição, em apertada síntese: o conjunto que contém a coleção dos conjuntos que não contém a si mesmos contém a si? Pensemos a partir de uma variante. Imaginemos um livro-catálogo, que tem o cadastro de todos os livros de uma biblioteca. Esse livro-catálogo pode se incluir na sua própria lista, sem que haja problemas lógicos, afinal, é verdade que ele também é um dos livros da biblioteca. Porém, a situação muda se a proposta for criar um megacatálogo somente dos catálogos que não se incluem (como livros) nas suas próprias listas. Ou seja, queremos reunir todos os catálogos que não se incluem na sua lista interna como mais um livro da biblioteca. O ponto de atenção é se esse megacatálogo de todos os catálogos (que não se incluem nas suas listas internas) deve ou não ser incluído nele mesmo. Porque se o incluíssemos, não o incluiríamos, porque seria um catálogo daqueles que se incluem em suas próprias listas (fugindo da característica exigida); e, se não o incluirmos, não incluiríamos todos os catálogos que não se incluem em suas próprias listas. Logo, não incluí-lo e incluí-lo é uma solução sem solução. O paradoxo de Russell ganhou outras variantes, como o conhecido paradoxo do Barbeiro. A exposição detalhada, em termos matemáticos, encontra-se em Princípios da Matemática, no qual no Apêndice B há um resumo das lógicas de Frege, confrontando-as com as suas (*Vide*: FREGE, Gottlob. ***The basic laws of arithmetic: exposition of the system***. Berkeley: University of California Press, 1967; e RUSSELL, Bertrand. ***Principles of mathematics***. Oxford: Taylor & Francis, 2009).

[203] Os dois teoremas que sintetizam as ideias da incompletude de Gödel são: teoriema 1, cada sistema formal S que abarca Z e que tenha um número finito de axiomas e que tenha de substituição e implantação como únicos princípios de inferência, é um sistema incompleto; e teorema 2 – em cada sistema S não se pode deduzir o enunciado de que S é consistente (GÖDEL, Kurt. ***Obras completas***. Madrid: Alianza, 2006, p.103-104).

mencionado, mas com a variante "Esta afirmação é falsa". Aqui, cabe realçarmos que sua reflexão passou para o terreno da verdade científica, uma vez que Gödel termina por "desuniversalizá-la". A realidade em si deve ser pensada em modo pós-ontológico. Não há um meio de encontrar um apoio externo para a verdade. Por isso, o "godelizar" fertiliza as racionalidades que trabalham com mais de dois valores, com lógicas não-binárias[204].

Além disso, vale destacar as noções de Bateson[205] sobre o conceito de informação, que influenciou também nessa ruptura epistemológica em questão. Ele investiga a capacidade de organização que o conceito de informação acarreta em contextos comunicativos. Para o autor, a capacidade de ordenação, presente na informação, é gerada pelo fato de que sempre que ela realiza um enunciado positivo, dá-se, simultaneamente, uma negação. Por exemplo: dizer que esta tese é transdisciplinar é dizer que ela não é jurídica (por si só), dizer que algo é café, é dizer que não é leite etc.

A priori, podemos pensar que é uma ideia tão óbvia, que chega a ser banal. Todavia, Gödel abriu caminho para Bateson abrir caminho para a "godelização" da teoria da comunicação. Logo, há imenso alcance epistemológico: a percepção passa a ser vista como um processo seletivo, pelo qual destacamos dados vieses e necessariamente suspendemos outros. O que corresponde com todas as informações que colocamos antes sobre o saber, sua autorreferencialidade, sua contingência e presença da latência.

Sendo assim, a percepção é vista mesmo como uma construção seletiva nossa, portanto, inacessível. Os resultados desses processos constroem o que colocamos como objeto. Logo, a informação é uma diferença que faz diferença: traçamos uma escolha em um universo de possibilidades. Diferenciar, pois, informa, gera ordem na complexidade, produz sentido. A informação ocorre no momento em que se diferencia algo, isto é, por se produzir uma diferença é que se informa, nem antes, nem depois. Antes do ato de distinção nada conhecemos e, depois da diferença posta, já se sabe. Somente no momento da produção de uma diferença é que se produz informação[206].

---

[204]Todo esse processo ocorreu paralelamente às mudanças no campo da física, com a relatividade de Einstein, o teorema de Heisenberg, a teoria do caos e das estruturas dissipativas de Prigogine etc. (EINSTEIN, Albert. ***Pensieri degli anni difficili***. Torino: Bollati Boringhieri, 2014; ou EINSTEIN, Albert. **Escritos da maturidade**: artigos sobre ciência, educação, religião e simultaneidade, a propósito da teoria de Einstein. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994; PRIGOGINE, Ilya. *L'esplorazione della complexità.* In: OCCHI, Gianluca e CERUTI, Mauro**.** ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007, p.155-169; PRIGOGINE, Ilya. **Quatro leis do caos.** São Paulo: UNESP, 1996; HEISENRG, Werner Karl. **A imagem da natureza na física moderna.** Lisboa: Livros do Brasil, 1955; HEISENBERG, Werner Karl. **Física e filosofia**. Brasília: Unb, 1995).

[205]BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972, p.315, 271 e 189.

[206] Nesse sentido, podemos dizer que informação é uma ocorrência, pontual, em período curto de tempo possível e necessário para seu aparecimento, que seleciona estados sistêmicos, o que só é possível com base em estruturas, que limitam e preordenam as possibilidades. Portanto, a informação pressupõe a estrutura, mas não é

Nessa razão, saber o que é saber perpassa por observar o observador. A realidade confirma-se ao se apresentar de modo pós-ontológico. Como uma construção possibilitada pelos multiníveis entrelaçados das estruturas do sistema observante (autorreferencialidade). "Todo operar com sentido reproduz a presença do excluído, porque o mundo do sentido é um mundo total: o que exclui, exclui em si mesmo"[207]. Por isso, somente com a consideração do terceiro exclusivamente incluído, por observações cibernéticas especializadas, a circularidade dos multisentidos da observação faz o atual sentido possível, apresentando-se estável (dinâmica e temporariamente) por recursividade. É a força do novo binômio, em substituição do sujeito/objeto: operação/observação ou observação/distinção.

2.4 TRAÇAR A "DIFERENÇA QUE FAZ DIFERENÇA"[208]: A CONSTRUÇÃO COMUNICATIVA DE SENTIDO COMO LIMITE DO SISTEMA DO AMBIENTE E DO AMBIENTE DO SISTEMA[209]

"Aquilo que não pode ser concebido por meio de outra coisa deve ser concebido por si mesmo"[210]. Tal frase pode soar evidente, mas assim como Jourdain que, com surpresa e delícia, descobre tardiamente que quando fala, fala em prosa, que sempre falou em prosa por toda sua vida. Foerster, em recordação ao gentil burguês de Molière, também se maravilha por constatar que, como observador, vive em um ambiente, que sempre viveu em um ambiente por toda sua vida[211]. Desse modo, seja em prosa ou em poesia, tanto Jourdain inventa de si

---

ela mesma a estrutura, é somente uma espécie de ocorrência que atualiza o uso da estrutura, reduzindo a entropia, a complexidade, uma vez que anuncia uma seleção e deixa de lado possibilidades outras. Por isso que uma informação repetida não é mais informação. Por exemplo, quando se lê em outro jornal a mesma notícia, essa atividade não possui mais valor informativo, ainda que, estruturalmente, apresente a mesma seleção, desaparece como ocorrência (a informação propriamente se deu quando noticiada pela única vez a seleção). *Vide*: LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p.88-90

[207] "Até o *nonsense* pode ser pensado e comunicado como forma, como sentido dentro deste médium" (LUHMANN, NIKLAS. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/IberoAmericana, 2006, p.31).

[208]Como vimos antes, Bateson usou a expressão *"informação é a diferença que faz diferença"*. Luhmann parafraseou a ideia adequando à diferenciação de sistema/ambiente (*Vide*: BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972, p.315, 271 e 189*;* e LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general*.** Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 61).

[209] A título de ilustração pela arte, *vide*, anexo desta tese.

[210]Esse é um axioma de Spinoza que faz alusão à ideia de autorreferência e heterorreferência na visão luhmanniana. SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 15, axioma 1.

[211] Referência a Jourdain protagonista em *Le Bourgeois Gentilhomme* (O burguês fidalgo) de Molière. Em um dos diálogos da obra, Jourdain pede ajuda a um filósofo para escrever um bilhete, declarando-se a uma dama da nobreza. O filósofo questiona se em prosa ou em poesia. Jourdain indaga se há uma terceira via. O filósofo responde que não, pois o que não é prosa é poesia. E tudo o que não é poesia é prosa. Jourdain, assim diz que quer só dizer: "Bela marquesa, seus belos olhos me fazem morrer de amor". Porém, de modo mais elegante. O filósofo sugere: "Oh, marquesa, o fogo de seus olhos reduz meu coração a cinzas! Sofrerei noite e dia pela violência do meu…" Sr. Jourdain insiste. "Queria só dizer: "Bela marquesa, os seus belos olhos me fazem morrer de amor". O professor, então, aconselha: "De amor morrer me fazem, bela marquesa, seus belos olhos". Ou: Seus belos olhos de amor me fazem, bela marquesa, morrer". Ainda: "Morrer seus belos olhos, bela marquesa, de amor me fazem". Jourdain lhe pergunta: "De todas, qual a melhor?" "A que o senhor disse

seu modo de falar, como nós, quando percebemos o nosso ambiente, somos nós que o inventamos. Afinal, "tudo o que existe, existe em si mesmo ou em outra coisa"[212].

Calor ou frio, doce ou salgado, perfume ou odor indesejado, rígido ou maleável etc., como vimos pelo princípio da codificação indiferenciada, não são qualidades intrínsecas nem do ambiente, nem propriamente do sistema observante. São apenas resistências, formas da diferença entre valores de correlações, do observador ao sofrer irritações ambientais. Assim, não há, de um lado, um sistema observante, e, de outro, um mundo: há um sistema em um ambiente e um ambiente de um sistema[213], é da unidade dessa diferença que emerge o tal afamado conhecimento e realidade. É essa diferença diretriz (*leitdifferenz*), por assim dizer, que faz toda a diferença para o estrutural construtivismo no modo de construir seus mundos.

Designar qualquer ente, objeto, coisa ou unidade é um ato de distinção. Obviamente, ao traçar essa diferenciação, separa-se o designado e o distingue de um fundo. É isso que o sistema observante faz. Cada vez que há uma referência ao ambiente, implícita ou explicitamente, ocorre a especificação do critério de distinção, assinalando as propriedades do ambiente por meio das suas[214].

Essa diferenciação sistema/ambiente também pode ser explicada pela noção de complexidade[215]. O mundo complexo pode ser visto como a totalidade de acontecimentos possíveis. Diferentemente, as possibilidades de atenção da experiência e da ação são muito mais limitadas. Esse descompasso pode ser compensado pela constituição de sentido. Isso porque os sistemas observantes carecem de *requisite variety* (a variedade, à luz de Ross Ashby[216]), para reagir a cada estado do mundo e estabelecer uma justa adequação. Não há

---

primeiro", responde o filósofo. Jourdain surpreso e contente conclui: que há mais de quarenta anos fazia prosa sem saber, que sempre quando falou, falou em prosa toda vida. (Para a analogia, *vide*: FOERSTER, Heinz von. *Costruire uma Realitá*. In: WATZLAWICK, Paul. ***La realitá inventata. Contributi al costruttivismo***. Milano: Feltrinelli Editore, 2018, p.37; ou versão português, FOERSTER, Heinz von. Construindo uma realidade. In: WATZLAWICK, Paul. ***A realidade inventada***. Campinas: Editorial Psy II, 1994, p. 46).

[212] A citação refere-se ao axioma 2, de a "Ética" de SPINOZA (Benedictus de. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 15, axioma 2), a qual se encontra como epígrafe em, LUHMANN, Niklas. ***Theory of society I***. Stanford: Stanford University Press, 2012.

[213] Nesse sentido, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007, p. 7 e ss.

[214]MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 47); ou versão original, MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. ***El árbol del conocimiento****: las bases biológicas del entendimiento humano.* Buenos Aires: Lumen, 2003, p.24.

[215] Lembramos que sistema é compreendido quando uma conexão de operações consegue se fechar, excluindo todo o resto e, assim, continua a se reproduzir. Ambiente refere-se a tudo aquilo que não é compreendido no plano operativo e estrutural desse sistema e, por isso, é o correlato negativo do sistema. Assim, com a reprodução contínua do sistema, sua *autopoiesis*, o sistema define seus limites e deixa ao seu ambiente as margens de diferenciação.

[216] Ashby formula a lei da variedade necessária (requisite variety), pela qual a relação entre sistema e ambiente é de complexidade. No sentido de que a complexidade do entorno, a quantidade de estados diferentes em que este

correspondência ponto a ponto do sistema com o ambiente, até porque isso fulminaria a autonomia de ambos, a diferença entre ambos. Assim, a inferioridade da complexidade do sistema é contrabalanceada pela estratégia de seleção de suas decisões, quando da observação e, portanto, da construção do sentido e do seu ambiente.

Em outros termos, a realidade, no senso fenomenológico, é um emaranhado incomensurável de possibilidades de informações e, com base nelas, de inesgotáveis possibilidades comunicativas. Essas informações multiformes e segmentadas são filtradas pelo observador, que lhes dá o sentido (*sinn* ou *sinnbegriff*), quando lhe fazem sentido, produzindo o encadeamento de comunicações anteriores com produção de novas comunicações[217]. O sentido aparece não como uma qualidade do mundo desvendada, senão como o meio e produto das próprias operações do sistema, como forma de ordenação das próprias estruturas, em relação às estruturas do seu mundo, ou seja, em constante processo de diferenciação.

Uma vez mais, a *autopoiesis* rege a autoprodução do sistema e, por consequência, permite a diferença entre sistema/ambiente e seus limites. Assim, a clausura operacional indica que os elementos novos produzidos dentro de um sistema são o resultado, ou dependem, dos elementos anteriores, já existentes dentro daquele mesmo sistema; e que os elementos futuros também estarão em relação de dependência com os elementos anteriores tidos como novos. Ou melhor, esses elementos novos têm como pressupostos os elementos anteriores e, ao mesmo tempo, são pressupostos para a existência dos elementos futuros[218].

A recursividade e autorreferencialidade limitam, assim, o sistema. Limites que, apesar de se referirem à percepção do mundo, não se vinculam, como temos frisado, a aspectos ônticos. Não há fronteiras materiais para os sistemas (sociais e psíquicos). Em se tratando de sistemas observantes cognitivos, as fronteiras são justamente as do sentido, enquanto

---

pode se encontrar, é inatingível pelo sistema. Até porque se assim não fosse ambos se confundiriam. Logo, para que o sistema subsista, como sua complexidade é sempre menor que a do mundo, é forçado a selecionar, proceder ao *input* seletivo, aquilo que suas estruturas estão preparadas para processar e prosseguir no *output.* Na verdade, aquilo que o sistema não é capaz de processar possivelmente passa inadvertidamente pelas suas observações, ou seja, o próprio *input*, a entrada seletiva de informação, já funciona como um filtro de complexidade. A partir disso, outra chave emerge com bastante corpo para a teoria dos sistemas, qual seja, diante da complexidade (variedade de estados maior do ambiente), a seleção do sistema é fundamental a sua conservação (ASHBY Ross W. *Requisite variety and its implications for the control of complex systems*, In: **Cybernetica** 1/2, p. 83-99; ou na versão ASHBY, Ross W ***Introduzione alla cibernetica***. Eunadi: Torino, 1971).

[217] A diferenciação já está antevista na própria diferenciação, ou seja, a diferenciação pressupõe uma diferença preliminar (critério), que permita sua efetivação, como um corte distintivo introduzido na observação, e que torna possível uma distinção posterior, uma nova diferenciação. Assim, a diferenciação apresenta-se repetidamente, como distinção produzida no sistema e observada por ele.

[218] É esse fechamento operacional que possibilita a autonomia de um sistema, diferenciando-o de seu ambiente. Nenhum sistema pode usar suas próprias operações para interagir com o ambiente externo, nem pode se adaptar a ele. Se um sistema existe é porque ele e o ambiente estão perfeitamente adaptados (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.45 e 109).

estratégia seletiva de diferentes possibilidades para reduzir (tornar atual uma possibilidade) e manter (suspender outras possibilidades) a complexidade. Esses confins apenas refletem um potencial ilimitado de informações esparsas e virtuais, que precisam do sistema observante para adquirir sentido comunicacional.

Em palavras simples, o mundo é o lado inobservável, é a infinidade de sentidos ainda não selecionados ou, por outro viés, representa todas as indetermináveis formas de não-sentido atuais para o sistema – passíveis de se tornarem sentidos em uma operação sucessiva de diferenciação sua com o mundo. Mas, o sistema apenas observa aquilo que lhe faz sentido, dando ensejo ao processo redutor e seletivo da hipercomplexidade do que está "lá fora" do sistema, no seu mundo.

Nessa trilha, o sentido configura-se como um *medium*[219] (meio) de diferenciação pelo qual o sistema constrói-se, em sua autorreferência, em relação ao mundo, como heterorreferência[220]. Ao mesmo tempo, é produto, é o que constitui a realidade do mundo do sistema. Apresenta-se, pois, como constructo interno, que limita a racionalidade comunicacional do sistema, resultado de suas próprias dimensões[221].

Assim, a premissa para a elaboração de toda experiência, aquilo que possibilita e novas possibilidades do agir, construindo estruturas do mundo, refere-se ao sentido. Sua

---

[219] Sentido, como a luz, é um meio não observável, a não ser que incida em uma forma distinguível. Dessa maneira, é um meio universal, presente em todos os sistemas sociais (sociedade e subsistemas parcial, direito, economia, política etc.), e, como a luz que traz à observação só o que ilumina, só o que é preenchido de sentido, para os sistemas, compõe sua rede operativa. LUHMANN, NIKLAS. ***La differenziazione del diritto***. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990, p.81 e ss.

[220] Kaufaman, com sua Teoria de Nós, influencia Luhmann, porque aduzia que os sistemas contem a si mesmos, lado interno (autorreferência), e seu ambiente (como lado externo não marcado), em razão da recursividade da forma na forma. A cada distinção do ambiente interno do sistema e do ambiente externo do sistema, há formação de sentido próprio (autorreferência), mas contem referência ao lado não marcado da diferenciação, heterorreferência. Se assim não fosse os sistemas não estariam equacionados com o meio e não sobreviveriam (*Vide*: KAUFFMAN, Louis H. ***Self-reference and recursive forms. Journal Social Biological Structure***. n 10, 1987, p.53-72).

[221] O sentido abre caminho para seleções de possibilidades, em três dimensões: a) temporal é a irreversibilidade do tempo, que permite a introdução de uma assimetria, por meio da diferença entre o passado (já concluído e irrecuperável) e o futuro (contingente e inseguro). O passado oferece a possibilidade de legitimar e aceitar dada situação no presente, enquanto o futuro aberto, no qual as previsões podem ser feitas, oferece, por sua vez, a possibilidade de estabelecer objetivos e finalizar decisões, para o que se pretende alcançar ou ao que se imagina que possa acontecer. A imutabilidade do passado e a insegurança do futuro estabelecem uma assimetria na dimensão temporal, que só pode ser criada no presente: passado ou futuro são construções imaginárias de um sistema que existe apenas no presente; (b) objetiva, a assimetria é introduzida como uma diferença-guia entre sistema e ambiente. Ela se estrutura relativamente a um ambiente do qual se considera dependente e do qual observa variáveis que pode controlar e outras que não pode. A tautologia seria reintroduzida, se o sistema levasse em consideração o fato de que suas relações com o ambiente eram diferentes na presença de estruturas diferentes. O sistema não operaria, com base na ideia de que tudo o que acontece depende de si mesmo, e que, portanto, a realidade é apenas uma projeção; e (c) social, a assimetria consiste em distinguir uma pluralidade de observadores. Para o *ego*, *alter* é um alter ego, ou seja, sua compreensão na perspectiva de outra pessoa. LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p.64 e ss.

reprodução dá-se pelo experimentar que, continuamente, atualiza-o, remetendo-o a outras possibilidades. A complexidade do mundo, em condições de sentido, resta acessível aos sistemas ao se fazer a comparação entre o atual e o potencial.

O sentido presente é somente uma possibilidade atualizada. O horizonte operativo do sistema é determinado por tal sentido atual. É o sentido mesmo que traça a linha entre sentido e não-sentido. Desse modo, canaliza esta diferenciação para seleções toleradas por cada comunicação, afinal, "só se podem seguir ou responder comunicações inteligíveis"[222]. Cada atualização do meio (sentido) e da forma (comunicação) cria um mundo de sentidos e formas não selecionados, mas disponíveis como possibilidades de ação e vivência para o sistema[223].

Dessa maneira, o sentido é a ponte da atualidade do sentido e das possibilidades de sentido. "O sentido é precisamente o enlace entre o atual e o possível, não está nem na possibilidade atualizada, nem nas possibilidades suspensas, está entre elas"[224]. É uma possibilidade de atualização de possibilidades de sentido. Logo, todo atual sentido é uma virtualização de possibilidades conectáveis de sentidos. O observador na sua auto-observação gera a observação sobre contextos de seus mundos, ou seja, a partir de núcleos constitutivos de sentidos. Por isso, o sistema poderia se estabelecer "mesmo se Deus não existisse", pois ele próprio cria seus meios de sentido[225].

Em suma, um sistema não pode existir independentemente de seu ambiente. Ao se determinar, traça por meio de suas próprias operações, uma fronteira que o distingue daquilo

---

[222] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Iberoamericana 2006, p. 21.

[223] O sentido atualiza, pois, formas comunicativas de sucesso precedente (aquelas que superaram a improbabilidade de sua ocorrência), reintroduzindo-as temporalmente no sistema (tornando-se provável e disponível para atualizações de uso). Mas, a improbabilidade continua, porque não existe a garantia de que esses sucessos comunicativos sejam, em outro momento, reintroduzidos no sistema. Logo, a atualização de sentido também pressupõe uma diferenciação entre o atual e o possível. A atualidade refere-se ao sentido que sempre se renova nas operações do sistema (LUHMANN, Niklas. Sentido. In: BARALDI, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Glosario sobre la teoría de Niklas Luhmann.*** México: Universidad IberoAmericada, 1996, p. 146 e ss).

[224] Pelo meio sentido, o sistema atualiza possibilidades e integra elementos, ao mesmo tempo, essa atualização permite o vínculo com outras chances, ou seja, gera sentido. Não há, assim, um portador de sentido. Nem o sistema psíquico, nem o social portam sentido, somente o próprio sentido pode portar a si e permitir sua reprodução autorreferencial. Não se usa a diferenciação a respeito do sentido, porque isso já implica o sentido; não se pode negar o sentido sem a ajuda do sentido. RODRÍGUEZ, Darío, ARNOLD, Marcelo. ***Sociedade y teoría de sistemas***. Santiago: Editorial Universitaria, 1999, p. 106.

[225] Luhmann usa essa expressão (*"etsi Deus non daretur, "mesmo se não houvesse Deus")*, ao abordar a dupla contingência e, nesse passo, marca sua divergência com Parsons, pois evidencia a desnecessidade de consenso pré-determinado de valores para a existência do sistema. Ou seja, confronta a noção de sentido (*sinnbergriff*) com a semântica "vetero-européia" da razão (*vernunft*), deixando clara a falta de racionalidade fora do sistema/do observador. A racionalidade é sistêmica como produto exatamente da diferenciação entre sistema/ambiente, por sua vez, realizada dentro do próprio sistema pela re-entry, reentrada, na qual a distinção (sistema/ambiente) retorna ao sistema. Nesse sentido, LUHMANN, NIKLAS *apud* VANDERSTRAETEN, Raf. *Parsons, Luhmann and the Theorem of Double Contingency*. In: ***Journal of Classical Sociology***. vol 2(1) p.77-92. Eletronicamente, disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/55796218.pdf. Acesso: 14 nov 2017; ver também citação, mas no contexto da autodescrição do sistema, LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.365.

que, sendo ambiente, não lhe pertence. Nenhum sistema opera além de si mesmo, mas, por outro lado, sem um ambiente, do qual se distinga, não é possível ser individualizado. Sistemas observantes incessantemente coexistem com perturbações do mundo, que podem ser incorporadas à cadeia autopoiética de reprodução de suas estruturas. Por mais que o sistema "inclua" em seus processos constitutivos o seu ambiente, este continuará sendo mais complexo, pois se constitui como a totalidade de possibilidades de sentido.

Por fim, o processo de diferenciação do sistema, com a ajuda dos limites particulares de sentido, articula um nexo universal de encaminhamentos do mundo, reduzindo possibilidade e selecionando o que tem sentido para si. O sistema indica o que é que pretende consigo mesmo e com o entorno[226]. Só por intermédio da seleção mediada pelo sentido, os sistemas podem constituir para si um mundo e, nesta acepção, ser observador. O sentido serve para a apreensão e redução da complexidade do mundo e, só assim, serve para a orientação da vivência e da ação. Assim, o sistema é um lugar de suportável periculosidade, é uma ilha sobre a qual é possível refugiar-se para não naufragar no *mare magnum* das infinitas possibilidades do ambiente; e os dignos quebra-mares são as estruturas de sentidos[227].

2.4.1 Construção da realidade na sociedade moderna: a comunicação como unidade mínima operacional dos sistemas sociais

Como é possível uma comunicação? Como sabemos, nesse exato momento, que estamos tratando de comunicação e não de outro argumento? Quem pode determinar o tema de um discurso, aquele que informa, outros que participam, o próprio discurso? O sentido do que foi informado está em quem informa, nos outros que participam, no próprio discurso, no que foi dito, naquilo sobre o qual se discute (...)?

Para se aproximar dessas interrogantes, tentaremos, sucintamente, explicar a comunicação como *unit act*[228], uma espécie de unidade arquimédica para a observação do

---

[226]LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 79-80.

[227] FEBBRAJO, Alberto. ***Funzionalismo Strutturale e Sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann***. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p.48.

[228] A comunicação como elemento social é circular e reflexiva, não uma unidade em si mesma (ontológica causal). O sistema social não se caracteriza por essência ou moral (propagação de felicidade, solidariedade, integração por consenso racional etc.). Mas, unicamente pela operação que produz e reproduz a sociedade que é a comunicação (LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2006, p.48).

social (pela comunicação, o social se fez, sem qualquer elemento *ad hoc*), ou seja, como opera o sistema da comunicação em sua auto-observação ou *autopoiesis*[229].

Um discurso começa com uma escolha sobre algo do qual se quer argumentar. A seleção aponta que não se pode discutir sobre tudo a um só e mesmo tempo[230]. O tema selecionado apenas suspende a multiplicidade de temas não utilizados na atualidade. A seleção funciona, pois, na redução da complexidade da gama de assuntos possíveis. Internamente, o próprio tema já possui sua multiplicidade de vieses. A limitação ocorre dentro da conversa, porque necessariamente incluímos informações sempre selecionando as que desejamos. A limitação, que tratamos aqui, não serve para indicar quais informações constarão ou não, mas para indicar que toda comunicação terá limites, a partir de seleções, para que possa fazer sentido.

Quando se quer partilhar algo, é usual fazê-lo por meio do repertório cognitivo (historicidade e acúmulo semânticos, estrutura semântica e sintática de linguagens etc.), que já está presente em nós, ao passo que é conhecido (ou conhecível) para os participantes como repertório social. Assim, somente a comunicação comunica. Por exemplo, se alguém imagina um novo animal, jamais visto, e quer descrevê-lo terá que o fazer diferenciando dos demais animais, porque se não o fizer não será um novo. A distinção não elimina toda a fauna, do contrário, ela segue como referencial, inclusive, que evitará confusão com espécies existentes. A distinção, valendo-se de comunicações anteriores, dará os contornos da identidade do novo e reafirma a diversidade em relação aos demais. Portanto, a comunicação do novo bicho somente ocorre em razão do animais usados como comparação, como referencial de distinção.

Desse modo, a comunicação apresenta-se como um sistema autopoiético e autorreferente. O comunicar, embora não pressuponha consenso (conteúdo previamente estabelecido, conhecido e/ou por todos), possui um limite-referencial precedente próprio da sua memória de comunicações. Logo, a comunicação determina e é determinada por comunicação. Se assim não fosse, no caso do exemplo sobredito do novo animal, não haveria comunicação, porque não se teria nenhuma expectativa sobre a comunicação dessa nova espécie, sem as comunicações sobre os outros animais conhecidos.

A recursividade é o regente da comunicação. O ritmo de produção e a reprodução de seus próprios elementos, de suas próprias temáticas, partem dela mesma. Ocorre aquela

---

[229] A partir dessa colocação, já demarcamos um divisor: Luhmann diverge do pensamento majoritário sociológico, que considera a ação como unidade mínima e indivisível dos sistemas sociais, a exemplo de Weber, Parsons, Habermas, com sua teoria da ação comunicativa.

[230] É equívoco também achar que se fala sobre algo que não se pensou ou não se tem o mínimo de informação. Trata-se de um limite não da psique, mas social.

reentrada, abordada antes, a reintrodução do tema no tema. Há constantes referências ao sentido, a cada nova informação (geradas pelas distinções entre autorreferência e heterorreferência). Assim, o tema (a informação) apresentada não se reproduz mais (pena segunda vez) como informação, mas como redundância. A informação é um valor novo, único, logo, nesse aspecto é a surpresa de notícias (introduz o tema no tema, mas com novidade, ou seja, seria a *re-entry*, a autoreferrência e a heterorreferência). Já a redundância reflete a circularidade da operação de comunicação, porque a informação precedente é engrenagem considerada na sequência da operação atual e esta última para a posterior (e assim sucessivamente!). A *autopoiesis* comunicacional garante sua própria evolução, quando da autoreprodução – a partir do momento que o tema reentra no tema – agregam-se novas informações, novos sentidos.

A comunicação é uma observação da observação (logo, observação cibernética de segunda ordem), pois a partilha de informação, é, por si mesma, uma observação de partilhas precedentes. Também, a compreensão da informação partilhada, é uma observação do que foi partilhado como observação de informação partilhada. Se conseguirmos entender essa linguagem dentro da linguagem, veremos a comunicação como circuito em cadeia, aliás, como uma rede contínua de comunicações. A comunicação é incansável: recorrentemente se encontra comunicando *sobre* (usando como referência) comunicações passadas e *para* (servindo como referência) comunicações subsequentes.

Outro ponto relevante é entender que quem partilha informação (que não se confunde com comunicação) não expressa a si mesmo. Por exemplo, os sistemas psíquicos (indivíduos) não promovem transferência de suas idiossincrasias, suas individualidades ao informarem algo. Enquanto sistemas observantes (autopoiéticos e autorreferenciais) operam tão somente com base na própria consciência. Ninguém consegue invadir os pensamentos de outrem. Nenhum pensamento flutua no ar e adentra a mente alheia. O ululante é ora dito para notarmos que as operações de consciência ocorrem normalmente de modo fechado, sem interferências externas, respeitando todos os requisitos da *autopoiesis* dos sistemas observantes. Diante dos demais sistemas, como a sociedade (enquanto sistema social e seus subsistemas parciais), o sistema psíquico (indivíduos, por assim dizer) não é outro que apenas seu ambiente, vice-versa. Portanto, a sociedade não tem consciência de nada, sendo apenas ambiente para os sistemas psíquicos; assim como as consciências nada comunicam, representando apenas ambiente da sociedade[231].

[231] É importante esclarecer as pessoas (sistemas psíquicos) são necessárias para a conservação do sistema social (da sociedade), apesar de não comporem a sociedade. Afinal, demonstramos antes, que é impossível um sistema

Somente a sociedade pode comunicar. Somente o sistema social opere com base na comunicação. Não há comunicação para além dos limites dos sistemas sociais. A sociedade é pura comunicação. Somente por comunicação é possível comunicar (autorreferencialidade): o sistema social opera no *medium* sentido (em que formas de sentido desenvolvem-se pela *autopoiesis* do sistema de comunicação), realizando a distinção autorreferência e heterorreferência. Em outros dizeres, somente a própria comunicação produz comunicação (*autopoiesis*), sua unidade reproduz-se a partir de elementos próprios de comunicação estruturalmente acoplados às diversas comunicações possíveis.

A razão das características sobreditas pode ser compreendida com o detalhamento da formação conceitual de comunicação. Esta simultaneamente sintetiza (trata como unidade a diferença) três seleções: informação (*information,* seleção de um repertório de possibilidades[232]), o ato de comunicar/partilha/notificação (*mitteilung*, expressão de informações[233]), e a compreensão (*verstehen*, reação à partilha, aceitação ou rejeição[234]) da diferença entre emissão e informação[235].

A comunicação ocorre entre dois sistemas, *alter* e *ego*. A informação da mensagem de *ego* poderá ser aceita ou refutada por *alter*. Por isso, toda sequência, enquanto seleção, é duplamente contingente, ou seja, quem informa depende de quem reage vice-versa[236].

---

senão em um ambiente vice-versa. Não podemos esquecer que é a partir das interferências entre sistema/ambiente que ocorrem as evoluções, os aprendizados dos sistemas.

[232] Trata-se de uma seleção/distinção entre possibilidades conhecidas ou não de conteúdos à disposição do falante. Por exemplo, há possibilidade de falar ou silenciar (já é uma primeira seleção o falar), falar X e não Y etc. Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 142.

[233] Refere-se à seleção/distinção de forma e do meio de expressar a informação selecionada, o que também pode ocorrer de modo intencional ou não (LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 143).

[234] Diz respeito à seleção/distinção entre informação e notificação. Elemento chave da comunicação, por assim dizer, é o seu detonador, porque somente quando *ego* percebe *alter* que se conversar. Quando ficou claro que a informação notificada chegou a *alter*. Requer a incorporação da informação como base para outras comunicações, ou seja, há incorporação à configuração da conduta do receptor. Assim, o que se comunica foi escolhido, depois partilhado e, em seguida, compreendido (rechaçado ou aceito). É essa combinação entre as distintas seleções que produzem a comunicação. Ver que a comunicação depende da seleção, que a seleção é o seu próprio horizonte, é reconhecer sua autorreferência, em detrimento de compromissos ontológicos, da metáfora da transmissão (emissor possui algo que transmite ao receptor, que recebe algo). A visão construtivista destaca, pois, o processo em si de seletividade da comunicação, logo, da criação da realidade comunicada, o que se abre para a contingência.

[235]Especificamente, o conceito de sentido é o que permite a diferença dos sistemas sociais (sociedade) e psíquicos (consciência, por assim dizer, indivíduos) dos sistemas viventes (como as células, os organismo e o cérebro; sobre a comunicação ser a síntese de três seleções diversas entre ato de comunicar (*mitteilung*), informação e compreensão (ou incompreensão), sua improbabilidade, a duplicação da realidade (criar uma versão do sim e do não, gerar uma memória que pode ser usada de muitos modos), não ter escopo algum (apenas acontece ou não), se deixar irritar pela consciência e outros aprofundamentos, sugerimos: LUHMANN, Niklas. ***Che cos'è la comunicazione***. A cura de Alberto Cevolini. Milano: Mimesis, 2018; ou LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 114 e ss.

[236] *Ego* nunca tem absoluta certeza se *alter* compreendeu a informação; *alter* nunca tem absoluta certeza se compreendeu perfeitamente o que *ego* quis informar. Frente a tais incertezas, a contingência é dupla.

Ademais, nesse percurso, há diversos obstáculos, que devem ser vencidos, para que haja realmente a reprodução da comunicação. Em decorrência disso, nas palavras luhmannianas, "a comunicação é improvável"[237].

De fato, nem *alter* nem *ego* dominam o sentido comunicacional. Há comunicação se *ego* compreende que *alter* partilhou uma informação, realizando-se, pois, a distinção expressão/informação. Observemos que uma comunicação começa, pois, com *alter*, já que ele que partilha algo a ser compreendido por *ego*[238]. Enquanto *alter* não sinalizar para *ego* que há partilha de informação, não há sequer início da sequência das seleções. Há apenas uma tentativa de *ego* de realizar a primeira seleção, o informar.

Além disso, *alter*, em sua observação, seleciona *o que* e *como* emitir uma informação. Ao mesmo tempo, *ego*, em sua observação, compreende que *alter* partilhou uma informação. Processo este que, por seu turno, provoca uma seleção de sentido, por consequência, a diferenciação com demarcação de um lado (sentido positivo, incluído) e um lado resta não-marcado (sentido negativo, suspenso). Não ocorre a metáfora da transmissão de informação (emissor-receptor), apenas se realiza seleções de sentido[239], a unidade da diferença entre sentido atual e sentido possível (atualização e a virtualização). Logo, reatualização, revirtualização, cálculo autopropulsor de sentido.

Apesar de tudo isso, é improvável que haja compreensão entre os extremos *ego* e *alter*, devido às condições particulares de isolamento e individualização de cada um; é improvável que se atinja mais pessoas do que as presentes na situação, por questões temporais e espaciais; é improvável que se consiga o desejado. Uma comunicação mesmo entendida não significa que foi aceita, ou seja, *alter* pode não acolher o sentido seletivo da comunicação como orientação para condutas futuras[240].

Em outras palavras, é improvável que *ego* entenda o que foi partilhado por *alter*. A individualidade dos corpos, a idiossincrasia das consciências, os contextos, a memória, tudo isso promove o hiato entre *alter* e *ego*. O sucesso da comunicação depende de *ego* aceitar que *alter* partilha dada informação. Não é *ego* que deve decodificar dado conteúdo que *alter* expressou. Porém, o aceite envolve múltiplos fatores: experimentar, pensar, elaborar mais

---

[237] LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006, p.41.
[238] LUHMANN, Niklas. ***Struttura della società e semantica***. Bari: Laterza, 1983, p.284-298.
[239] Insta lembrar que Luhmann retira da comunicação qualquer fundamento ontológico. Já não há transferência de informação entre os extremos alter e ego. Logo, nega-se a existência de um ser que comunique, seja pessoa, cérebro, consciência etc. (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***Introduccíon a la teoría de los sistemas***. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 1996, p.217-200; ou LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p.87).
[240] LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006, p.42-43.

informações etc. nesse sentido, há o acoplamento estrutural do psíquico com o social. O êxito da comunicação é um acoplamento bem-sucedido das seleções[241].

Dessa maneira comunicação opera a distinção por observação (segunda ordem), sendo mais provável a descontinuidade entre as suas três seleções da comunicação. A diferenciação porta complexidade (unidade em uma multiplicidade) e viabiliza a vinculação seletiva de elementos. O tema selecionado não exclui a multiplicidade de temas latentes provisoriamente não atualizados na comunicação. Com a seleção, promovendo-se diferenciação, a comunicação enfrenta a semântica sob o aspecto temporal, não se trata de eternizar a semântica produzida, mas, cada comunicação é única (não se repete no tempo).

Fato é que embora seja improvável, a comunicação é viabilizada pelas vias de sentidos. Como recursos há a linguagem, meios de difusão (televisão, internet, imprensa etc.) e os meios de comunicação simbolicamente generalizados (permitem as expectativas cognitivas, passíveis de alteração a cada novo saber, e normativas, contrafáticas, que persistem ou se ajustam diante de frustrações).

Estes últimos condensam perspectivas de aceitação da informação, por exemplo, amor, beleza, licitude, dinheiro, verdade etc., são vocábulos que não possuem um único conceito e nem menos consenso sobre tal, mas imprimem uma perspectiva de informação aceitável por todos. Não precisamos explicar a etimologia da palavra, os vários significados etc., nem repetir tudo que se sabe sobre tal informação. Existe, por assim dizer, uma semântica temporal na memória social sobre tais meios[242].

Nos referidos meios de comunicação, formam-se os meios de sentido, que permitem aos sistemas construírem sua variedade de autovalores, sua complexidade própria. Quanto maior o incremento dessa comunicação (e sistemas de comunicação), maior a complexidade não pré-determinável do ambiente. Tudo que não é selecionado pelo sistema social encontra-se fora da comunicação. Apesar de esse excedente permanecer como possibilidade para ulteriores comunicações. É exatamente na realização dessas seleções que se constroem os limites da comunicação e, portanto, os limites da sociedade frente ao resto, que passa a se constituir como seu ambiente.

Como vimos anteriormente, os sistemas produzem a diferença sistema/ambiente e também se guiam por ela, a tão falada reentrada da forma na forma (distinção dentre de

---

[241]LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 115.

[242] Sobre os meios de comunicação simbolicamente generalizados, NAFARRATE, Javier Torres, MANSILLA, Darío Rodriguez. ***Introduccíon a la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2008, p.174-284.

distinção). Com a *re-entry* o sistema entra em um estado de "indeterminação irresolúvel" (as operações não levam mais a resultados inequívocos), logo, criam-se espaços imaginários. O que demonstra a inatingibilidade comunicativa da sociedade (isto é, o fracasso das operações que reproduzem o sistema) é empiricamente confirmada. Por outro lado, as construções imaginárias da unidade do sistema possibilitam a comunicação na sociedade (embora não *com* ela, mas *sobre* ela), são as auto-descrições do sistema da sociedade[243].

Mediante o exposto, podemos concluir que a comunicação comunica-se comunicando, mesmo diante de sua improbabilidade de comunicar: uma comunicação pressupõe uma anterior e dá margem a outra sucessiva também. A unidade da sociedade reflete a conexão recursiva das comunicações sobre comunicações, com a premissa de que toda comunicação opera no meio de significado, aparece como uma seleção entre uma infinidade de possibilidades. Logo, a sociedade é multiplicidade de comunicações comunicadas por anos de história experimentados e, ao mesmo tempo, é a multiplicidade de comunicações possíveis e futuras.

2.5 DIREITO À LUZ DO ESTRUTURAL CONSTRUTIVISMO: A REALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO DA SOCIEDADE MODERNA

As luzes do palco, no qual o Iluminismo estreou e pretendeu brilhar, não se apagaram. Apenas se acenderam tardiamente. Fez-se clarão, finalmente, com a teoria luhmanniana[244], iluminando o velho obscurantismo retórico legitimador do Direito moderno. Caem as cortinas semânticas das imortais imutáveis universalidades do transcendentalismo jurídico. Desmascaram-se os sujeitos cognoscentes em seus insustentáveis papéis racionais puros, nas

---

[243]Distinguir entre um nível cego e meramente operacional ocorre graças à diferenciação entre observação e operação. Pelo fato de a sociedade ser um sistema de observação e auto-observação, ela pode construir tais representações de sua própria unidade. Uma unidade que é essencialmente inatingível, pois é sempre uma parte da sociedade que tenta observar a sociedade como um todo, de modo que, ao observar, não pode ser incluída em sua observação. Portanto, a observação inevitavelmente se torna parcial. Consequentemente, essas construções são imaginárias porque, apesar de parciais, tentam representar uma totalidade, ao mesmo tempo em que são, porque só se desenvolvem no tempo da sucessão de eventos comunicativos observacionais. Para afirmar isso, deve-se falar em divisão de tempo: operacional e observacional, embora a distinção se torne instável, pois em ambos os casos fala-se em operações comunicativas que, apesar de ocorrerem em níveis diferentes, contribuem para a *autopoiesis* do mesmo sistema. Luhmann, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder, 2006, p.628.

[244] Como nos referimos antes, principalmente, com o Iluminismo Sociológico (em seus seis volumes), Luhmann reafirma a importância de uma teoria social geral contrária ao conceito (teoria) de ação (de Talcott Parsons), refutando leis causais monofatoriais, a legitimação do direito e da sociedade a partir de instâncias superiores, transcendentais (como o direito natural). Em suma, faz uma crítica a não consideração da autorreferencialidade das teorias sociais, do saber, do direito (*Vide*, LUHMANN, Niklas. ***Illuminismo sociologico***. Vol 1. Milano: Il Saggiatore, 1983).

vestes da distinção do sujeito/objeto. Sob a poeira do direito positivo[245], resta um cenário social fragmentado e policêntrico (não-hierarquizado) inconciliável com o roteiro fantástico da Ilustração.

O espetáculo de ilusões de igualdade, justiça, verdades (e tantos eteceteras), incapaz de descrever os bastidores de uma sociedade moderna sem modernidade, perde seu cartaz. Em cena, o paradigma da sociedade funcionalmente diferenciada[246] descreve o Direito[247] moderno como subsistema social de sentido (autorreferencial e autopoiético[248]). É o próprio direito que se produz e se reproduz pelo processo de suas operações de comunicação jurídica, especificamente, por meio de seu código binário direito e não-direito[249], complementado por programas condicionais de decisão (normas, leis e demais premissas de decisão do direito)[250].

---

[245] Em Teoria Pura do Direito, Kelsen descreve a pureza como seu princípio metodológico, ou seja, exclusão de qualquer elemento estranho à ciência jurídica. Em outros termos: a expulsão, do âmbito do *dever-ser* de todo elemento da ordem do *ser*. Por isso, Kelsen denominou sua teoria como "pura. (MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica, p. 179-193. In: BOUCAULT, Carlos; RODRIGUEZ, José**. Hermenêutica plural:** possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.134-35). É sob tal pano de fundo, do direito positivo, em contingência normativa, que Luhmann desenvolvida, com suas particularidades, suas descrições sobre o sistema jurídico. Logo, "o direito pode ter qualquer conteúdo e seu valor é relativo, ou seja, pela positividade torna-se objetivo" (DE GIORGI, Raffaele. A especificação da metodologia e Kelsen (p.57-98). In: Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 86; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.77.

[246] O primado luhmanniano da diferenciação funcional exprime a perda de prioridade entre subsistemas sociais (economia, política, educação, arte, direito etc.). A estrutura da sociedade não é mais segmentária ou estratificada. Ela comporta exatamente a autonomização de todos os subsistemas, cada um com suas pré-determinadas formas de comunicação específica.

[247] *Das Retch der Gesellschaft* (O direito da sociedade) é a obra específica de Luhmann sobre o sistema jurídico. Tal livro divide-se em doze capítulos, a saber: (1) Ponto de partida na teoria do direito; (2) O fechamento operativo do sistema jurídico; (3) A função do direito; (4) Codificação e programação; (5) A justiça como fórmula de contingência; (6) A evolução do direito; (7) A posição dos tribunais no sistema jurídico; (8) A argumentação jurídica; (9) Política e direito; (10) Acoplamento estrutural; (11) A autodescrição do sistema jurídico; (12) A sociedade e o seu direito. Os próprios capítulos já indicam uma noção da intenção do autor a respeito de sua visão sobre o direito. Nesta tese, vale um alerta: por vezes, utilizaremos versões diversas do referido texto, tendo em vista as dificuldades inerentes à tradução, mormente, a de língua portuguesa.

[248] A autorrreferência e *autopoesis*, como já explicamos antes, reflete a produção e reprodução de estruturas e elementos mediante operações recursivamente fechadas. Mas, não significa isolamento, nem ausência de possibilidade de acoplamento estrutural com o ambiente. Até porque todo sistema é sistema de um ambiente, assim, o direito também precisa de seu ambiente (os outros sistemas) para se identificar como sistema jurídico (*Vide*: LUHMANN, Niklas. *The self-reproduction of law and its limits*. In: ***Essays on self-reference***. New York: Columbia University Press, 1990, p.229)

[249] A diferenciação do direito envolve dois pontos. Primeiro, a especificação da sua função, orientação em direção a um problema social específico, estabilização de expectativas contrafáticas; segundo, a codificação binária do valor positivo, direito (*recht*), e negativo, não-direito (*unrecht*). LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.41.

[250]Essa observação do sistema jurídico, que fixa os limites do que é jurídico e do que é não-jurídico, não ocorre em nível da norma, mas da jurisprudência, das decisões diretivas, da adequação ao símbolo de uma ordem constitucional e dentro do procedimento jurídico por meio da argumentação jurídica. Essa argumentação, todavia, pode buscar fundamentos em valores transcendentes ao direito, fazendo parecer com que esses valores pertençam ao direito. A referência é externa, mas quando incluída, argumentativamente, passa a estar e não estar no sistema de referência. É o *tertium*, que abordamos antes (Nesse sentido, TEUBNER, Gunther. As múltiplas

Se o código binário jurídico assegura a unidade operativa do direito e instrumentaliza a sua função, são os programas que equilibram a invariância e rigidez do código binário. Estes permitem, por assim dizer, alargar o código, com a atribuição de valores (indicar em dado conflito quem ostenta ou não a expectativa conforme o direito ostentado)[251]. Sendo assim, representam chaves para a abertura cognitiva do direito, delineando que aspectos e em que ocasiões devem ser processadas suas cognições. Por isso, são programas com *status* normativo e que conferem uma qualidade normativa às expectativas.

O direito faz-se direito por meio do direito. Mais uma vez, temos a circularidade de sua *autopoiesis* (fechamento operacional)[252], que viabiliza o funcionamento das suas operações, por remissão à rede de suas próprias operações (autorreferência), e a reprodução de si mesmo. Da *autopoiesis* não se escapa, simultaneamente, é ponto de partida e chegada do sistema: o direito torna-se artífice único de suas composições. Não importa elementos e estruturas do exterior para se manter direito. Sua autorregulação é resultado recursivo de suas operações internas, de diferenciação de si frente ao alheio, o ambiente (os outros sistemas, sociais ou psíquicos). Ele se especializa, especifica-se dentro dele mesmo (constrói seus ramos), forma sua identidade, sempre se distinguindo dos demais sistemas, que conformam seu entorno.

Apesar da clausura operacional, não há isolamento solipsista[253] do direito em relação ao ambiente[254]. O sistema é forma (paradoxal) de dois lados: sistema/ambiente, de modo que

---

alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo, In: ARNAUD, André-Jean, LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann** – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 114).

[251] Em termos simples, se a indicação de expectativas a serem mantidas em caso de frustração precisa do código, para a classificação em conforme ou não o direito, os códigos dependem de complementação dos programas condicionais para especificar os casos. Em suma, os programas demandam que as regras normativas da decisão (justificadas apenas no interior do Direito) "formulem-se de maneira que seja possível uma dedução a partir dos fatos, os quais se determinam cognitivamente: está presente a realidade *A*, então, a decisão *X* é conforme o direito, caso contrário não" (LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.60).

[252] O fechamento operacional refere-se à positividade do sistema jurídico, ou seja, o próprio direito positivo cria os critérios daquilo que se torna direito. Assim, retornamos ao paradoxo constitutivo: o fundamento do direito é o que ele próprio diz ser seu fundamento. O seu código binário (direito e não-direito) simboliza a própria validade e, simultaneamente, a referência para as novas operações jurídicas. Eis o processo de produção de operações jurídicas, com base nas operações jurídicas precedentes, chamado de autorreferência do direito. Até quando as operações tiverem como base as anteriores operações jurídicas, elas serão tidas jurídicas e, portanto, pertencentes ao sistema jurídico e não a outro subsistema parcial da sociedade.

[253] Seria um equívoco pensar que a *autopoiesis* do sistema jurídico promove solipsismo jurídico. A sociedade (portanto, outros subsistemas parciais sociais) tornam-se entorno, mas isso não implica ruptura entre a forma sistema/ambiente (LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 18 e 66). Por isso, reiteramos, o sistema apenas mantem-se autônomo no que tange às suas operações recursivamente fechadas de produção e reprodução de componentes por meio da própria estrutura.

[254] Lembramos que os sistemas psíquicos (consciência, os indivíduos, por assim dizer) como também configuram entorno do direito, não são por este excluídos. Vale a mesma explicação sobre a unidade da forma, sistema jurídico é parte da unidade sistema jurídico/entorno, assim não é indiferente à sociedade (outros sistemas sociais, subsistemas) nem muito menos aos sistemas psíquicos, que são o outro lado da forma. Estes como entorno,

este não é excluído, mas é sua premissa. Nessa intrigante relação inter-sistêmica (todo sistema é sistema de um ambiente vice-versa), o direito compatibiliza sua autoafirmação (autorreferencialidade) pela consideração da diferenciação funcional (heterorrefencialidade), mantendo sua normal *autopoiesis*.

Se, por um lado, o sistema social é ambiente do direito, por outro, todas as operações do direito, as comunicações jurídicas, efetuam-se dentro da sociedade. Nesse aspecto, o direito introduz um corte na sociedade, enquanto seu subsistema parcial, mas continua autônomo na produção de suas operações. Essa ambiguidade na relação entre direito e a sociedade conduz à conclusão de que não há direito *fora* da sociedade, apenas direito *na* sociedade. Afinal, o direito, mesmo independente operativamente, usa a mesma unidade mínima da sociedade, a comunicação (mas, diferenciada pela função jurídica)[255].

Ainda, mesmo com esse fechamento operacional, o direito, enquanto sistema que opera por observação, é capaz de aprender por meio de acoplamentos estruturais[256]. Estes acoplamentos refletem a abertura[257] cognitiva do sistema jurídico, em razão dos ruídos/irritações ambientais (heterorreferencialidade), que pode ocorrer a cada evento em que se problematiza o código ilícito/lícito. O direito não foge à regra geral da "diferença que faz a diferença": a diferença de complexidade entre sistema/ambiente. É por essa "interação" que o sistema busca reduzir a complexidade, aumentar a própria variedade de sentido e confirmar sua consistência. Isso ocorre porque essa contínua adaptação com seu entorno é a forma de manter a sua ordem (pelo ruído, *order from noise*), em comum acordo, claro, com sua auto-

---

servem para o equilíbrio e evolução do direito a partir do acoplamento estrutural gerado a partir de irritações entre tais, a partir da linguagem. Nesse sentido, "não nos obstinamos ao absurdo de um direito sem sociedade, sem indivíduos, sem condições físico-químicas de nosso planeta. Unicamente, afirmamos que o sistema produz sua relação com o entorno a partir de seus próprios esforços" (LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 54).

[255] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.88-89.

[256] A Constituição pode refletir irritações recíprocas da política e do direito. O legislativo pode propor mudanças constitucionais, o direito pode estabelecer limites para a política, com interpretação de legislações, declarações de inconstitucionalidades, julgamento de direitos eleitorais etc. Sem mencionar as autoirritações, pelas quais "o sistema pode registrar decisões políticas em forma jurídica, assim como a política pode se servir do direito para praticar seus objetivos". Além disso, em países em desenvolvimento, como o Brasil, pode haver uso instrumental ou simbólico da Constituição, para que a política finja que o direito a limita, para ocultar as reais relações de poder na comunicação entre esses sistemas. Ademais, há também acoplamentos com sistemas psíquicos por meio dos direitos subjetivos (como liberdade, idiossincrasias, acesso à justiça), porque na consciência do indivíduo concorrem irritações e efeitos de socialização provenientes de vários âmbitos funcionais da sociedade, sem que a consciência possa se relacionar com a sociedade como um todo (LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p.441, 449, 456).

[257] O sistema jurídico é, como vimos, operativamente enclausurado (reproduz-se com base em si mesmo, no seu estado estrutural imediatamente anterior) e aberto cognitivamente, afinal, sua função orienta-se a um problema social, do seu entorno. Assim, o direito reconstrói a imagem ambiental internamente, reproduzindo-o por operações de sentido do próprio sistema, logo, o ambiente externo torna-se um ambiente interno (reconstruído internamente pelo sistema). Tal abertura dá-se pelos programas normativos, normas jurídicas (leis, princípios, regras, doutrina, jurisprudência, toda norma capaz de orientar a atribuição de um fato a um dos lados do código direito/ não-direito.

organização. Por isso, o direito é um evento anti-entrópico[258]: está imerso em um ambiente, mas emerso sobrevive autotransformando-se (adaptando sua estrutura) pela dinâmica de diferenciação contínua entre ele mesmo e o ambiente.

O direito aprende ou evolui, mas sem carregar o fardo da função de integração social. Ele não perde a prestação regulatória, porém esta não é a sua função. O direito funcionalmente diferenciado apenas estabiliza contrafaticamente as expectativas normativas, por meio de regulação da generalização congruente das mesmas (na dimensão de sentido temporal, social, material). Para tanto, o direito indica quais expectativas tem respaldo social ou não, porque se assim não for "ao invés de generalização de normas, produz-se uma generalização de frustração"[259].

Como já ressaltamos, o direito não se legitima a partir de cosmovisões míticas ou metafísicas. Principalmente, com o advento da sociedade complexa, repleta de multiversões, torna-se evidente que o direito não tem o direito de dizer que sua razão fundamental é racional[260]. Desintegradas essas ancoragens semânticas, a legitimidade é alçada ao mais alto grau de improbabilidade. Desloca-se para sua apresentação como tecnologia de dominação, ou seja, o direito tem o poder de dar a si mesmo poder. Assim, reduz-se simplesmente ao cumprimento da norma, em função do caráter estratégico acerca das consequências possíveis em caso de descumprimento. A positivação[261], enquanto fenômeno correlato da diferenciação

---

[258] Quando um sistema é isolado ou colocado em um ambiente uniforme, usualmente todo o movimento cessa depressa, como resultado de vários tipos de fricção, diferenças de potencial (químico ou elétrico) são equalizadas. Todo o sistema míngua para um bloco inerte e morto de matéria. Atinge-se um estado permanente, no qual não ocorre nenhum evento observável. Eis o equilíbrio termodinâmico ou estado máximo de entropia. Os sistemas de sentido vivem de entropia negativa, ou seja, tentando manter esse nível entrópico baixo e estacionário para diferenciar-se do ambiente, não sucumbindo ao mesmo. Nesse sentido, mas em linguagem física/estatística, SCHORÖDINGER, Erwin. Ordem, desordem e entropia. In: **O que é a vida?** O aspecto físico da célula vida. Mente e Matéria e Fragmentos Autobiográficos. São Paulo: UNESP, 1997, p.81 e 83.

[259] Diferentemente de outros teóricos, a exemplo de Habermas, Luhmann não descreve o direito funcional do ponto de vista da integração social, nem das motivações que levam ao cumprimento de normas, que visam assegurar as expectativas normativas. Porque isso não é objeto imediato relevante para a observação a respeito da função exercida pelo direito na sociedade moderna. (Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. vol 2. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 82).

[260]Assim, esse alto nível de complexidade, essa mutabilidade e dinamismo reforçam a impossibilidade de legitimação pelo consenso, integração social e ancora em éticas coletivas e congêneres. Não se admite uma instância pautada pela força normativa, que emergiria de um entendimento comunicativo de interlocutores, orientados pela compreensão recíproca. Essas convicções comuns, esse consenso fático exigem uma experimentação sincrônica de tempo e sentido, o que é improvável no direito moderno (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. vol 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.79-80).

[261] A positivação do direito especificou a normatividade jurídica em relação às orientações difusas de conduta. O próprio direito controla suas microestruturas, ou seja, as normas, nas interfaces com o jogo político e a experimentação privada. Ademais, procedimentos e organizações são as molduras institucionais das formas de pensar, agir, experimentar, construídas pelo próprio direito. Essa é a racionalidade do sistema, fundada sobre a estabilização funcional, sobre o fato que os problemas devem ser resolvidos em razão de sua estrutura (Sobre o tema, DE GIORGI, Raffaele. *La razionalità come repressione e la teoria del diritto di N.Luhmann*. In: ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p. 213-260; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Curitiba: Juruá: 2017, p.217-264).

social, acarreta a instituicionalização da mutabilidade de um direito, posto e validado por decisões[262]. Logo, sua legitimação, como sistema autorreferencial e autopoiético, apenas pode ocorrer internamente[263]. Eis a legitimação pelo procedimento: definida pela função, ou seja, implementação fática do direito e controle de decisão jurídica[264].

Desse modo, essa legitimidade do direito consiste na "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância"[265]. A generalização de expectativas normativas estabiliza a segurança produzida, imuniza, enquanto são abstrações e indiferença. São "conchas seguras por natureza indecisas"[266]. Portanto, para garantir a força vinculante de um sistema jurídico contingente e mutável, obtém-se uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido. A recursividade operativa do direito autopoiético toma o lugar da legitimidade[267].

Em termos simples, "o procedimento é uma *poiesis* da decisão (...) O direito positivo não é o que ele é, quer dizer, não é decisão e não vale (não tem validade) por força de decisão. Ou seja, os procedimentos são usados como mecanismos de institucionalização do direito (dimensão social do sentido) e, por conseguinte, para a generalização social de expectativas normativas. Logo, a legitimação é pelo procedimento, porque não é pelo entendimento racional comunicativo. "A legitimidade das normas é uma ilusão funcionalmente necessária que não pode ser descoberta sob pena de abalar a própria crença na legalidade". Isso porque "para fundar uma decisão, basta que se contorne a incerteza de qual decisão materialmente falando ocorrerá pela certeza de que a decisão formalmente falando ocorrerá"[268]. A análise da legitimidade coloca-se no plano da ausência de um *input* que a forneça para o direito[269].

Toda estratégia do direito tem origem interna. O direito é descrito por operações de comunicação jurídica e não como um conjunto de regras que visam à justiça. A sua validez é

---

[262] NIKLAS. ***La differenziazione del diritto***. *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto.* Bologna: Mulino, 1990, p. 124.

[263] Nesse ponto, é clara a posição luhmanniana contrária às linhas de Jellinek, Weber e Habermas, que buscam a legitimação em fatores externos. Porque o sistema organiza sua imunidade e autonomia social, mediante seu próprio fechamento e preenchimento de sua função (Conforme, LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. In: ***Droit et Societè***. N.47, p. 15-73, 2001, p.23).

[264]LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol.2. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.70.

[265] LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora UNB, 1980, p.30.

[266] LUHMANN, Niklas (*Funktionen und folgen formaler organisation*. Berlin: Duncker und Humblot, 1976, p.60) *apud* DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p. 230; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 233.

[267] CLAM, Jean. ***Droit et societè chez Niklas Luhmann:*** la contingence des normes. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 270.

[268] Duas últimas citações são de: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999, respectivamente, p.172 e 174.

[269] Por sua vez, a análise das possibilidades de intervenção no entorno coloca-se no plano da ausência do *output,* que o permita regulá-lo diretamente, já que toda regulação do sistema é autorregulação.

uma comunicação que, quando da sua contextualização (legitimação), produz sentido sobre direito e não-direito, protegendo seus próprios limites, enquanto direito positivo. Portanto, as fronteiras são mantidas com a demonstração de uma comunicação, que se prove estar dentro do seu código, lícito, ou discrepante, ilícito. Assim, a realidade do Direito não se constrói por valores, normatividade do direito ou qualquer outra idealização: só por meio das suas operações jurídicas que reproduzem o sentido do direito e do não-direito.

Diante disso, é notável que o direito faz-se por tautologia: somente o direito comunica a respeito do que é direito e não-direito (lícito/ilícito). Este código simplesmente aduz que o direito não deve ser não-direito e que o não-direito não deve ser direito. Mas, quando se indaga sobre a sua própria conformidade ou desconformidade com o direito (quando aplicado a si mesmo), o código escancara o paradoxo, que consiste em dizer que é (ou não) conforme o direito, aplicando a distinção entre direito e não-direito[270].

Desse modo, o direito mostra-se por paradoxo: com a operação de distinção que tematiza a parte do direito (da licitude), ao mesmo tempo, nega a si (a outra parte, a ilicitude), ou seja, o direito de um é o não-direito do outro. Não dirimindo, também, a controvérsia: quem tem direito a ter ou não ter direito em uma sociedade na qual todos, em tese, tem direitos? Como se não bastasse, revela-se no antagonismo: o direito de um não é o direito de outro. Mas, todos, em tese, contam com direito da sociedade, no senso temporal (atual/potencial) e no senso espacial (contexto histórico-social). Ainda, provoca a sua própria desparadoxização: autoestrutura-se com seus programas de direito, ou seja, por meio de sua organização interna, cria condicionamentos do direito e do não-direito, estabelecendo expectativas normativas[271].

A estabilização dinâmica das próprias operações, com o fim de autoconservação, conecta-se com a própria função do direito. Ora, se ele é um sistema de comunicação (lícito/ilícito), sua função refere-se à manutenção de expectativas normativas, contrafáticas, pela regulação da generalização temporal, objetiva e social. Deve-se conservar a confiança social na sua comunicação, para que se mantenha operando. Confiança não significa evitar conflitos, mas que haja uma comunicação do direito mesmo diante do conflito. Pode, pois, funcionar como expectativa da expectativa normativa. Assim, limita as possibilidades de comportamentos pela generalização de normas, constituindo-se como obstáculo à mudança social, mas, ao mesmo passo, como promotor de mudanças sociais. A positividade tanto pode

---

[270] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 145 e160.
[271] As ideias desse parágrafo referem-se à inferência das disposições de um fluxograma/esquema realizado por Luhmann, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 120.

manter padrões de condutas, como incentivar conflitos. Afinal, o direito é somente uma das possibilidades de estruturar a sociedade, dentre tantas que há.

É dessa forma que o sistema demonstra sua reflexividade. Ao dar direitos, possibilita a problematização desses direitos. Trata-se de uma capacidade funcional de operar vinculado à realidade, o que implica a capacidade de reprodução, circular-recursiva, das decisões jurídicas. Isso significa: oferecer substitutos ao cumprimento do que exige e ter capacidade de os impor. O que continua a não ter a ver com ideais, como o de justiça, porque o código do sistema não tem como dizer ou provar por si que é justo.

Nesse contexto, a justiça torna-se apenas uma fórmula de contingência (aquele poder ser de modo diverso) e, como tal, um programa do direito, que fornece um controle de consistência às decisões jurídicas. Todavia, refere-se a um esquema de busca de fundamentos ou valores que não podem conseguir validez jurídica, não na forma de programa. Isso porque, aqui, justiça não tem conceito, vincula-se tão só à própria função: simbolização da congruência da generalização das expectativas normativas. Compreendida como "prevenção de inconsistências que sejam reconhecidas"[272], porque a distinção igual/desigual introduz a pergunta pela decisão justa. Isso aumenta o risco interno do sistema, com seus mecanismos de transformação, desenvolve critérios de validez para suas decisões consistentes, que tratam como desigual a desigualdade jurídica, mas não a social (econômica, política, religiosa, científica, de raça, sexo etc.). Como exemplos de contingência: a hierarquia de orientação de decisões (decisões em instâncias superiores que anulam as inferiores), o precedente (decisões anteriores que orientam as futuras) etc. Eis que assim se faz justiça funcionalizada, destituindo-a de conotações axiológicas – o que melhor será entendido a partir das explicações sobre as estruturas jurídicas utilizadas para o cumprimento de sua função.

2.5.1 Estrutural construtivismo e função do direito na sociedade moderna: a construção das estruturas jurídicas e a estabilização congruente de expectativas normativas contrafáticas

Como todo sistema sentido, o direito precisa estabelecer estratégias apropriadas para reduzir a complexidade externa e se manter operando nos limites de sua autonomia. Para tanto, por força da própria *autopoiesis*, desloca toda a problemática da incerteza circundante para o seu interior e a processa com auxílio de estruturas jurídicas, as quais, por seu turno, potencializam as seleções futuras para suas operações.

---

[272] A justiça "só é explicitada *ex negatio*: certamente isso seria uma teologia negativa do sistema jurídico". LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 255.

As estruturas do sistema são por si mesmas seleções entre tantas possíveis formas. Reforçam as sequências de seletividade sistêmica, refletindo uma dupla seletividade[273] estratégica: diante da complexidade, selecionam-se os primeiros pontos de referência (estruturas), depois, com base nessas fixações, assumem-se outras escolhas que operacionalizam o funcionamento sistêmico. Assim, a estrutura é uma alternativa pré-fixada, que delimita as possibilidades para as próximas escolhas, ou seja, limita a incerteza da hipercomplexidade social moderna.

A estrutura aparece como uma projeção de sentido amparada no incerto, que absorve e reduz o risco, proveniente da necessidade de escolher entre infinitas possibilidades. Ao restringir o volume de possibilidades, protegem as alternativas outras, tornando-as latentes, e, assim, forjam a complexidade do mundo real: porque há a fixação de um pequeno fragmento do possível (com as estruturas), para orientação das operações sistêmicas, mas, ao mesmo tempo, outras possibilidades são deixadas de fora. Configuram, pois, mecanismos seletivos, que se adaptam à probabilidade de verificação de certos eventos e preparam-se para a catalisação de frustrações[274]. Logo, "as estruturas transformam a sobrecarga de pretensões da complexidade do mundo no problema da experiência ocasional de frustração, contra a qual, pode-se ser feito algo concreto"[275].

Frente à complexidade desestruturada, com a pluralidade de possibilidades e interesses sociais, o direito, por meio de suas estruturas, constrói sentido exclusivamente jurídico para servir de referência ao comportamento em sociedade[276]. Assim, o sistema jurídico busca generalizar expectativas por meio de normas. Essas generalizações de expectativas normativas imunizam orientações de comportamento contra outras possibilidades, diversas das

---

[273] A estrutura é uma comunicação escolhida entre diversas outras possíveis e o destinatário a trata como fato, como premissa de suas próprias seleções posteriores. Quando, na verdade, a estrutura já é uma pré-seleção. Assim, ela limita o âmbito de possibilidades de opções, ou seja, delimita o optável, leva o indefinido ao palpável, leva a amplidão à redução. Por isso, há dupla seletividade: na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potencializa-a. Imaginemos a linguagem, que é a seleção prévia de um código de significados possíveis e nos permite outras escolhas rápidas, fluentes e coerentes de verbalização correspondente. Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.54.

[274] DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.225-228; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 229-232.

[275] Citação presente na obra de LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.55. Porém, o tradutor usa apenas "pretensões de complexidade", sem o termo "mundo" e a palavra "desapontamento" em vez de "frustração". Optamos por seguir a tradução do professor De Giorgi, já que tal menção também consta em seu livro. *Vide*: DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.233; versão em português, p.231.

[276] É preciso se ter em mente, que a noção geral de expectativa não se refere a um estado de consciência atual de um indivíduo determinado, mas um aspecto temporal de sentido de comunicação. O que elimina função social do direito (sistema funcional) diretamente envolvida com controle ou integração sociais. LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p.110.

selecionadas pela estrutura. Desse modo, reúnem uma elevada capacidade de abstração e um alto grau de invariabilidade relativa, já que condensam experiências e manifestações sociais, como ponto de referimento abstrato, externo às expectativas de condutas individualizadas. A generalização, pois, permite sintonização do comportamento social de mais pessoas, já que pré-determina aquilo que se pode esperar e que condutas encontram-se nos limites do sistema[277]. Eis que o direito inventa formas de controlar os problemas inerentes a sua própria contingência.

É evidente que as expectativas normativas, enquanto planos preliminares de escolha, em uma perspectiva de antecipação dos conflitos futuros, expõem-se ao risco de frustração. Porém, diferentemente, das chamadas expectativas cognitivas[278], que se adaptam e aprendem com a desilusão, as normativas reafirmam sua vigência e permanecem ativas a forjar uma segurança artificialmente produzida, ou seja, continuam conferindo uma ordem sustentável ao mundo. Há uma neutralização simbólica da desilusão, por isso, apresentam-se estáveis, para resistir às variações do ambiente, e indiferentes, para abstrair a situação específica.

O processo de generalização de expectativas normativas desenvolve-se em três direções de sentido: temporal, social e material. Todas essas dimensões atuam em defesa segurança do sistema. Suscintamente, asseveramos que: na primeira dimensão, a ideia é assegurar o sistema em caso de desvios e frustrações; na segunda, assegurá-lo contra o dissenso generalizado; e na última, assegurá-lo contra incoerência e contradições[279].

De maneira um pouco mais detalhada, podemos afirmar que, na dimensão temporal, ocorrem as generalizações de expectativas de comportamento por meio da normatização. Porque somente com a classificação da expectativa como normativa, ela ganha uma validade protegida no tempo, que resiste às frustrações, portanto, recebe força contrafática[280]. A normatização é uma espécie de etiqueta que estampa a ideia de que independentemente de desapontamento, as expectativas permanecem estáveis e consistentes na ordem jurídica. As

---

[277] DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.229; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 233.

[278] Em suma, "as expectativas cognitivas são indeterminadas, como os comportamentos, e as expectativas normativas, apesar da incerteza das condutas, reforçam a certeza das próprias expectativas". LUHMANN, NIKLAS. ***La differenziazione del diritto***. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Mulino, 1990, p.109.

[279] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.109 e ss.

[280] O direito busca obter a estabilização das frustrações por meio da normatização. A norma é uma forma de estruturação temporal das expectativas (fixação de dada expectativa como normativa por meio de mecanismos de absorção de frustrações, neutralização dos desvios. Mecanismos variam desde a indiferença à sanções, estas últimas mais interessantes porque são mecanismos de absorção das frustrações na dimensão temporal das sociedades modernas (Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 66-76).

normas, pois, são expectativas de conduta generalizadas no plano temporal, estabilizadas independentemente de eventos e casos individuais de violações[281].

Na dimensão social, as expectativas de conduta são generalizadas pela institucionalização, ou seja, pela pressuposição de consenso geral. É um consenso fictício, obviamente, pois não leva realmente em conta o fato de que todos indivíduos estejam de acordo. Mas, o sujeito portador da expectativa pode pressupor o consenso dos outros, sem precisar controlar opiniões e motivos individuais. As instituições garantem um grau consistente de homogeneidade, de confiabilidade, que consegue tornar irrelevante o plano da concretude do consenso individualizado, neutralizando aqueles eventuais divergentes[282]. Assim, regem-se com base na supervalorização do consenso efetivamente disponível no sistema social e no sucesso dessa supervalorização. "A sobrevivência das instituições é garantida quando quase todos pressupõem que quase todos estão de acordo e talvez, portanto, quando quase todos pressupõem, que quase todos pressupõem, que quase todos estão de acordo"[283].

Na dimensão material, a generalização das expectativas de comportamento é operada por meio da identificação do sentido das expectativas e de seu fundamento, independentemente da situação. Isso significa que há uma demarcação de sentido idêntico, que compõe uma inter-relação de confirmações e restrições recíprocas, conforme quatro sínteses de sentido: a identificação de pessoas concretamente marcadas, de papéis com funções e competências demarcadas, de programas condicionais de decisão e valores abstratos, todos funcionam para fixar conteúdos de sentidos das expectativas. Portanto, assegura-se a estabilização de unidades de sentido e de contextos de sentido, independentemente da diversidade material das expectativas.

Em outras expressões, dependerá da abstração de pontos de referência, que dado o seu caráter abstrato, permitem manter uma constância nas expectativas. Essa abstração opera-se a

---

[281]Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.230; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p.234.

[282] Na dimensão social há a institucionalização de expectativas comportamentais. Remete-se a um concurso de terceiros que supostamente estariam dispostos a sustentá-la contra desvios. É uma antecipação de ficcional de consenso, pressuposto, não concretamente existente. Assim, condutas contrárias à instituição tem o peso de uma autoevidência presumida. Imaginemos o ato do casamento, sua realização precisa de uma instituição chamada contrato e diversos procedimentos. Espera-se que aqueles que desejam casar concordem com tais procedimentos e caso haja discordância de alguém individualmente, em geral, isso não abala a instituição. (Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 81).

[283] LUHMANN, NIKLAS (***Rechtssoziologie***. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972, p.71) *apud* DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann.* Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.232; versão em português, **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p.234. p.236

partir dos quatro princípios citados (pessoas, papéis, programas, valores), mas para o direito, as expectativas normativas são generalizadas mais propriamente por meio de papéis e programas. Além do que, vale lembrar que tanto os papéis como as pessoas sofrem os problemas do excesso de concretude, os outros se expõem ao risco de elevada abstração[284].

Quando uma expectativa dirige-se a pessoas em si (enquanto endereços de comunicação, construções sociais) significa que são orientações fundadas em conteúdos excessivamente concretos e particularizados. Esse critério de identificação de sentido é incapaz de abarcar um número considerável de expectativas no seu interior. Há um baixo grau de abstração que impede a transcendência do caso específico, do caráter de individualidade. Estas expectativas são aquelas que se referem a grupos íntimos de convívio, não se estendem a desconhecidos, permanecendo em um âmbito familiar[285]. Por isso, a criação delas depende de vínculos com certa duração. Por um lado, esse critério abarca poucas possibilidades, por se basear nessa confiança interpessoal, porém, depois que ela é estabelecida, existe um forte grau de possibilidade de confirmação da expectativa, logo, pouca chance de ser generalizada[286].

Quanto aos papéis, como possuem um grau de generalidade maior do que o critério pessoa, há grande interesse pelo direito, que promove a institucionalização de competências e funções atinentes aos mesmos. Assim, não se trata de expectativas em torno de uma figura específica, mas de um papel socialmente desempenhado, gerando maior grau de abstração. Refletem certo anonimato, impessoalidade, pois se referem a conteúdos dirigidos a categorias de pessoas (às funções), portanto, com maior capacidade de generalização, não se restringindo a relações familiares[287].

---

[284] Sobre o tema, *vide*: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 85-93.

[285] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 85-86.

[286] A certeza no critério "pessoa" baseia-se em expectativas cognitivas. Em decorrência do contexto em que se dá tal expectativa, qual seja, de convívio, de confiança pessoal, a tendência de confirmação é alta. Em caso de surpresas, o parceiro desiludido pode aprender com a desilusão e se adaptar. Por exemplo, em dada família, é possível que se a esposa frustre alguma expectativa do marido vice-versa. Nesse caso, ambos podem se adaptar a tal realidade. As frustrações não perduram, porque quando ocorrem abrem espaços para construção de novas expectativas. Se as frustrações e discordância persistem não se trata mais de um sistema familiar, mas já pode configurar um sistema jurídico, com o divórcio, indenizações etc. Nesse sentido, GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.103.

[287] Imaginemos o seguinte exemplo: João é vigilante pessoal da fazenda de Pedro, há mais de 20 anos. Essa situação não é similar às expectativas depositadas em uma categoria profissional de seguranças privados controlados por uma empresa. Nesta última situação, da categoria dos seguranças, o tipo de confiança no cumprimento do papel é diverso. Como não há vínculos diretos e pessoais, como ocorre no caso da pessoa-vigilante João, o nível de certeza da expectativa fundamenta-se pela institucionalização do papel em si, na suposição de consenso social generalizado, ou seja, como parte da estrutura social, outros compartilharem destas expectativas e se orientarem conforme a ideia do exercício de dada função. Sobre o tema, *vide*, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.107-109.

Já os programas decisórios possuem grau de abstração maior, pois se referem a regras de decisão institucionalizadas, abrangendo pessoas, categorias de papéis e variam de acordo com os efeitos que pretendam imputar a dadas condutas. Em uma estrutura social completa, tanto as condutas podem mudar em relação às regras, como as regras podem ser modificadas. São programas condicionais, já tratados antes, normas que se organizam pelo esquema "se isso, então aquilo", logo, são de natureza retrospectiva, dependem de eventos passados para serem ativados, pois atribuem efeitos a condutas anteriores[288].

No que tange aos valores, estes como critério de identificação de sentido refletem um grau de abstração muito alto, sendo a generalização excessiva e pouco operativa[289]. Figuram como o cavalo de Tróia para dogmática jurídica, pois podem levar elementos políticos, econômico ao sistema jurídico[290]. Com a positivação deles, busca-se certa linearidade e coerência entre decisões judiciais, criando precedentes de sentido específico[291].

Além disso, o direito moderno positivo utiliza, como mecanismo de generalização congruente de expectativas normativas, a sanção (dimensão temporal) para absorver desilusões, o consenso fictício dos procedimentos (dimensão social) e dos programas condicionais (dimensão material) para obter decisões a partir do esquema "se/então", acima explicitado.

Mediante o exposto, destacamos que a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais, que possam ser generalizadas em todas as dimensões, o que varia conforme a reação do direito às modificações do sistema social. Assim, a necessidade de segurança que molda o sistema refere-se à segurança das expectativas próprias, enquanto expectativas sobre expectativas, apenas secundariamente se preocupando com a segurança do preenchimento efetivo dessas expectativas (por meio do comportamento esperado)[292].

Quanto mais alta a complexidade, maior a necessidade de seleção, que reduz a primeira, mas amplia a contingência, ou seja, a incerteza sobre a adequação da seleção, o que estimula novas decisões, que, por sua vez, aumenta a complexidade e o direito segue evoluindo nessa circularidade: variação, seleção, (re)estabilização.

---

[288] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 27-34.
[289] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.113.
[290] Essa alusão dos valores como presentes de greco, que agregam uma quantidade ilimitada de expectativas de conduta, anulando distinções diante de um grande ideal, é desenvolvida por CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico, decisão judicial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.103-107.
[291] A decisão anterior vincula e concretiza o conteúdo dos princípios tornando os programas condicionais. A redundância argumentativa transforma valores em programas decisórios. LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 401.
[292] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.115-116.

Dessa forma, a variação é a comunicação inesperada que não está no plano das expectativas. Não é possível generalizar todos os comportamentos, as seleções são estabilizadas pela técnica de abstração, que asseguram ao sistema poder captar alto grau de variabilidade sem perder identidade. A estabilização constrói o sentido jurídico próprio e indiferente ao ambiente. São estabilizados elementos produzidos pela variabilidade que, em razão da repetição ou redundância, foram selecionadas no plano das estruturas[293]. A repetição ocorre por autorreflexão do sistema, que viabiliza a formação de argumentação e conceitos próprios (produção da semântica interna, autogerada, teoria do direito, dogmática etc.). Formas de autorreflexão são atualizações de eventos passados, que se transformam em realidade presente. Em suma, ao definir referência para orientação das expectativas, o sistema recorrentemente promove variação e estabilização, que pode levar, por isso, à reestabilização, com a sequência de sua *autopoiesis*[294].

2.6 CONCLUSÕES TÓPICAS: UMA DAS PORTAS DO SISTEMA JURÍDICO PERMANECE FECHADA, RESTA APENAS O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO COMO GUARDIÃO

Partimos de uma crítica à realidade objetiva descoberta, que esconde seus parênteses e mantém o sujeito cognoscente no anonimato. Percorremos até a observação do observador. Desvendamos um sujeito pleno de linguagem, que, a partir de sua práxis, inventa suas descrições do seu mundo. Vimos que afora essa experiência em *autopoiesis*, não há nada lá fora. Sem ode ao solipsismo, com elogio às nossas distinções necessárias, constatamos a mais fundamental de todas: vivemos desde sempre em um ambiente, um ambiente desde sempre nos circunda – é o que nos garante identidade, autonomia, porque somos a unidade da diferença entre autorreferencialidade e heretorreferencialidade. Indicar um dos lados é preciso, observar o todo não!

Cientes de que observadores em sua *autopoiesis* criam a si, por meio de diferença com o seu ambiente, o qual é construído a partir dos próprios sentidos, transportamos essas lições para os sistemas observantes. Não apenas os sistemas psíquicos (cujas operações baseiam-se na consciência), por assim dizer, indivíduos, mas, também e nomeadamente, os sistemas sociais (cujas operações baseiam-se na comunicação) são sistemas observantes constitutivos de sentido, produtores de suas realidades, por meio da *autopoiesis* e autorreferência.

---

[293] Nesse sentido, sobre a formação de estruturas. DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.176.

[294]Sobre o tema reestabilização, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.211 e ss.

Dissolvemos a dicotomia sujeito/objeto, doravante, referindo-se à autorreferencialidade como produto devidamente construído pela distinção sistema/ambiente.

Alcançamos o nível cibernético de observação, pelo qual o observador observa sem se auto-observar (em primeira ordem), não vendo que não vê o que usa para distinguir. Por isso, adentramos no outro observador ao observar o observado (em segunda ordem), para que fosse visto o que não pôde ser visto antes, a forma de dois lados da distinção usada. Poderíamos seguir por outras ordens sem nunca conseguir atingir um super meta observador, senão apenas um nível mais aprofundado, que observou algumas dintinções antes não observadas, mas ainda sim não viu a sua mesma. De cegos a videntes ainda cegos, enxergamos o ponto cego inerente a toda observação, a emergência da latência, em reforço à diluição da ontologia e das verdades absolutas. Consequentemente, insurgiu-se a contingência como autovalor indispensável para a evolução sistêmica e para a redução da complexidade do mundo. Ela é força motriz para o contínuo aproveitamento das irritações ambientais em acoplamento com o sistema, o qual somente se abre cognitivamente para aquilo que lhe faz sentido. Nessa constituição da ordem a partir de ruídos, tudo pode ser diverso, porque o sentido atual é apenas uma seleção que ladeou outras tantas opções não marcadas ainda.

Focamos em sistemas observantes sociais (a sociedade). Abordamos sua unidade mínima, a comunicação. Entramos em uma trajetória comunicacional de refutabilidade à metáfora da transmissão (mera emissão e recepção de informações), pois a entendemos como processo sintetizado em três seleções bastante improváveis. A seletividade da informação, a seletividade do ato de comunicação (emissão/elocução) e a expectativa do sucesso, ou seja, expectativa que a seleção seja compreendida (compreensão, enquanto condição de seguimento, desonerada de pretensão de aceitação e de consenso). Somente quando *ego* distingue duas seleções e gerencia a diferença, ele está em posição de distinguir o ato de comunicação do que é comunicado. *Ego* deve compreender a diferença entre a emissão de *alter* e a seleção de informação.

Finalmente, chegamos ao direito, ao lugar de onde realmente partimos. Retornamos, pois, ao seu início já iniciado de si, a sua paradoxalidade. Como em um *loop* estranho, as estruturas parecem outras, pois, agora, há claridade dos ludíbrios epistêmico-ideológicos do direito moderno. Por isso, nesse contexto revelado acêntrico e policêntrico, o direito assumiu seu posto de subsistema social autopoiético e autorreferencial de produção de comunicação jurídica, encapsulado em seu binarismo algoritmo direito e não-direito. Logo, diferenciado funcionalmente para estabilizar expectativas normativas contrafáticas, por meio de processos

decisórios. Ou seja, nos vazios do transcendentalismo e da lógica racional, sua pseudolegitimação é forjada pela aceitação e internalização de suas (in)decisões judiciais.

Em outras expressões, a positivação do direito acalentou o apreender e o reapreender cognitivamente expectativas normativas, pela simples vigência fática das normas. No vácuo das cargas normativas e pretensões consensuais fundantes, a legitimidade deslocou-se para os mecanismos usados para a tomada de decisão: a norma é funcionalmente esvaziada e a força vinculante concentra-se nos procedimentos decisórios. Frente às tantas demandas sociais, a complexidade deve ser reduzida pela estabilização de expectativas de expectativas, ou seja, estabilização de expectativas de comportamento pela aceitação generalizada das decisões[295]. Se nem tudo são flores, nos restam só as expectativas!

A coerência da noção de *autopoiesis* mantém-se assim: harmonizando a autorreferencialidade do sistema com a generalização de decisões internamente produzidas. O direito encurralado opera fuga no mesmo lugar, rompendo com o exílio por meio de saltos desparadoxalizantes[296] em suas próprias condições fronteiriças. Recolhe-se, narcisisticamente indiferente aos olhares externos, na sua "paradoxite": a decisão valida as normas que fundamentam a sua validade enquanto decisão[297]. Há a reentrada em si. S*erpens nisi serpetem comederit, non fit draco*, ou seja, o direito enquanto não devora a si mesmo, não se faz dragão, não se faz força, não se faz direito. Eis a autofagia do direito: o direito é força que morde a sua própria cauda de força[298] para se fazer válido.

---

[295] Legitimidade apresenta-se, pois, como "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo, ainda, não definidos, dentro de certos limites de tolerância". LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p.30.

[296] A desparadoxalização encontra-se "na aplicação criativa dos paradoxos, na transformação de uma informação infinita em finita e de uma complexidade indeterminada numa complexidade determinada". TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p.24.

[297] "A decisão não é um simples resultado da aplicação da regra, pois assume a posição de metalinguagem em relação à regra, falando desta (tanto descritiva quanto prescritivamente) enquanto sua linguagem-objeto e, dessa maneira, atribuindo-lhe sentido. A regra, por sua vez, não se restringe ao que dela se diz na decisão, eis que, em outra perspectiva, constitui uma metalinguagem enquanto se refere ao conteúdo e à forma de possíveis decisões, inclusive da decisão tomada concretamente, que, assim, se apresenta como linguagem objeto. Entre regra e decisão, há como que uma relação paradoxal de identidade e diferença: a decisão é mais e menos do que a regra, a regra é mais e menos do que a decisão". NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean, LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann** – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p.152-153.

[298] A tradução seria "a serpe que não devora a própria serpe, não se faz dragão", portanto, a força que não vence a própria força, não se faz direito. Os viciados por uma péssima filosofia habituaram-se a ver no direito e na força duas coisas de origem inteiramente diversa, os dois poderes, "como Ahriman e Ormuzd, que disputam o primado sobre a terra; quando a verdade é que o pio Ormuzd do direito e o fero Ahriman da força constituem um mesmo ser; Ormuzd não é mais do que Ahriman nobilitado (Nesse sentido, BARRETO, TOBIAS. **Introdução ao Estudo do Direito**. Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.35).

O discurso encontra nele mesmo seu limite, em seu próprio poder performativo[299]. Há, pois, um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador: entrelaçamentos entre vazio normativo e as indecisões dos movimentos procedimentais, estranheza que somente raciocínios não habituais podem dar conta desse funcionamento. A legitimidade institucional reside apenas na possibilidade de se supor a aceitação do decidido. Umas das porta da lei kafkiana permanece fechada[300], resguardada pela presença-ausente do décimo segundo camelo[301], como expressão simbólica do fechamento operacional e da possível abertura cognitiva do sistema jurídico, representando a unidade dos diversos mecanismos de desenvolvimento dos paradoxos e da desparadoxizaçäo do direito[302]. Eis o modo de

---

[299]Se tivéssemos que formular uma reflexão sobre a função performativa seria: como a relação contextual influi na constituição dos sentidos (relação entre significação e signos) mormente na atividade do observador geralmente de terceira ordem, o intérprete? Como é possível ao intérprete libertar-se de suas identidades, crenças, saberes, intenções discursivas (as suas ou as que supõe serem do legislador, das partes), parâmetros temporais e espaciais do evento? A pragmática vê a função performativa quando a linguagem implica um fazer algo e não propriamente um dizer algo, por isso, afirma ser ela construtora de situações fáticas. O que pressupõe um órgão com autoridade e de um corpo normativo que habilita o emprego desses termos com tal função, no nosso caso, os tribunais. Justamente por ser constitutiva, a pragmática reconhece a relação da influência da práxis da vida e os usos da linguagem nessa constituição de sentidos e de situações fática das decisões judiciais (Sobre o tema, *vide*: WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 66 e ss).

[300] De forma sucinta: Diante da Lei está um porteiro. Um homem do campo pede para entrar na lei. O porteiro nega-lhe naquele momento. O homem inclina-se para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: "Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas, sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro". O homem do campo pensava: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora. Mas, observa o porteiro e acha melhor aguardar até receber a permissão de entrada, passando anos e anos ali sentado. Antes de morrer, faz um aceno ao porteiro e lhe pergunta: "Como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar?" O porteiro percebe que o homem já está no fim e, para ainda alcançar sua audição em declínio, berra: "Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora, eu vou embora e fecho-a" (Para íntegra da história "Diante da Lei", *vide*: KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p.214-215).

[301]Um rico beduíno resolveu dispor por testamento de seus onze camelos entre seus três filhos, a equação testamentária dizia: metade para o primogênito, um quarto para o segundo filho e um sexto para o terceiro. Com onze camelos, a aplicação do testamento era impossível. Um sábio local decidiu que emprestaria o décimo segundo camelo seu para solucionar a divisão, que resultou em: seis câmelos (metade de doze) para primeiro filho, três (um quarto de doze) para o segundo e dois para o terceiro, somando justamente os onze câmelos da herança. O décimo segundo entrou na conta apenas para decidir o indecidível, mas não faz parte decisão em si. Nessa situação, o décimo segundo é tanto necessário e indispensável, como dispensável e desnecessário. O décimo segundo câmelo representa a presença do fundamento ausente, desdobra o paradoxo da operação de forma da decisão. O fundamento do direito é aquilo que o próprio direito diz que é seu fundamento. O grau de reflexividade no direito é tão alto que a sua própria decisão pode ser revista por outra (exemplo, recursos, rescisórias). É tão evidente o paradoxo, afinal, o próprio direito é capaz de dizer que um direito é um não-direito. Sendo assim, qual é o direito que é mais direito que permite dizer que aquele direito é ou não direito? Como desdobrar esse paradoxo? O direito sempre se vale de suplementos, o câmelo que faz presente o inexistente fundamento, o início ausente. (*Vide*: LUHMANN, NIKLAS. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean, LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann** – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p.33-108).

[302]Para um entendimento criativo sobre o paradoxo do direito em recordação de Kafka, Dürrenmantt e Luhmann, *vide*: DE GIORGI, Raffaele. Em torno ao direito – Kafka, Dürrenmatt e a ideia de Luhmann sobre o câmelo. In: SILVA, Luciano Nascimento, DEL BENE, Caterina. **Filosofia do Direito**. Estudos do *Centro di Studi sul Rischio dell'Università del Salento*, Itália, dos profs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Curitiba: Juruá, 2014, p.81-93.

operacionalização desse paradoxo da autorreferência: normas guiam decisões que reagem às expectativas das normas, que se tornam normas quando textualizadas por decisões.

Podemos aduzir que as decisões jurídicas são fechadas, pela referência operativa ao código binário (direito e não-direito), e abertas, pela referência argumentativa às informações exteriores ao sistema jurídico. Cada decisão promove uma série de paradoxos e estratégias criativas desparadoxalização (os necessários décimos segundos camelos). Um fato do ambiente (social) apenas pode ser comunicado pelo direito como conforme ou não ao direito, ou seja, o código direito/não-direito não permite outra indicação. Para atribuir ao fato tais valores, a decisão segue programas normativos condicionais ("se isso, então aquilo"), logo, estes estabelecem aberturas do sistema jurídico às informações do ambiente. Em outros termos, os eventos ambientais são introduzidos no sistema jurídico como conforme ou não ao direito pela decisão jurídica. Porém, a decisão vale-se do suporte da argumentação, já que a própria atribuição pode ser submetida ao direito novamente (decisão pode ser anulada, revista ou reformada por tribunais). Com tal reflexividade, o direito autopoiético retorna a paradoxos: pode ser aplicado a si mesmo, sem que haja como decidir se ele é direito ou não-direito.

Inferimos, pois, que a argumentação jurídica configura a assimetrização de paradoxos, propiciando saltos às referências externas: suportes para o fundamento ausente, criando a presença do ausente, cobrindo o paradoxo da "indecibilidade" (impossibilidade) da decisão. Sendo assim, a incerteza circunda a decisão jurídica, já bastante pressionada pelo *non liquet* (devendo decidir, inclusive, quando não podia, como no caso dos beduínos e seus camelos), que busca recursos argumentativos a valores exteriores para suprir a ausência da possibilidade decisória. É o chamamento do terceiro exclusivamente incluído (em afronta ao *tertium non datur* aristotélico), pelo qual a observação jurídica assume-se pós-ontológica, já que o alheio (valores transcendentes ao direito) é incluído ao sistema de referência, dando a impressão que pertence ao direito. A referência externa, incluída argumentativamente, está e não está simultaneamente no direito (ontologicamente, é e não é!), mas tais valores lógicos externos é que tornam possível a decisão jurídica.

O segredo desses labirintos é manter o truque em segredo. Afinal, assim como o minotauro, que, possivelmente, conhecia a saída de seu próprio labirinto, mas permanecia prisioneiro de seu próprio edifício, o sistema jurídico sobrevive na dependência de sua paradoxalidade. Sendo assim, o paradoxo substitui o sujeito transcendental, há a godelização do delírio das cosmovisões e se aprende que decisões são sempre provisórias, que as razões últimas sempre serão as penúltimas, que os suplementos do direito são alternativos e

alteráveis. O presente passado é a memória do presente futuro enquanto simples expectativa de expectativa do presente sempre presente a si mesmo.

"Não se pode pregar um prego de ferro com um martelo de lã"[303]. A seleção dos caminhos é determinante para a invenção criativa do saber. Por isso, foi imprescindível, explicar todo esse percurso do estrutural construtivismo sistêmico, como etapa metodológica prévia, para seguirmos nos próximos capítulos, em direção às explicações sobre como o titular do bem jurídico-penal, ao se expor perigosamente, pode construir uma estrutura jurídica alternativa no sistema funcional de imputação penal de análise da conduta da vítima de crime.

[303] SERRES, Michel *apud* SEGAL, Lynn. ***Le rêve de la réalité***. Paris: Éditions du Seuil, 1990. p. 144.

3 FUNÇÃO-MEMÓRIA E TEMPORALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO: A IMPROBABILIDADE DE CONSTRUÇÃO EVOLUTIVA DA DOGMÁTICA DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

Se "Deus está morto"[304], como talvez tenha imaginado o insensato homem de Nietzsche, o sistema jurídico sobrevive graças a sua positividade como aquisição evolutiva, que corresponde ao geral aumento da complexidade social. O direito, em resposta a tal complexidade (também, das dimensões das expectativas normativas), aumenta sua complexidade interna, liberta-se dos últimos laços religiosos e jusnaturalistas, tornando-se contingente e estatuído. Essa passagem para um direito positivo – não apenas posto, mas válido em virtude de uma decisão e capaz de evoluir a partir dela – incrementa mais ainda a complexidade e a contingência de estruturas jurídicas[305], por consequência, da dogmática. Em razão disso, "os imprevistos de quem busca o conhecimento são novamente permitidos"[306], porque se assume a conotação estrutural construtivista e a denotação do paradoxo da probabilidade do improvável[307].

Se pensarmos o sobredito a partir de questões, temos: como é possível que a alta improbabilidade de que determinada estrutura jurídica se apresente transforme-se em uma alta

---

[304] No "deus está morto" há a ideia de esvaziamento de valores morais superiores e mesmo do processo de substituição da perspectiva teleológica, das cosmovisões, que predominavam socialmente em relação ao saber em geral. A referência da tese encontra-se em NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Escalla, 1974, p. 149-151 (aforismo 125 "O insensato/louco") e p.241 (Livro V. "Nós, os sem medo").

[305] LUHMANN, Niklas. *Note lessicali. Positivizzazione del diritto*. In: ***Potere e complessità sociale***. Milano: Il Saggiatore, 2010, p.181.

[306] NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Escalla, 1974, p. 242 (Livro V. "Nós, os sem medo").

[307] Sobre o assunto, *vide* DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** FrancoAngeli: Milano, 2008, principalmente, p.169 e ss, 204 e 221e ss. A novidade sobre a probabilidade foi introduzida na física por Ludwig Eduard Boltzmann, por meio de diversos experimentos, um deles sobre a irreversibilidade temporal da maioria dos eventos. O autor demonstra, por exemplo, que o retorno de cartas de baralho ao estado de ordem (sequencialmente de um naipe) é estatisticamente improvável, afinal, há apenas um ou poucos arranjos/compleições (ordenados) entre bilhões de desordenados prováveis (*Vide*: ERWIN, SCHORÖDINGER. Ciência e Religião. In: **O que é a vida?** O aspecto físico da célula vida. Mente e Matéria e Fragmentos Autobiográficos. São Paulo: UNESP, 1997, p.162-164). Tal pensamento influencia Ilya Prigogine, quando dos estudos sobre a termodinâmica do não-equilíbrio, resultando na invenção das **estruturas dissipativas**. Estas promovem **bifurcações**, pontos de encruzilhadas, pontos críticos, em que a matéria pode escolher entre novos caminhos. Assim, em sistemas mergulhados na desordem (entropia crescente), a história configura uma rede de bifurcações, na qual as decisões sujeitam-se às probabilidades, ao contingente (histórico), como **flutuações** (sem fundamentos fixos), podendo ter sido e ser de outro modo. Afinal, pela descrição dos fenômenos físicos, nem todas as possibilidades se atualizam. Com esse caráter probabilístico, repensa-se o paradigma científico do mundo como máquina determinista e mesmo a reversibilidade do tempo. Reabre-se espaço para um diverso tratamento do caos, no qual a **dissipação** não é necessariamente perda de rendimento, mas fator de **criatividade**. Nesse sentido, Prigogine afirma que a matéria em equilíbrio é "cega", pois as moléculas só "enxergam" as mais próximas. Já em não-equilíbrio começam a "ver", surgindo nova coerência pelas correlações de longo alcance. Isso tudo reforça o debate sobre as *teorias científicas como fragmentos cósmicos no tempo*, diluindo-se a noção de verdade eterna (*Vide*: PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996, principalmente, p.135-156, grifos nossos).

probabilidade de que a mesma se preserve?[308]; ou se há a modificação da improbabilidade do seu surgimento em uma alta probabilidade da sua preservação[309], "como é possível que, apesar da entropia ambiental, o direito mantenha-se em neguentropia?[310]; ou ainda, frente à inexistente unidade histórica teleologicamente orientada, como é possível que as estruturas da sociedade – esta como "arranjo altamente seletivo de realizações não usuais"[311] – surjam e resistam, funcionando como normais, quando são, cada vez mais, sobrecarregadas de improbabilidades?[312] Enfim, como é possível a criação de uma ordem jurídica que transforme o improvável em provável e, assim, construa identidade, estruturas dogmáticas (com

---

[308] A evolução não representa progresso planejado, com objetivo conhecido desde o início que informa uma direção a dado escopo. Assim, o conceito de adaptação (assim como a *autopoiesis*), como invariante ou pré-requisito, não como resultado de transformação (de meta alcançada), é inadequado. Do contrário, a ideia de exaptação parece adequada, indicando a possibilidade de que estruturas já existentes (usadas antes para outras funções) sejam cooptadas para uma nova função. Anton Dohrn formulou essa intuição enquanto princípio de mudança de função, segundo o qual uma estrutura podia desempenhar uma função principal e funções secundárias, quando a secundária tornava-se primária, a primária-originária regredia ou desaparecia. Há, pois, uma mudança na função geral e, com isso, toda a estrutura é transformada. Explora-se, assim, a multifuncionalidade das estruturas disponíveis, uma combinação de redundância e variedade: a possibilidade de que a mesma estrutura exerça funções diferentes, uma após a outra. Logo, a nova estrutura é uma antiga modificada pela aquisição da nova função. Conforme, CEVOLINI, Alberto. *Presentazione*. In: LUHMANN, Niklas. ***Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli***. Roma: Armando Editore, 2013, p. 14-15, grifo nosso.

[309] Segundo MARUYAMA (Magoroh. *Toward Cultural Symbiosis. In:* ***Evolution and Consciousness****: Human Systems in Transition*, Reading Mass, 1976, p. 198-213 *apud* DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** FrancoAngeli: Milano, 2008, p. 205): "um pequeno desvio inicial, que está dentro da faixa de uma alta probabilidade, pode se transformar em um grande desvio de baixa probabilidade (ou mais precisamente: um grande desvio que é muito improvável no quadro de causalidade probabilística unidirecional)". A variação é frequente (enquanto ocorrência), no sentido que o sistema sempre está sujeito aos ruídos ambientais. Contudo, isso não significa sua inevitabilidade. O "não" é valor constante de atenção: pode a variação ser selecionada ou não; pode a seleção formar a estrutura que será confirmada ou não, em situações subsequentes. A alta probabilidade da variação acontecer (no sentido de irritar o sistema) implica na baixa probabilidade de sua consolidação (estabilização, que pressupõe, seleção anterior, por sua vez, pressupõe o uso futuro) em estrutura apta a ser considerada (enquanto todo processo de formação e confirmação estrutural) como evolução para o sistema. Ainda, mesmo que essa baixa probabilidade de surgimento da estrutura transforme-se em alta probabilidade de sua estabilidade no curso das comunicações do sistema, esta estabilidade ainda será relativa, fator decisivo para a ideia de neguentropia.

[310] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 326 e 327; ou DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** FrancoAngeli: Milano, 2008, p.170.

[311] A ideia de evolução aqui não significa que tudo se iniciou nas mais remotas tribos e dirige-se rumo aos mais futuristas ("pré-dizíveis") grupos transhumanos para além de modernos, onde a novidade imaginável principal, enquanto desigualdade social, talvez possa ser a distinção entre os que morrem e os que não morrem. Não há, pois, nessa visão estrutural-construtivista a denotação teleológica-linear de evolução social. Sobre o tema na teoria sistêmica. Sobre sentido evolutivo, *vide* LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.172 e ss.

[312] Os fatores variantes que estimulam a inovação aparecem como contrariedade em relação às estruturas existentes. São muitas as cargas conflitivas de expectativas normativas, diante da pluralidade de projeções normativas individuais contrastantes, havendo alta probabilidade de desilusões. Apesar dos conflitos jurídicos apresentarem-se como potenciais fatores de evolução, eles não são (todos) percebidos de maneira a facilitar as soluções de problemas futuros. Assim, o guia na elaboração da experiência vivida não está no mecanismo de variação, mas no mecanismo de estabilização, na formulação regulatória do direito válido. Sobre o tem, *vide* LUHMANN, NIKLAS. *Evoluzione del diritto* (*Capitolo uno*, p.35-60). In: ***La differenziazione del diritto***. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990, principalmente, p.41-49; ou DE GIORGI, Raffaele. LUHMANN, Niklas. ***Teoria della Società***. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 169 e ss.

semânticas próprias, como aquelas referentes à vítima de crime), tempo, memória e, portanto, evolução?

A improbabilidade[313] é mote da *autopoiesis* da comunicação social, por consequência, é guia também de seus processos evolutivos. O princípio explicativo de "ordem a partir do ruído" dá suporte para aproximação a tal ideia. Por meio dele, notamos a circular evolução do direito sobre a base da sua clausura operativa e da sua abertura cognitiva, que juntas estruturam a morfogênese[314] da complexidade dos sistemas envolvidos. O desacoplar-se e o permanecer na clausura operativa (autoprodução de estruturas e comunicações) constroem liberdade interna (autorreferencialidade), suprimem o determinismo ambiental, assim, afastam o desastre entrópico do sistema jurídico. Ademais, o princípio de Gödel – pelo qual um sistema não se fecha sobre si mesmo em uma ordem carente de contradições[315] – é respeitado, afinal, não houve isolamento total: aquele citado "desacoplar-se" pressupôs a abertura (cognitiva) prévia às informações do ambiente (aos desvios de outros sistemas)[316]. Se há identidade do direito, como sistema autopoiético, trata-se, pois, de sua autotransformação recursiva, propiciada pelo embate contínuo entre acoplamento e resistência à desordem (complexidade não-estruturada)[317].

Sobre a base do estado atual da comunicação jurídica – que, quando compreendida,

---

[313] Luhmann indica essa improbabilidade evolutiva que não é cega, nem intencional, nem uma reação ponto-a-ponto aos impulsos externos, mas é circular, porque, por uma parte, reage negativamente às variações dos impulsos externos e, por outra, reaplica a estabilização às motivações de inovações. Com as irritações, o direito pode reconhecer defeitos e com meios próprios reconstrói seu quadro de direito vigente. Essas normas produzem novos conflitos que, por sua vez, podem retornar ao direito, que, assim, realiza sua autogestão evolutiva. Sem norma não haveria conflito, assim a evolução, apoia-se também na interpretação, que realiza nova prova de consistência. Ao adquirir variedade (enquanto heterogeneidade de possibilidades de informações), o direito pode perder redundância (economia de informação, capacidade de reconhecimento de erros), torna-se mais robusto e mais propício a erros, mas volta sempre a gerar reimpregnação de repetições, promovendo equilíbrio estável. Sobre o tema, *vide* LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, principalmente, Capítulo 6 (sobre a evolução do direito), p. 252-253, 260-261, 263.

[314] Como não há mudanças radicais/revolucionárias nos sistemas, mas apenas sua automudança – aquele processo de aumento ou redução de variações comunicacionais (frente a diversas pressões seletivas) entre sistemas, implicando inibição e ativação de eventos (modificação estrutural) – fala-se em **morfogênese** da complexidade.

[315] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 45-47.

[316] O direito criativamente maneja seus paradoxos. Ninguém pode dizer que é totalmente fechado e, por isso, sucumbe-se por contradições. Ninguém pode dizer que é totalmente aberto e, por isso, sucumbe-se por ausência de identidade. Porque ele se inventa, a um só tempo, paradoxal e criativamente fechado e aberto. Assim, pode selecionar o que considera ou não direito das irritações com outros sistemas, mas a partir de seu próprio código comunicacional direito e não-direito.

[317] A não-estruturada seria a complexidade entrópica, desagregada e privada de nexo, por assim dizer, em estado bruto. A formação de estruturas é importante justamente porque utiliza essa desagregação e, por seleção, concede-lhe sentido. Por isso, o conceito de estrutura foca na criação de relações entre elementos, superando a diferença temporal. Assim, as relações adquirem valor estrutural somente porque as relações, de tempos em tempos realizadas, representam uma seleção entre uma multiplicidade de possibilidade de combinações. Estrutura é, pois, a limitação das relações admitidas no sistema, o sentido das ações, o espelho do funcionamento dos sistemas autorreferenciais. Nesse sentido, LUHMANN, NIKLAS. ***Sistemi sociali***. *Fondamenti di uma teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990, p.450.

oferece maiores chances de ser refutada – aumenta-se o número de pressupostos sobre os quais o direito pode se regular. O que torna improvável a igual probabilidade que um determinado ato do comunicar tenha lugar em um determinado momento[318]. Isso indica que a comunicação em si é inapta para uma observação da mudança sistêmica, porque acontece na evanescência do tempo presente[319].

A cada breve nanoinstante, os episódios comunicativos entrelaçam-se, de modo que não se pode ver dimensão diversa daquela momentânea, que tão logo se esvai. São as estruturas sistêmicas que compensam essa fugacidade (essa quase não duração comunicativa), conectando as comunicações, dando continuidade à *autopoiesis*: funcionam de referencial para a observação da evolução. Por consequência, inferimos que todo sentido produzido é constructo evolutivo de si mesmo, sendo, pois, altamente improvável na sua qualidade neguentrópica: ocorre enquanto atualidade produzida de uma seleção (forma) e enquanto possibilidade disponível para subsequentes atualizações (meio)[320].

Sendo assim, as chamadas mudanças sociais ensejam mudanças de estruturas sociais (incluídas aí as mudanças nos susbsistemas, no direito, na sua dogmática). Nessa linha, afirmamos que há plasticidade estrutural diante de rumores do entorno e diante das autoirritações produzidas pelo (e no) próprio sistema. Como não há intervenção causal do ambiente, há sempre autotransformação sistêmica correspondente (1) à distinção-guia (*leitdifferenz*) sistema/entorno, bem como (2) à distinção entre elemento (comunicação) e as chaves de conexão entre elementos (as estruturas). O esforço de resistência do direito tem, pois, como estratégia essas constantes diferenciações, assim, sua evolução refere-se à observação dessas modificações estruturais, dessas recorrentes distinções de distinções[321].

Não há mais um início: as operações reproduzem-se a partir dos seus resultados. Não há mais um fim: cada operação posterior é referencial para a operação subsequente e assim

---

[318] DE GIORGI, Raffaele. LUHMANN, Niklas. ***Teoria della Società***. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 170.

[319] Lembramos que, pela própria base da comunicação, pelo conceito de informação em si, enquanto ocorrência em "curto possível tempo necessário (*specious present*)", as interconexões entre ocorrências comunicativas e o modo operativo alterado aparecem como "memória" apenas à luz de um observador. Se o próprio sistema se reproduz sempre no presente, ele não precisa, pois, de memória para tal feito. *Vide*: LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p.88-89.

[320] Sentido significa que em tudo o que se assinala como atual há "coexpressada" ("coapreendida") a remissão a outras possibilidades inatuais. Assim, todo sentido determinado alude a si mesmo e ao outro distinto (produto de suspensão, *aufhebung*). Dessa forma, todo operar com sentido reproduz também a presença do *unmarked space* excluído, incluindo até o sem sentido presente no sentido como sentido. Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 31.

[321] As estruturas podem parecer estáveis a um observador externo, na medida em que há outras que sugerem sua reutilização. Estruturas condensam-se (em termos de sentido) quando fornecem a direção do sistema (limitando possibilidades, pelo uso repetitivo) ao processo no qual continuamente se passa de uma comunicação à outra. Logo, ocorrem sobre a seleção operada pelo sistema, que pressupõe uma anterior variação na comunicação – o que possibilita a atribuição de uma temporalidade aos estados sistêmicos. Nesse sentido, *vide* DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, principalmente, p.176.

por diante[322]. O direito a partir dessa recorrente rede de diferenciações – com o entorno e entre suas próprias estruturas – consegue manter a complexidade em níveis, por assim dizer, de suportabilidade (complexidade estruturada). É, portanto, essa contínua diferenciação funcional (em suas reintroduções em si), gerada tanto pelos ruídos (desvios de outros sistemas) como pela autotransformação das suas estruturas, que sustenta o direito em neguentropia, em processo de evolução e em formação de sua identidade (autorreferência). Trata-se de um constante jogo de improbabilidades e probabilidades, reflexo da instabilidade/invariância relativa das estruturas jurídicas, que caminham pelos rastros de seletividades e de contingências inerentes às decisões jurídicas.

Nessa dinâmica, as estruturas ou são usadas ou são esquecidas. No direito, específicas probabilidades (que, em certa medida, driblam a improbabilidade) condensam-se na forma de expectativas (são elas as estruturas do direito)[323]. Mas, expectativas são só expectativas, não autenticam segurança, continuam improváveis[324]. Em síntese, isso ocorre da seguinte forma: ante os ruídos provenientes da descontinuidade entre direito e ambiente (outros sistemas), as estruturas normativas pré-existentes reagem negativamente, com indiferença (mantendo-se em redundância), ou positivamente, com introdução da comunicação não prevista naquelas expectativas atuais (expondo-se à variação). Se essa surpresa não é refutada, há a seleção de novas estruturas[325] (internalizam-se os projetos comunicativos de outros sistemas, a variação) que dão continuidade à reprodução da inovação, transformando-a em comando jurídico vigente (ingresso do que era desvio no plano das expectativas normativas), podendo levar à reestabilização sistêmica, se houver seu uso posterior. Nesse ponto chamado estabilização é que a variação torna-se "invariável", buscando novamente a redundância. Esse é o modelo

---

[322] A comunicação acontece ou não. Se efetuada, dá-se sempre no presente, que, recorrentemente, atualiza-se como presente, bem como a rede recursiva de operações ocorre no presente, sobre a base das condições e das possibilidades de conexão disponibilizadas no presente. Somente o observador externo pode fixar a temporalidade (diferença entre passado e futuro). Ademais, resta a simultaneidade (atemporalidade) das conexões comunicacionais que dão sentido ao sistema. Nesse sentido, *vide* DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.180.

[323] A expectativa é o requisito autopoiético para a reprodução da ação/evento, como razão de ser da estrutura sistêmica. O sistema em um dado ambiente sem expectativa, sem estrutura, cessaria, perderia sua capacidade intrínseca de conexão. *Vide*: LUHMANN, NIKLAS. ***Sistemi sociali****. Fondamenti di uma teoria generale.* Bologna: Il Mulino, 1990, principalmente, p.456-457.

[324] DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.170.

[325] Ou conforme a menção Cevolini seria uma pode haver uma espécie de exaptação, a multifuncionalidade ajustada da estrutura a partir de suas distinções (*vide* nota de rodapé 307 desta tese, em referência ao tema, a partir de CEVOLINEI Alberto. *Presentazione*. In: LUHMANN, Niklas. ***Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli***. Roma: Armando Editore, 2013, p. 14-15)

estrutural circular de reprodução do direito, pelo qual, em suma, a complexidade sistêmica é a complexidade estruturalmente possibilitada (contingente)[326].

Dito de outro modo, retomamos a ideia de que o sistema jurídico cria expectativas limitadoras de possibilidades de comportamento (enquanto pontos de vista ou pré-seleções resultantes da comparação entre possibilidades), relacionando-se com a probabilidade de conformidade maior ou menor com o esperado (esperável). As expectativas ensejam decisões que ensejam seleções e, assim, uma contínua formação de contingência e autorreferência do evento/comunicação (que quando rotineiros, nem parecem que são frutos de decisão/seleção/contingência). A manutenção ou modificação das expectativas correlaciona-se com suas atualizações futuras em sucessivas aplicações (ou não), na forma sempre de decisão[327].

Expectativas não certificam que condutas ocorram conforme suas prescrições, apenas estabelecem certas vantagens para aqueles que estão na expectativa sobre tais expectativas. Com isso, cria-se uma função imunizante para o direito, que reduz complexidade com a seleção estratégica de possibilidades, limitando condutas não compatíveis com o rol dessas possibilidades (complexidade estruturada). Afinal, o direito só é direito se houver probabilidades para se esperar o esperável, ou seja, que expectativas normativas sejam expectadas normativamente. Sob esse viés, o direito não protege entes ou coisas, senão protege sua própria função[328] de estruturar normativamente tais probabilidades (expectativas) improváveis (baixas), que podem dar suporte na formação de juízos sobre o que se pode esperar socialmente, como direito e não-direito.

Ressaltamos que, independentemente do que ocorre em concreto, o *status* de jurídico não elimina do horizonte de experimentação outras expectativas, que restam elegíveis ao cargo de normativas. Nesse aspecto, o direito positivo e sua dogmática funcionam como uma

---

[326] A oferta de possibilidades (complexidade) sobrecarrega a seleção. Há, obviamente, incapacidade de consenso absoluto sobre as expectativas normatizadas e normatizáveis. O direito (como todo sistema de sentido) não pode selecionar tudo, ao mesmo tempo, a todo tempo. Para se sobreviver à entropia, manter-se autônomo, ele reage à complexidade (ambiental) com frequente indiferença, mas procura também se ajustar. Isso depende de suas estruturas, porque são elas que ligam as comunicações, que farão sentido ao sistema, elas que permitem ou não a própria seletividade das informações. Assim, o direito estrategicamente, por exemplo, a partir de sua dogmática, cria estruturas mais abstratas, o que não representa indiferença propriamente total a outros subsistemas, senão figuram como um modo de fazer com que outras comunicações possam ser objeto internalizado (a partir de seus próprios códigos) de decisões jurídicas. As expectativas, as estruturas, permitem tanto o engajamento do direito a certas variações, como sua permanência dentro de sua própria lógica identitária.

[327] LUHMANN, Niklas. ***Illuminismo sociologico***. Volume 1. Milano: Il Saggiatore, 1983, p.139 e ss; e LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.118-152.

[328] Aqui, tomamos função como forma de observação do mundo, a partir da distinção entre problema e solução, ou seja, com dois lados também contingentes e abertos, indicando que não há funções *a priori*, mas há resultados como aquisição evolutiva. *Vide*: LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p.591.

espécie de máquina não trivial que, em cada operação, coloca à disposição seu próprio estado e constrói uma nova realidade possível. Os programas condicionais (dogmáticos) servem para destautologizar e desparadoxalizar o rígido binarismo algoritmo: direito é o que é direito, não-direito é o que é não-direito (código pelo código), simultaneamente, "direito é direito e direito não é não-direito, se as condições se conformarem com aquilo que é ordenado pelos programas do sistema jurídico" (código a partir da dogmática)[329].

Assim, critérios adicionais delineiam certas condições aptas a orientar a classificação do valor positivo ou negativo. Esses condicionamentos, em elevada abstração, é a dogmática, são os programas. Eles aderem aos algoritmos direito e não-direito pelo próprio transcurso evolutivo, como enormes dispositivos semânticos e, embora os códigos obtenham simplicidade e invariância ("é direito ou não é, e basta!"), o escopo de seus programas é carregado de complexidade e abertura à variabilidade, ou seja, os programas condicionais são exatamente a reserva do direito (de sua dogmática com direito às suas reticências...)[330].

Em observação à própria aplicação da norma (generalidade da lei *versus* variabilidade de casos) e sua interpretação (construção específica de dado intérprete frente a outras construções interpretativas judiciais), constatamos também uma contingência, sendo esta bilateral: não só casos devem se acomodar às normas, mas normas devem se acomodar aos casos. Frente a essas duas lógicas variáveis (tanto na aplicação, como na interpretação da norma ao caso), a dogmática tenta promover uma estabilização (no senso de reduzir a variabilidade decisional), elevando certos pontos de vista à categoria de dogmas, princípios, conceitos (em nível de abstração de determinações de sentido). Diante dessa recíproca contingência, há mais variabilidade e mais complexidade: a dogmática tenta reduzir a

---

[329] Nesse nível de programação (autoestruturação), o sistema expõe-se a variações temporais e se livra da causalidade da existência de conflitos, determinando ele mesmo o que pode ser tratado como conflito sujeito às suas decisões. Dessa maneira, o próprio sistema cria o conflito, atuando como um "atrator" evolutivo de casos jurídicos e faz sua autogestão. O que pode acarreta crescimento na variedade do sistema e, assim, uma problematização permanente da relação entre variedade e redundância. (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 120-121).

[330] Os códigos indicam, para seu respectivo campo funcional (exemplo, sistema jurídico), o *médium* (sentido) em questão, ou seja, representam um acoplamento limitado (mas frouxo) de possibilidades. O valor positivo sempre simboliza a capacidade de ligação para as operações específicas do meio (no nosso caso, é o sentido do jurídico, do lícito, do que será tido como direito). Enquanto o valor negativo simboliza apenas a contingência das condições (servindo como valor de reflexão, excluindo terceiras possibilidades, à luz de Gotthard Günther), sendo aquilo que dá sentido a pergunta "o que aconteceria com o direito se sempre tudo fosse direito?". Sendo assim, o lado negativo permite ao lado positivo realizar-se, tornar-se possível. Ambos os códigos concorrem em cada operação, pois, caso contrário, a operação não poderia ser coordenada com o *médium* e, eventualmente, nem com o sistema funcional correspondente, ou seja, não se saberia se alguma comunicação é ou não direito, já estaria pressuposto o sentido, no sentido de que tudo é ou de que nada é, o que bloquearia a própria continuidade das operações sistêmicas. (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.282-283).

interação norma e fato, resultando, em contrapartida, em alta variabilidade quanto às possibilidades de decisão[331].

Em palavras diversas, com a elaboração de conceitos e definição de pautas do juridicamente possível (dentro do binarismo direito e não-direito), a dogmática busca uniformizar a aplicação da norma com sua generalização e abstração normativas – enquanto determinações de sentido do direito dentro do próprio direito. Formam-se espécies de plataformas de regulação, criadas para a multiplicidade de casos, aos quais elas se aplicam, como tentativa de evitar uso de critérios não-jurídicos, o que dar suporte também à indeclinabilidade da prestação jurisdicional (*non liquet*). Assim, a decisão de casos concretos ganha um horizonte de previsibilidade, ou seja, respostas semelhantes para casos semelhantes podem ser esperadas, assim como seu reverso. Com isso, intenta-se antecipar, por assim dizer, juízos sobre decisões conforme a utilização de critérios jurídicos, busca-se criar sensações de absorção das inseguranças jurídicas[332].

Dessa forma, a interpretação do material normativo das análises dogmáticas permite não somente reduzir a indeterminação das normas, mas aumentá-las. Nesse sentido, podemos dizer que a abstração concede, pois, mobilidade e possibilidade de evolução da estrutura, porque sempre há espaço para interpretação das experiências normativas frente o presente. A elasticidade do direito é mantida pela compatibilização do direito positivo, que é validado pelas decisões, por meio das interpretações, que podem seguir a complexidade social. Experiências interpretativas, assim, viabilizam a tomada de decisão[333].

Toda essa probabilidade permanece no rastro da improbabilidade. Ainda há dependência do círculo dos processos internos do direito: os seus diversos componentes, como, por exemplo, procedimento e atos jurídicos, norma e dogmática jurídica, operam de

---

[331] O pensamento sobredito é a sombra da reflexão luhmanniana sobre a função da dogmática dentro do sistema jurídico, sobre em que ponto e em que grau de abstrações situam-se as não-negabilidades dos pontos de partida da cadeia da argumentação jurídica e a forma como tal nível repercute nas interpretações daí decorrentes (Sobre o tema, *vide* LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, sobre as partes em paráfrase, p.47-48).

[332] Figura de modo bem funcional essa invenção da proibição de negação de pontos de partida (certas proposições tornam-se inegáveis, por exemplo, no direito penal, princípio da legalidade), pois repercute na argumentação, porque se dogmatiza o material normativo, abstraindo-o e fundamentando-o conforme sua racionalidade como fonte jurídica. O que gera também implicações na práxis, na aplicação do direito, ao limitar ou evitar grandes discussões de postulados dogmatizados, promovendo um horizonte de economia semântica, aquela sensação de certa segurança na interpretação, no próprio direito em si. Ao mesmo tempo, podem ser manejadas com flexibilidade pelo grau de abstração que possuem em termos de abertura de conteúdo (*Vide*: LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, mormente capítulo II *Tesi intorno alla dogmatica,* p. 43-58).

[333] A dogmática do direito não se atém apenas à sua dogmaticidade; não apela somente a si mesma, a sua duração histórica, a sua sensibilidade crítica. Todavia, sustenta-se graças a um contexto de aplicação, que seria muito difícil de se manter sem recorrer à formulação repetível da fixação dos conceitos nas decisões. Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.277.

forma diferenciada, mas, reciprocamente, complementar, sendo a combinação entre eles o que promove a gestão das demandas externas[334]. Essas estruturas guiam as comunicações, especificam escolhas compatíveis com a lógica jurídica, que estabilizadas podem gerar novas comunicações no direito. Porém, todo o processo de conexão entre os eventos comunicativos resta contingente, logo, altamente improvável.

Notamos que o normativismo garante a contínua mutabilidade do direito e a manutenção de sua identidade, pelo princípio temporal: o direito sucessivo substitui aquele precedente; e pelo princípio procedimental: o novo direito é produzido conforme normas procedimentais previamente previstas[335]. A síntese dos momentos normativo-cognitivos (fechamento-abertura) do direito permite sua estabilização, fruto da observação das suas fronteiras, em meio às quais a redundância lhe dá consistência e a variação possível é filtrada, por uma específica seleção, que consiste em interiorizá-la e, assim, a circularidade e a reestabilização seguem seu ritmo.

Com isso, o direito atinge apenas um equilíbrio precário, uma estabilidade dinâmica, se preferirmos, uma invariância ou uma instabilidade relativa quanto aos seus autovalores, ou seja, continua ilhado no seu paradoxo da probabilidade improvável, porque seu estado é constantemente passível de revisão por si mesmo. A comum perturbação ambiental (estímulos à autoirritação) representa uma espécie de provocação evolutiva ao sistema. Trata-se, por assim dizer, de uma espécie de alarme, no sentido quase etimológico do termo ("al-arme", às armas) uma convocação ao armamento: o que pode desencadear sua reação de aprendizagem ou indiferença, visando à manutenção do equilíbrio estrutural (entre si mesmo e outros sistemas, seu ambiente), a já falada não sucumbência entrópica. Assim, insistimos: se afirmamos a existência de uma evolução do sistema jurídico, esta se trata das diferenças produzidas pelos mecanismos de variação, seleção e reestabilização, ou seja, trata-se de uma observação (de segunda ordem) sobre seus estados estruturais assumidos em continuação.

Percebemos que o direito moderno é moderno pela sobrecarga de expectativas e pela positividade enquanto veículo de abertura para o futuro: a seletividade funciona no estabelecimento de consistência/congruência do sentido jurídico. Podemos falar de um direito

---

[334]Em consideração a essa dinâmica, como hiperciclo do direito, *vide* TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 64 e ss.

[335] As normas sociais integram, por assim dizer, as jurídicas e criam um âmbito normativo capaz de se sustentar com certa credibilidade. O que poderia ser dito pela ideia: a estabilização tem uma abordagem normativa, porém seu fundo é também cognitivo. Ademais, a seleção de decisão para resolver um caso inspira-se não apenas em um princípio de certeza formal/decisional, mas em um princípio cognitivamente aberto à consideração das normas sociais. O que poderia ser dito pela ideia: a incerteza das decisões dos operadores mantém-se dentro dos limites de "suportabilidade" social. Nesse sentido, v*ide* FEBBRAJO, Alberto (*et.al.*). **Justiça**. Dos sistemas às redes. Paradigmas da modernidade. São Paulo: Almedina, 2020, p.60 e ss.

de instabilidade controlada, porque cada seleção do direito é um modo de predisposição (constante) à contingência. A positividade, portanto, permite que o direito decorra da seleção promovida por ele mesmo, de modo sua herege vigência encontra-se atrelada a um ato de escolha (decisão) entre outras possibilidades existentes, demonstrando sua revogabilidade ou mutabilidade. Essa é a pagã racionalidade (enquanto símbolo) do direito dada pela contínua reprodução dos âmbitos de possibilidades de suas próprias operações[336].

Assim, "a positivação do direito realiza, justamente, essa situação paradoxal: estruturas de expectativas de comportamento são institucionalizadas, ao mesmo tempo, como invariáveis e variáveis". Logo, a "positividade do sistema jurídico promove a coexistência entre certeza e incerteza": o direito está pronto para resistir às frustrações e pronto para aprender diante das transformações estruturais. Eis a "legalização da transformabilidade do direito" e a onisciência, não mais divina, senão da contingência pela positividade[337].

À medida que chegamos a tais constatações, surgem tantas outras reflexões: como é possível fazer distinções em um sistema em contínua improvável evolução? Como é possível considerar o tempo e uma memória em sistemas desse tipo, aliás, em que sentido há um tempo e uma memória sistêmica? Como é possível a vítima figurar na memória do sistema de imputação penal, aliás, há uma memória de imputação à vítima no sistema penal?

Ora, em antecipação, adiantamos que, o direito é capaz de gerir as relações das normas jurídicas com as regras sociais, mantendo relações reiteradas com os outros sistemas (entorno). Esse modelo do sistema jurídico de entreter relações intersistêmicas – combinando conservação de seus limites (autorreferência) e estímulo a uma ampla esfera de comunicações social (heterorreferência) – somente é possível porque há nas estruturas invariáveis e variáveis uma função chamada de memória ou, visto de outro modo, porque já uma função-memória que faz das estruturas invariáveis variáveis, o que é hábil a temporalizar as atemporais comunicações do sistema.

Além do que, como o sistema não controla efetivamente sua evolução (do ponto de vista histórico-causal), porque vai se tornando cego quanto às suas distinções, com as tantas

---

[336] A semântica da razão e da experiência que deveriam ocultar a representação do direito positivo como necessário é revelada pela contingência das seleções sistêmicas, da sociedade moderna diferenciada funcionalmente. É a variabilidade que fornece os conteúdos de informação ao sistema, ele mesmo, portanto, que constrói as coligações seletivas. Assim, a racionalidade do sistema é a sua capacidade de controlar a diferenciação com o ambiente e não se refere a conteúdos de consciência ou extramundanos. Não sendo nem transcendente, nem imanente, apenas improvável. *Vide*: DE GIORGI, Raffaele. Reflexões sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p.95-97.

[337] As duas citações do parágrafo são do professor DE GIORGI, Raffaele. Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, respectivamente, p.241 e 243; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.238 e 239.

reentradas em si (diferenciações sobre diferenciações); e como apenas atua no presente, para constatar condições do seu estado atual, precisa do citado dispositivo adicional, a função-memória. Ela é que fornece subsídios para as decisões sistêmicas, possibilitando a reentrada do tempo no tempo: das distinções entre passado e futuro (das decisões) nas distinções entre passado e futuro (das decisões), formando os presentes abertos à contingência.

Sendo assim, a aproximação às interrogantes perpassa principalmente pelos temas da reentrada (pela invenção do tempo e da função-memória) e da impossibilidade da decisão jurídica (contingência e latências). O sistema jurídico, ao analisar a norma, que fundamenta a sua decisão, usa uma distinção já usada por ele mesmo (*re-entry*)[338]. Por isso, a decisão jurídica é impossível, é uma espécie de indecisão jurídica. Sua impossibilidade paradoxalmente é o que a torna possível: "somente podemos decidir questões que, em princípio, são indecidíveis"[339].

Em palavras simples, a mutação sistêmica requer avanços pré-adaptativos[340], ou seja, uma decisão jurídica torna-se referência para novas operações jurídicas, se e somente se o próprio direito a tolerar/selecionar dentro de suas estruturas ("pré-decisões/pré-seleções"). Podemos aduzir que tal decisão inovadora será, em certa medida, já esperada (esperável) pelo sistema. Ousamos dizer que a novidade está no passado-presente, que somente se projeta na

---

[338] Insistimos no reforço descritivo dos temas reentrada e decisão impossível, porque o relevante aqui não é a decisão em si do judiciário, senão o "como é possível?" do sistema jurídico produzi-la na forma de distinção dentro daquilo que já foi distinguido. Ora, se observar é distinguir o indicado do restante, produzindo fronteira (*mark*, o próprio observador), ocultando um dos lados (*unmarked space*), a reentrada (*re-entry into the form*) é quando o direito para dizer que algo, por exemplo, correspondo ao lado positivo do seu código, o sentido do lícito, usa de novo a distinção prévia, os dois lados concorrente do código, ilícito/lícito. Se analisarmos o tradicional silogismo, aquela ideia da subsunção, pela qual a premissa maior (lei genérica e abstrata) é aplicada à premissa menor (caso específico e concreto), gerando a conclusão (decisão com seu comando de eficácia), sentimos a contingência e impossibilidade da decisão. Vejamos: a escolha da premissa maior já é uma entre tantas; a delimitação do caso também já implica o destaque de alguns e não todos os seus aspectos; e a decisão, é a imposição de uma ou algumas entre tantas eficácias normativas. Tudo poderia ser diferente, ainda mais se imaginarmos que ao se contestar a tal decisão, usa-se um ou alguns e não todos os argumentos, que leva a outra decisão, entre tantas chances de reformulações e assim por diante. O direito, pois, decide com base em suas estruturas prévias que já haviam usado a distinção direito e não-direito e que vão servir para as próximas distinções nas próximas decisões, nesse sentido fala-se em reentrada para a sua (in)decisão jurídica. (Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, *passim*).

[339] A indecidibilidade no sentido godeliano é o pressuposto para que seja possível decidir (FOERSTER, Heinz von. *Ethics and second-order cybernetics*. In: ***Cybernetics and Human Knowing***, 1/1, 1992, p.14 *apud* LUHMANN, Niklas. *Il paradosso della decisione. In:* ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 108).

[340] Podemos afirmar que as transformações estruturais do sistema, em vez de adaptação ao ambiente, apresentam-se como *preadaptative advances* para complexidades futuras. Isso significa que aquisições evolutivas não surgem porque são adequadas para resolver certos problemas, senão os problemas surgem a partir de prévias aquisições. Na sociedade moderna, podemos exemplificar esses avanços, a partir dos meios de comunicação genericamente simbolizados, a exemplo dos códigos binários sistêmicos e outras estruturas semânticas condensadoras de sentido. Conforme, LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 402-404.

atualização, pois é estruturalmente compatível com o estado imediatamente anterior da rede de operações do mesmo, podendo se condensar ou se confirmar no porvir.

3.1 CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DAS COMUNICAÇÕES JURÍDICAS RECURSIVAS: O ESQUECIMENTO DA FUNÇÃO-MEMÓRIA NECESSÁRIO À TEMPORALIZAÇÃO DA ATEMPORALIDADE SISTÊMICA

"Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem o poderá apreender, mesmo só com o pensamento, para depois nos traduzir por palavras o seu conceito?"[341]. Por enquanto, o que conseguimos intuir desde o fluxo heraclitiano à contemporânea flecha do tempo[342] é que ninguém entra e se banha duas vezes no mesmo rio, porque "as águas do rio fluem. O problema do tempo é esse. É o problema do fugaz. 'O tempo passa no instante em que algo já está longe' (Boileau). Em todo caso, permanece a memória. Essa memória, em grande parte, é feita de esquecimento"[343]. Nesse compasso, resta-nos a sensação de evanescência e, de certo modo, a inquietude agostiniana de saber o que é o tempo, desde que não se requeira sua explicação.

Todavia, podemos conjeturar que, ao menos em termos de sistemas de sentido, o presente por si mesmo é a simultaneidade das comunicações, é a sua própria mutilação, é deslocamento em confusão. Tem vestes de inalcançabilidade: a sua transitoriedade emerge como cadência do escorrer, do transbordar e do borrar os sentidos em miscelânea. A efemeridade do (nano) instante comunicacional é similar ao *átopon:* ente episódico atual e iminente[344], entre o movimento e o repouso, um não-lugar no tempo, mas que se abre para todos os lugares. Metaforicamente, o que se move vira repouso e o que está em repouso vira

---

[341] "(...) E que assunto mais familiar e mais batido nas nossas conversas do que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém mo perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei. Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação, que, se nada sobreviesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existiria o tempo presente" (SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Victor Civita, 1984, p.217-218).

[342] Essa expressão foi cunhada pelo astrofísico Arthur Eddington (1882- 1944) e usada por Ilya Prigogine para representar a irreversibilidade temporal, por meio da qual se pode afirmar que é extremamente improvável que os acontecimentos sejam retroativos. A seta ou flecha do tempo é corolário da segunda lei da termodinâmica, pela qual a entropia nunca diminui. Imaginemos um vaso de vidro que cai no chão e se quebra, trata-se de um processo que envolve o aumento de entropia, afinal, os cacos encontram-se mais desorganizados de modo irreversível (não os saltos dos cacos em busca de união e reformulação do status quo ante, do vaso). *Vide*: PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas.** Tempo, Caos e Leis da Natureza. São Paulo: UNESP, 1996, *passim*; e CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, p.137 e ss.

[343] Trechos recortados de uma conferência de Borges, *vide*: BORGES, Luis Jorge. O tempo. In: **Borges, oral & sete noites**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.66.

[344]"O instante é em si mesmo iminente" LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. Rio de Janeiro: ArteNova. 1973, p.90.

movimento, como uma revelação-relâmpago que não se revela, apenas se descarrega no pressentimento de passagem. Assim, sentimos a ligeira impressão que o presente é o vacilo de sua autossignificação: "entre o era e o será, e a unidade não pode, ao progredir do que passou para o que virá, pular por cima do agora. Imobiliza-se apenas nele"[345].

"O presente não pode mais ocultar seu paradoxo constitutivo, que o torna um tempo que não tem tempo"[346]. O que lhe sobra é a diferença entre passado e futuro, não como intervalo de tempo independente: leva apenas o tempo operacional necessário para observar tal distinção no horizonte temporal. Por analogia, é como um corpo-lúteo, formado temporariamente para desempenhar sua função e se autodestruir, mas continua a ressurgir de suas cinzas em constância. A sua insustentável leveza ou fragilidade apresenta-se como presença sempre presente no presente, perante o impasse episódico: querer "captar o instante-já que de tão fugidio não é mais porque agora tornou-se um novo instante-já"[347]. O passado não existe mais, pois já passou, e o futuro não é, porque ainda nem aconteceu, nem o observador (o sistema) sabe se acontecerá. Todavia, o presente é insistente e continua sua sina, sendo único tempo presente, enquanto não cessa, de nano a nano instante, sua presença.

Desconcertantemente, sentimos que a unidade da atualidade se move em não-atualidade, a partir de não-atualidade em não-atualidade, mas é sempre paradoxalmente atual. Isso não é um simples jogo de palavras, mas é a confusão do próprio presente. Em síntese ocorre da seguinte forma: cada descrição, tanto do que não foi, quanto do que é (porque foi), é operacionalmente feita apenas no presente, que é, por sua vez, de tempos em tempos, atual, mas inclui, de tempos em tempos, horizontes de tempo que aparecem como não-atuais (passado e futuro). É dizer, o presente move-se entre as não-atualidades do passado e do futuro, a partir de não-atualidades dos estados passados em direção a não-atualidades, as projeções de estados futuros. O presente é mesmo esse emaranhado transtornado do movimento, em uma realidade que abarca tudo o que é, ao mesmo tempo, não sendo quase nada de tempo: "é somente não sendo mais e não sendo ainda"[348].

---

[345] KIERKEGAARD, Sören A. **O Conceito de Angústia**. Rio de Janeiro: Vozes de Bolso, 2010, p. 89.
[346] DE GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade do risco. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.228.
[347] "Mas o instante-já é um pirilampo que acende e apaga, acende e apaga. O presente é o instante em que a roda do automóvel em alta velocidade toca minimamente no chão. E a parte da roda que ainda não tocou, tocará num imediato que absorve o instante presente e torna-o passado". "O instante é o vasto ovo de vísceras mornas"(p.16 e 48, respectivamente). LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. Rio de Janeiro: ArteNova. 1973, p.7 (citação no corpo da tese).
[348] *Vide* LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p.127.

Dessa forma, definha-se o tempo newtoniano frente às estruturas dissipativas[349], já que, operacionalmente, há tão somente tempos simultâneos (das comunicações), sem linearidade absoluta, coexistindo com a ambivalência de configurarem quase um não-tempo em decorrência da constante fuga do próprio imediatismo irreversível. Por isso, "o presente, ao gerar essa simultaneidade de todos componentes sistêmicos e projetar, a partir de si, todos os horizontes temporais, continua paradoxal: porque é, concomitantemente, sincrônico e sequencial"[350].

Mediante tais paradoxos, o direito precisa criativamente temporalizar a complexidade, construindo e reduzindo sentidos comunicacionais para si, eis que surgem as questões: como é possível demarcar limites temporais diante de um presente que parece ser a diferença que não tem lugar nem na própria diferença, que lhe é parturiente, entre passado e futuro? Como é possível o direito encontrar, seletivamente, sentidos úteis para justificar suas decisões, diante desse improvável e irreversível presente? Como é possível ao direito memorizar comunicações em tanta probabilidade de efemeridade?

Ora, apesar de não poder observar mais seu início nesse fluxo, o direito, como sistema de sentido, pode se organizar no caos do referido "tudo ao mesmo tempo" e observar o seu estado já iniciado (de si mesmo, em sua constante *autopoiesis*). O truque surge com um poderoso dispositivo adicional: a memória, que pode ser vista como um princípio explicativo ou mesmo um *modus operandi*[351] que dar ritmo às suas estruturas e viabiliza a formação e uso de seus tons semânticos. Nessa cadência, a estrutura jurídica (enquanto expectativa) é uma dimensão pragmática, porque maneja reflexivamente o passado (*a priori* irreversível) com vistas ao futuro (direcionado para a contingência), ao organizar ocorrências, verificando a consistência do que pode e o que não pode ser adiado em suas atualizações.

Assim, o direito inventa sua memória como função que é justificativa de si mesma, pois ela instrumentaliza a criação do tempo como movimentação entre eventos e vale-se do

---

[349]Prigogine, na sua termodinâmica não-linear, descreve a auto-organização em sistemas com aberturas e afastados do equilíbrio, chegando à noção de estruturas dissipativas: "são ilhas de ordem em um mar de desordem". Não há desperdício, há manutenção e, até mesmo, aumento da ordem às expensas da desordem ambiental. Analogamente, entendemos que o direito "flutua na desordem" da entropia externa, sujeitando-se às perturbações ("ordem a partir de flutuações", à luz de Prigogine). Assim, organiza-se a partir de pontos críticos (bifurcações) provocados pela de desordem (os ruídos). Por isso, as estruturas são dissipativas: o processo de auto-organização desenvolve-se no não-equilíbrio da complexidade. O aumento da entropia externa não significa uniforme aumento da desordem sistêmica. Nesse jogo fronteiriço, há um momento de redundância de informação com indiferença ao ambiente (aproximando-se do equilíbrio/complexidade estruturada) e outro de abertura às variações (aproximando-se do não-equilíbrio/complexidade não-estruturada) e busca por novas ordens (Com inspiração em CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, principalmente, p. 69-72 e p.129-143).

[350] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.805.

[351] DE GIORGI, Raffaele. A memória do direito. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.52.

esquecimento, da maior parte destes, como condição para reativação seletiva dos que lhe fazem sentido. A criação do tempo torna-o narrador da evolução do direito contada como história de sua autologia como memória. Sem desprezo do fato de que "todas as afirmações sobre o tempo dependem da sociedade, nas quais elas são formuladas. Os conceitos de tempo são conceitos historicamente conotados"[352].

A memória permite computar e imaginar abstrações temporais, tendo em vista que o que acontece, neste instante, é somente agora, não antes e nem depois, logo, sem ela, permanecemos apenas com a irreversibilidade. Assim, diante da simultaneidade da distinção e indicação[353], a função-memória realiza uma "dessimultaneização" (no senso de *entfalten*, desdobrar ou exigir um componente individualizado) por meio do emprego dos esquemas temporais[354]. Seria a recuperação do olho de *hórus*, as inferências indutivas de provisões de eventos, ou seja, abrem-se horizontes de possibilidades, pela dupla forma (do simultâneo): atual (presente) e o inatual, (passado e futuro).

Dessa maneira, a memória é sempre presente e permite ao sistema ser presente a si mesmo[355]. "Os teólogos podem compará-la a Deus, pois colabora de uma maneira específica para todas as operações, decisões do sistema, em qualquer lugar, em toda parte, na estrutura do esquema de conexão e nos modos operacionais de cada nó desta rede"[356]. Por não ser propriamente um arquivo de sentidos, mas um modo operativo ativado em toda comunicação, funciona como filtro seletivo, auxilia o direito não somente a reproduzir comunicações, mas a intervir diretamente em seus autovalores. Isso significa que o sistema jurídico pode condensar novas distinções para substituir as distinções anteriores esquecidas, ou seja, explorando o potencial livre de não recordar o passado[357].

---

[352] LUHMANN, Niklas. ***Osservazioni sul moderno***. Roma: Armando Editore, 1995, p. 81.

[353] Lembramos que a operação do sistema ocorre na simultaneidade, tendo seu ponto cego no viés de distinção e indicação. Portanto, o cruzamento de um lado para o outro da forma (*crossing* à luz de Spencer-Brown) somente é observada em segunda ordem. Este tipo de observação permite a descrição e marcação do antes/depois, alcança-se a correlação entre elemento (comunicação) e relação que se processualiza entre os elementos (nas estruturas). A seleção e a contingência invadem os eventos, as causas e os efeitos ganham novos contornos, pois parecem andar em círculos (ocorrendo a chamada equifinalidade: o mesmo estado final é atingível partindo de diversas condições iniciais e por diversos modos. *Vide* BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas –** fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2015, p.65 e ss).

[354] LUHMANN, Niklas Tempo (*Zeit*). In: BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social***. Milano: Franco Angeli, 2000, p.219.

[355] DE GIORGI, Raffaele. A memória do direito. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.59 e 62.

[356] Foerster 1985, p.168 *apud* LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 159.

[357] Excepcionalmente, formam-se identidades relativamente estáveis, que evitam que o sistema tenha sempre que começar tudo de novo. Lembrar e esquecer ocorrem sempre simultaneamente. Sem operações conectadas, para capturar identidades e repetições, não haveria nada a esquecer. Mas, sem a capacidade de rejeitar a maioria dos

Diferentemente de "Ireneo Funes, *el memorioso*"[358] borgeano, o qual tinha tudo tão presente em sua memória – de modo a não conseguir viver, por só se lembrar, minuciosa e vivamente a todo tempo, dos fatos de sua vida – a memória sistêmica opera como um circuito de inibição/desinibição[359]. Ao contrário do que se supõe, a lembrança é produto da inibição, logo, o esquecimento é o maior empenho da memória: esquecer libera continuamente as habilidades de orientação do direito para processar novas informações (irritações). Essa fórmula é distante daquela dos gregos em busca da *aletheia* (a pura verdade)[360], como maneira de evitação do esquecimento[361]. Diversamente, nos os sistemas de sentido, é este esquecer a condição de possibilidade para a elaboração da sua realidade presente.

A memória sistêmica funciona criteriosamente na construção de atualizações para as decisões judiciais. Permite uma referência seletiva ao passado (disponibiliza resultados de seleções antes feitas), construída a partir das operações do presente (observa sentidos anteriores ainda com sentido), para dar coerência àquilo que se decide como direito ou não direito. Não é apenas o futuro que pode ser sempre diferente: o passado, sob esse viés, pode ser transformado seletivamente conforme as exigências de coerência e consistência das operações do presente. Por outros termos, as decisões buscam encontrar alternativas no

---

detalhes (que se desviam da identidade lembrada), a faculdade de lembrar logo se sobrecarregaria. ESPOSITO, Elena. *Olvido social: una aproximación desde la teoría de sistemas*. In: ***REVISTA MAD***. Santiago, 2018, p.2.

[358] Texto de Borges, também narrado pelo professor De Giorgi em sua descrição sobre a memória. O conto abra-se com a afirmação "eu me recordo", seguida da advertência que o narrador mesmo se faz, sobre não ter direito de pronunciar esse verbo "recordar/lembrar", porque o único homem que verdadeiramente recordou está morto. Eis Ireneo Funes, um jovem que após um acidente de cavalo sofre paralisia, mas em sua memória tudo era mais que presente. A partir daí, ele se torna o memorioso, pois de tudo se lembrava, não somente das imagens, mas até a sensação térmica muscular o acompanhava a cada recordação. Ireneo morre aos 19 anos de congestão pulmonar. Na verdade, ele morre porque não podia viver, não podia ativar operativamente a possibilidade de distinguir entre o tempo dos eventos perceptivos e o tempo de sua reativação seletiva por meio de seu sistema nervoso. Não tinha condições de construir efetivamente uma função-memória. Somente duplicava o tempo dos eventos e se afundava na caótica indistinção de seu fluir (*Vide*: DE GIORGI, Raffaele. A memória do direito. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.53-54; e o conto na íntegra, BORGES, Jorge Luis. ***Funes el memorioso***. In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p. 51-55).

[359] A memória do sistema não é uma habilidade especial ou competência diferenciada, levantada apenas ocasionalmente, para eliminar dúvidas, por exemplo. Não há células de memória, nas quais o passado esteja registrado no cérebro. Trata-se do oscilar entre inibição e desinibição: se algo deve ser lembrado, quase todo o resto deve ser esquecido (*vide*: LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 158 e 229; e função-oscilação, SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Bantam Books, 1973, principalmente capítulo onze e p.69).

[360] Com a "*Aletheia*", cujo prefixo "a" no grego e em português indica negação ou ausência, os gregos negavam o estar oculto, o ser esquecível, afirmando o seu contrário, a necessidade de se descobrir algo, o revelar a verdade. Era oposta ao "*Léthê*", senso de esquecimento. *Vide*: NAFARRATE, Javier Torres, MANSILLA, Darío Rodriguez. ***Introduccíon a la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2008, p.193.

[361] Somente em casos excepcionais as identidades são condensadas de tal maneira que elas se tornam disponíveis para uso repetido, formando autovalores específicos com certa estabilidade. Somente em casos excepcionais o esquecimento é inibido, porque a memória ao esquecer controla a resistência das operações do sistema contra as operações do sistema. LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.459.

presente, considerando que o passado produziu, para além de estados (como sua realidade atual), contingências e, portanto, outras possibilidades de escolha latentes. Ademais, buscam dar estrutura ao futuro (sem determiná-lo) projetando uma diferença dentro de horizontes abertos.

É nesse prisma que a memória conecta decisões a decisões. Porém, por não conectar cada singular comunicação, a seletividade continua sendo necessária. Assim, ela esquece até a incerteza e segue discriminando entre esquecer e lembrar, varrendo inconsistências e liberando os recursos para processar mais comunicações. Desse modo, o destaque da função-memória não é manter o máximo de dados possível do passado (como armazenamento), mas reduzir a complexidade por meio de um esquecimento contínuo[362].

Portanto, a tomada de decisão exige dissolução de porções do histórico sistêmico, que parte de seus próprios estados atuais. A suspensão do excedente (esquecimento) não funciona para gerar perda de identidade, senão para expandir o tempo: inserir no passado o futuro e no futuro o passado. A partir dessa perspectiva, observamos o presente promovendo a reentrada do tempo no tempo e deixando de ser o único meio de decisões possíveis: as decisões passam a vincular formas de vínculo temporal[363]. É decidindo que a memória do direito discrimina entre esquecer e lembrar continuamente, impregnando-se de si mesma[364]. Nessa toada, o passado e o futuro oscilam, refletem-se um no outro, e, por meio dessas intervenções recursivas, o presente exonera-se da necessidade de, sempre e novamente, determinar tudo a partir do nada, de um grau ou estágio zero em miscelânea.

Ao mesmo passo, a memória funciona realizando provas de consistência (*konsistenzprüfung*), porque impulsiona o estabelecimento do que aparece como realidade, depois de ter processado essa resistência internamente e de maneira auto-organizada[365]. Nessa ótica, "não é a memória que depende do mundo, mas é o mundo de cada sistema que depende

---

[362] Foerster aduzia que uma memória sem tempo é infinitamente mais econômica que um registro isomorfo com o fluxo temporal dos eventos. Por isso, ao "final da sobrevivência é melhor eliminar rapidamente cada aspecto do temporal de uma sequência de eventos, porque em uma cadeia de processos cognitivos o tempo é abandonado assim que possível", resta apenas o que é como é. Conforme, FOERSTER, Heinz von. *Tempo e memoria*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.70.

[363] Luhmann aduz que essa ideia deriva de Korzubsky (1933), que a aplica à comunicação, pressupondo um observador de segunda ordem, porque, por meio da comunicação, o vínculo temporal não vem comunicado, não se torna tema da comunicação. Justamente em razão disso muda quando vem comunicada uma descrição. Conforme, LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p.137.

[364] Constância e transformação representam o compasso do sistema. O lembrar e o esquecer realizam-se em impregnação permanente (reforço): por um lado, com a repetição da comunicação, surge a impressão de familiarização, por outro lado, justamente por ser familiar, esquece-se como era antes. A própria repetição produz lembranças e esquecimentos. Imaginemos o jogo de xadrez: podemos jogar e parar e depois retomar do estágio que deixamos, sem precisar lembrar todas as jogadas e regras usadas para chegar até ali. Conforme, LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.458.

[365] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.459.

da forma e das capacidades da memória". Ela verifica a coerência do desempenho histórico do sistema, de sua própria organização seletiva entre o esquecer e o recordar. "O mundo do sistema, então, é mais ou menos variado e mais ou menos aberto, de acordo com a capacidade e a estrutura de sua memória"[366]. Ela controla incessantemente a resistência das comunicações sistêmicas contra as próprias comunicações sistêmicas, operando com aquilo que foi exitosamente designado e esquecendo o outro lado da distinção – respeitando a função de oscilar entre o lado marcado e não marcado[367].

Percebemos que a temporalização e a reflexividade de expectativas sobre expectativas são consectários dessa forma de memória. Porque expectativas passadas podem repetir-se em novas atualizações na operação sistêmica e servir às subsequentes. Nesse específico caso, é cabível falar em reversibilidade de expectativas, porque o sistema observa suas próprias expectativas e projeta outras de seu mundo circundante sobre si mesmo. Portanto, a invenção da memória serve para operacionalizar estratégias de temporalização, tais como a dogmática jurídica (a Constituição, legislações, contratos, os programas jurídicos condicionais), fornecendo-lhe uma margem de duração, de temporalidade própria.

Na realidade, há uma continuidade sempre presente aparentemente interrompida pela função-memória, que, ao esquecer comunicações (ou reformulá-las), cria a realidade de atuais comunicações, para as futuras comunicações. Há uma identidade cambiável, em sucessão de estados, mas em permanência fugaz. Há desdobramentos de fragmentações em uma recorrente síntese presente. A memória assume quase que uma metáfora do tempo no sistema que é sempre presente. Há um visível empenho, na modalidade tentada, de retorno ao irreversível e de antecipação do incerto. Há uma insistência de junção de lados intocáveis pela ilusão de intercessão que o presente revigora a cada atualização[368].

---

[366] As duas citações diretas constam em ESPOSITO, Elena. *Olvido social: una aproximación desde la teoría de sistemas*. In: ***REVISTA MAD***. Santiago, 2018, p.8.

[367] Podemos esquematizar, em certa medida, as ocorrências do canal da memória: comunicação - uso de referências de sucesso - atribuição de sentido a tais referências conforme o novo uso - atualização e possibilidade de uso futuro. Esse constante reforço de sentido comunicativamente útil, com seu correspondente esquecimento (do que não é útil, lado não-marcado) formam a memória do sistema. Convém mencionar que as funções de memória e oscilação tem como referência a matemática de Spencer-Brown, na qual se admite o chamado estado imaginário: os valores da operação oscilam, as variáveis começam a alternar seus valores de marcados para não-marcados. O sistema já não consegue determinar precisamente seus cálculos. O que na teoria da comunicação, poderia ser entendida como geração de contingência, latência, bem como remarcando a própria improbabilidade da comunicação (SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Bantam Books, 1973, principalmente capítulo onze e p.61-64).

[368] Um observador diria que o sistema aprende e que aprende no presente e identifica no aprendizado uma sequência de comportamentos, pelos quais se estende sua área de cognição. Em uma perspectiva sistêmica, trata-se de requisitos internos de transformação do próprio sistema, é um processo atemporal de transformação. A temporalidade é construída quando o sistema interage por meio de suas distinções com seus próprios estados. Este processo interativo é contínuo, por isso, o sistema é o produto de suas próprias modificações, ele é o seu

Nesse processo recorrente de manipulação das diferenças temporais e de organização das experiências de sentido aptas à reutilização, a memória assume-se como fornecedora de subsídios para as decisões sistêmicas. Portanto, estas nada mais são que projeções de diferenças, construções de conexão entre passado e futuro, correspondendo a reentrada do tempo no tempo[369]: das distinções entre passado e futuro (decisões) nas distinções entre passado e futuro (decisões), formando os presentes contingentes que desaparecem assim que se realizam (restam como passado), e, simultaneamente, projetam-se para a incerteza (restam como futuro)[370]. Eis o mistério das (in)decisões do direito.

Ancoradas pela memória, as decisões convertem a atemporalidade na inversão da temporalidade, ou seja, como se não bastasse criar a temporalização, criam-na também em seu avesso, em seu senso, por assim dizer, anti-horário. Afinal, as decisões veem o passado não apenas como estados irreversíveis, mas como contingência (universo de múltipla escolha) e estruturam, mediante projeções de horizontes, o futuro. Nesse viés, podemos considerar uma reversibilidade temporal em termos de estrutura sistêmica (não da operação em si)[371], a medida que memória reforça a seletividade e a correlação de eventos, expandindo e contraindo (passado e futuro) as expectativas possíveis. A decisão presente configura-se, pois, como uma espécie de portal, como uma estrutura temporária de sentido, que observa a diferença entre passado e futuro, em tendência de representação do processo evolutivo, ou seja, que se revela desaparecendo, ao mesmo tempo, na sua historicidade contínua.

---

resultado. Esse processo não tem começo e não tem fim, por isso, falamos que o sistema não pode observar seu início e final.

[369] Sobre a reentrada de decisões em decisões, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 109 (ver nessa página rodapé n.21) e p. 115-116. Relembramos uma vez mais que o presente promove a referida reentrada, porque seleções passadas, passíveis de uso (no estado atual), já são resultados de distinções (antes feitas entre passado e futuro, com exclusão de tantas outras), logo, a nova distinção permite ao sistema novamente a oscilação. O que significa que se abre um horizonte de passado para o presente, aliviando o custo de ter que começar a decisão como se não houvesse sentido algum (aquele grau zero antes mencionado). É, assim, que sistema cria para si mesmo a situação de esquecer entre operações avaliadas como positivas ou negativas, no oscilar entre autorreferência e heterorreferência, realizando suas provas de consistência.

[370] O sistema confronta-se com um futuro indeterminável (para ele mesmo), mas sobre o qual, em certa medida, se tem acumuladas provisões de adaptação a situações imprevisíveis. O resultado destas consequências de *re-entry* (reintroduções) é a continuação da produção de sentido comunicacional, com confirmação/formação de estrutura e semântica. Aceitando-se tais considerações, torna-se clara a convencionalidade dos conceitos e dos mundos tidos ideais. (Sobre o tema v*ide*: LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.256 e ss).

[371]Como as estruturas apresentam o caráter da reflexividade (estabelecidas por meio de expectativa sobre expectativa), nessa segunda ordem, oportunizam chances de reversibilidade. O que não significa retorno ao passado e contraposição à flecha do tempo, mas apenas possibilidade de atualização de estruturas que ainda fazem sentido para o estado atual do sistema. Logo, o sistema em sua produção de redundâncias permite a repetição, apesar de sempre haver novos sentidos em seus estados, ou seja, recursão das comunicações (passado) e condicionamento da capacidade de coletar e aceitar surpresas (futuro). Por isso, a capacidade de esquecer é a capacidade de selecionar, que produz sempre a identidade do sistema, distinguindo-o do ambiente. Sobre o tema, ESPOSITO, Elena. *Olvido social: una aproximación desde la teoría de sistemas*. In: ***REVISTA MAD***. Santiago, 2018, p.9 e ss.

Verifica-se, assim, a interrupção da atemporalidade das comunicações e a constituição do tempo sistêmico, ao passo, que há o teste de coerência das comunicações, que acontecem em razão daquilo que foi construído pelo sistema como realidade[372]. A tarefa da memória é organizar um equilíbrio mutável de recordação e de esquecimento: esquece-se o suficiente para poder estabelecer novas lembranças e confrontar eventos, confirmando-as ou modificando-as de acordo com novas experiências[373]. O sistema regula as relações de passado e de futuro, de redundância e variedade, de repetição e de novidade, das quais depende também sua capacidade de ignorar ou de reconhecer e aceitar surpresas.

A memória tem um aspecto de negação da negação inscrito na máxima "*ut nihil non iisdem verbis redderetur auditum"*[374]*,* ou seja, ela nega o lembrar, pelo esquecer, para poder lembrar (não esquecer). Assim, ela desafia sua própria criação de temporalização da complexidade, pois concede ao sistema a adaptação à irreversibilidade do tempo, ao seu avesso, às suas reentradas. Todavia, não se perde no controle de resistência das comunicações sistêmicas contra as próprias comunicações sistêmicas, logo, trabalha com aquilo que foi exitosamente designado e esquece o outro lado da distinção – em respeito à sua constituinte correlação de oscilar entre o lado marcado e não marcado[375].

A memória, então, é uma forma de construção seletiva de identidades consistentes para reprogramar eventos recorrentes, propiciando oscilação e cruzamento de limites internos atinentes às distinções usadas no sistema que lhe fazem sentido. Com suas verificações de consistência, o sistema controla a partir de qual realidade ele olha para o futuro. Na formação

---

[372] A diferenciação entre esquecer e lembrar promove observância sobre as relações de consistências entre os estados virtuais sistêmicos, isolando na rede de contínuos re-envios (simultâneos) de modificações de estados, o que pode ser sintetizado como relevante para o novo comportamento. Conforme, DE GIORGI, Raffaele. A memória do direito. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.59.

[373]Lembramos que o esquecimento ocorre inadvertidamente: ele não ocorreria se o sistema não se esquecesse da contínua execução do recordar e do esquecer. Não se pode lembrar de esquecer e eliminar o esquecimento, ou seja, o ato seria lembrar e não esquecer. A memória permite lembrar no presente apenas o que é importante para dar sentido às operações do presente e esquecer todo o restante, todas as contradições, os *nonsenses*, os paradoxos. Assim, o sistema constrói uma história para si mesmo, uma imagem coerente e consistente de si mesmo. Configura um dispositivo de seleção que, pelo esquecimento, aponta o que cabe ser lembrado. *Vide*: LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.458.

[374] Tradução nossa: Nada do que foi uma vez ouvido não pode ser repetido com as mesmas palavras. Essa frase também aparece em BORGES, Jorge Luis. ***Funes el memorioso***. In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p. 53.

[375] Podemos esquematizar, em certa medida, as ocorrências do canal da memória, a saber: comunicação ➔ uso de referências de sucesso ➔ atribuição de sentido a tais referências conforme o novo uso ➔ atualização ➔ e possibilidade de uso futuro. Esse constante reforço de sentido comunicativamente útil, com seu correspondente esquecimento (do que não é útil, o lado não-marcado) formam a memória do sistema. Isso tudo advém da matemática de Spencer-Brown, na qual se admite o chamado estado imaginário ("indeterminação irresolúvel", vide nota de rodapé n.173 desta tese): os valores da operação oscilam, as variáveis começam a alternar seus valores de marcados para não-marcados. Com isso, o sistema já não consegue determinar precisamente seus cálculos com tantas distinções de distinções. Na teoria da comunicação, isso é entendido como geração de contingência, de latência, ou como sinal da própria improbabilidade da comunicação (SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973, principalmente capítulo onze e p.61-64).

de sentido (identidades sistêmicas) recupera-se e antecipa-se o que é utilizável reiteradamente. A memória funciona como motor do tempo, como distinção que é atualizada de momento a momento, dispondo resultados de seleções passadas como estado presente, com o qual tanto o esquecer como o lembrar adquirem importância também para o porvir[376].

Nessa recursividade, o direito expõe-se como uma história do "era uma vez sem fim", porque se autoproduz para seguir se autoproduzindo[377]. Enquanto decisão, opera em retroação, ao considerar o fato como direito ou não-direito. Todavia, cada decisão ocorre no contínuo presente, distinção entre passado e futuro, que suporta o peso de ser sempre uma descrição também do passado, mas figurando como uma nova projeção de futuro. Apesar da inexistência de um *élan vital* justificador nesse processo, essa é uma estratégia do direito, como estrutura de expectativa, que, abrindo margem para especificar a si mesmo, selecionando as relações atuais, reativa e reduze continuamente a insegurança[378].

Indubitavelmente, cada decisão repousa sobre uma dupla dimensão temporal e sobre uma projeção do tempo no tempo, que marcam uma diferença entre passado e futuro. O direito reforça-se como máquina histórica, que, a cada comunicação, transforma-se em outra máquina, e encontra nessa temporalização o fundamento de sua validade. O passado é enxertado no futuro e que o futuro é introduzido no passado. Mediante esses dois horizontes, a decisão determina a si mesma e seu tempo. O direito elabora dentro dele uma temporalização da complexidade, dividindo o tempo de forma a possibilitar uma referência a possibilidades que garantam o escopo de escolha necessário para a tomada de decisões[379].

Em observação a tal paisagem por outra lenta, podemos dizer que, apesar da incerteza jurídico-social, as expectativas possibilitam a reprodução autopoiética ao condicionar o encaminhamento dos eventos a partir da memória Porque é ela que permite ligá-los no horizonte temporal do presente, com referência ao passado e ao futuro[380]. Desse modo, cumpre detalharmos como as expectativas do direito, formuladas pela memória e pelas suas diferenciações entre futuro e passado, sustentam-se e institucionalizam-se frente ao grau de incerteza que absorvem. Afinal, se há memória e, a partir dela, há possibilidade de mudança da estrutura, mas também se há reservas de comportamento expectáveis, é importante tentar

---

[376] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.28-29.
[377] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.238.
[378] LUHMANN, Niklas. ***Sistemi sociali***. *Fondamenti di uma teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 457.
[379] LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 137 e 149.
[380] A referência ao passado soa como argumento histórico, pelo qual se afirma que direitos ou alguma regra jurídica, tem validade desde tempos imemoriais. Já a abertura ao porvir corresponde à previsibilidade do direito quanto à sua mutabilidade, limitando-a juridicamente, por disposições procedimentais ou pela abertura da legislação à influência política.

compreender como as conquistas evolutivas são minimamente estabilizadas, garantindo que a realidade construída jurídica sistêmica e juridicamente seja consistente.

3.1.1 Estruturas e semânticas jurídicas como formas de observação da circularidade evolutiva da dogmática jurídica e do direito

Ao escaparmos do cratilismo[381], conseguimos reconhecer que "o melhor drama está no espectador e não no palco"[382]. "*Le sens est toujours un effet*. O sentido é um produto das operações que o usam e não uma qualidade do mundo devido a uma criação, fundação ou origem"[383]. Assim, o direito é o que é e não um sonho de dever-ser, porque não pode ultrapassar seus limites enquanto comunicação (que, por si só, já é repleta de limitações). O direito é o que ele mesmo, autopoieticamente, define como seu sentido comunicado, que o distingue de um fundo diverso (seu ambiente, outros sistemas), a partir de suas estruturas – condições de ligação/passagem entre comunicações – e de sua semântica – condensação de conteúdos à disposição da informação. Este reino de sentidos (estruturas e semânticas jurídicas) funciona como pré-seleções para o encaminhamento do evento comunicativo jurídico, ou seja, apontar o que é e o que não é direito.

As referidas seleções, enquanto reserva vinculativa prévia (estrutura) ou condensação preservada de temas e de significados (semântica), integram o direito, sua dogmática, e

---

[381] Se no final do célebre diálogo platônico, Sócrates desejou uma boa viagem a Crátilo, em companhia de Hermógenes, longas odisseias e cruzadas foram realizadas sobre a justeza (naturalística) e a convencionalidade da linguagem e das coisas, para além da filosofia da linguagem (*Vide*: PLATÃO. **Diálogo – Crátilo: ou da Justeza dos Nomes/ou Sobre a correção dos nomes**). Apesar de não ser nossa temática direta, não resistimos à tentação de tomar a ideia como metáfora à necessidade de liberação dessa fantasia de cartografia sobre "realidade" e de "essência" de sentido, em desprezo ao que já colocamos sobre inafastável autorreferencialidade do sistema observador e da contingência de suas seleções de sentido na realização de suas distinções.

[382] Machado de Assis em "A chinela turca" (1875), conta que Duarte prepara-se para encontrar sua amada Cecília, quando recebe a inesperada visita de Lopo Alves, que lhe pede opinião sobre um escrito. Duarte começa a ouvir o drama de 180 páginas. Entre enfadonhas narrativas ("na segunda parte morria um dos embuçados, que ressuscitava na terceira, para ser preso na quinta, e matar o tirano no sétimo..."), adormece, perde o encontro e começa a sonhar ser acusado de um furto de uma chinela turca. A partir disso, diversas são as angústias sonhadas com entrelaçamentos com a sua "realidade". Passado muito tempo, Duarte escuta: "Anjo do céu, estás vingado!", era o fim da narração de Lopo. Duarte, ao final, pensa: "Ninfa (...) tu me salvaste de uma ruim peça, com um sonho original, substituíste-me o tédio por um pesadelo (...), uma grave lição: provaste-me ainda uma vez que *o melhor drama está no espectador e não no palco"*. Esse fim fantástico funciona ao desfecho do enredo, ao entendimento da estrutura e do sentido do conto. Só o observador (o leitor) observa essa abertura para o imaginário do próprio personagem, que abre ao observador um novo imaginário, a partir do imaginário do personagem, que não deixa de ser uma ficção. Há várias reentradas da distinção ficção/realidade na realidade ficcional do personagem transpassada para o leitor, exigindo a consideração da autorreferencialidade criadora de sentido ficcional por Duarte (com a frase final), a ser replicada pelo observador-leitor, dando seu sentido ao conto enquanto realidade ficcional, podendo experenciar seu drama. A frase final tem sentido para o sonho de Duarte, que de angustiante passou a alívio, tem sentido para o drama que seria se tivesse ficado acordado ao ouvir a narração enfadonha de Lopo, sendo todos esses sentidos criados pelo leitor/observador que pode dramatizar o sentido do conto (MACHADO DE ASSIS, José. A chinela turca. In: **Papéis Avulsos**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1997, p. 295-303).

[383] Tradução nossa: "o sentido é sempre um efeito" DELEUZE, Gilles. ***Logique du sens.*** Paris: 1969 p. 87 *apud* LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 27-28.

encontram-se sempre sujeitas às modificações evolutivas (mesmo que em ritmos diversos). Afinal, a probabilidade de conseguirmos, ao menos, balbuciar as premissas de "O idioma analítico de John Wilkins"[384], de concebermos apenas um mísero protótipo de "O Golem"[385], ou mesmo, de só ensaiar o canto de "A rosa"[386] borgeanos permanece improvável.

Se se aproximar da sobredita grandeza ficcional já é de difícil acesso, atingir a realidade final do direito não se distancia também de uma remotíssima hipótese de improbabilidade. Dessa forma, por mais que a organização do direito seja invariante, operando de modo enclausurado, seus sentidos sujeitam-se à variabilidade cognitiva de suas estruturas e semânticas, as quais se revestem de permanência precária: "nas letras da rosa não está a rosa"[387]. Se até a própria função-memória, como antes esboçado, que disponibiliza tais estruturas, o faz para uso momentâneo, apenas para preservar a seletividade e reduzir as possibilidades de enlaces comunicacionais, seria uma estranha autoilusão dos sistemas

---

[384] Borges escreve um belo ensaio paródico "O idioma analítico de John Wilkins", em alusão a *An Essay towards a Real Character and a Philosophical Language* (1668) do polígrafo inglês John Wilkins. Na referência, o próprio Wilkins tratava de uma suposta linguagem artificial sem irregularidades, nutrindo vãs esperanças de solucionar o problema da *confusio linguarum* (como tentativa de redução da complexidade babélica). No texto borgeano, há uma síntese desse "glosar" uma linguagem universal, na qual "as palavras do idioma analítico (...) não são toscos símbolos arbitrários; cada uma das letras que as integram é significativa, como foram as da Sagrada Escritura para os cabalistas". As palavras assumiriam a função de entidades autossuficientes, expressivas das propriedades (essência) passadas e futuras da coisa. Trata-se do velho problema das classificações em geral, o autor vale-se da enciclopédia chinesa, por exemplo, para a categorização de animais. Mas, Borges, mesmo admirando o esforço de Wilkins, alerta: "a impossibilidade de penetrar o esquema divino do universo não pode, contudo, dissuadir-nos de planejar esquemas humanos, mesmo sabendo que eles são provisórios" (BORGES, Jorge Luis. O idioma analítico de John Wilkins. In: **Outras inquisições**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 121-126).

[385] "O Golem", no hebraico moderno "o imbecil/tolo", inspirado em "*Der Golem*", de Gustav Meyrink (1915), aparece no *El libro de los seres imaginarios* (1967) de Borges, segundo o qual, a origem da história remonta ao século XVII e conforme as fórmulas cabalísticas perdidas, um rabino construiu um homem artificial, o Golem, para que tocasse sinos na sinagoga e fizesse o trabalho pesado. Este levava uma vida vegetativa até dada noite, em que devido uma inscrição mágica, posta atrás dos dentes, e graças às forças siderais universais ele entrou em frenesi. Assim, saiu destruindo tudo que encontrava, até que o rabino o deteve e retirou aquele selo dos dentes que o animou. Conforme Borges, da criatura restou somente a figura de barro precária, que ainda hoje é exibido na sinagoga de Praga (BORGES, Jorge Luis. ***El Libro de los seres imaginarios***. Buenos Aires: Emecé, 1978, p.31). Já no poema "*El Golem"*, Borges resgata essa manifestação mística judaica da cabala (que remete a "As grandes correntes da mística judaica" de Gershom Scholem) e a discussão de Crátilo ("o nome como arquétipo da coisa; **já nas letras da rosa está a rosa**"). Aborda a criatura sem linguagem, que não se completa pelo possível "erro na grafia ou na articulação do Sacro nome", sendo só "aprendiz do homem". Logo, refém de uma rede sonora ("como todos nós", inclusive), tornando-se deformidade, com inúmeras limitações, pelas quais o dizer não é confiável (BORGES, Jorge Luis. O Golem. In: **O outro, o mesmo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.72-73, grifo nosso)

[386] Para não dizer que não falamos das flores (como na canção do paraibano Geraldo Vandré), a rosa sempre é alvo dessa implicação signo/significante/significado. De Shakespeare (Romeu e Julieta, "se a rosa tivesse outro nome, ainda assim teria o mesmo perfume") a Borges (a Humberto Eco, que também retorna a Borges, e tantos). A referência traz o poema A Rosa, que comunica o incomunicável drama da não-representatividade, no original: *"La rosa, la inmarcesible rosa que no canto, la que es peso y fragancia, la del negro jardín en la alta noche, la de cualquier jardín y cualquier tarde, la rosa que resurge de la tenue ceniza por el arte de la alquimia, la rosa de los persas y de Ariosto, la que siempre está sola, la que siempre es la rosa de las rosas, la joven flor platónica, la ardiente y ciega rosa que no canto, la rosa inalcanzable*" (BORGES, Jorge Luis. *La rosa*. In: ***Fervor de Buenos Aires.*** Buenos Aires: Emecé, 1923, p.6, versão digital).

[387] Alusão em inversão a um trecho grifado do poema "*El Golem*" de Borges, citado supra nota n. 378 desta tese.

observantes (autoformadores de seus sentidos) a crença sobre a existência de identidades absolutas. Os limites do mundo são os limites da "autodescrição do mundo no mundo", bancados pelos sistemas, que se fecham operativamente porque não podem abraçar toda a abertura complexa do mundo. Por isso, eles constroem esse *umwelt*, o mundo como mundo circundante, como mundo do (e construído pelo) sistema, como seu ambiente, aquele passível de ter a complexidade estruturada, de onde o sistema "apreende" o que lhe faz sentido. Logo, "toda orientação é construção, é uma distinção que se atualiza de momento a momento"[388].

O sentido comunicacional reveste-se, pois, de uma perspectiva temporal, sendo um fenômeno que aparece como um excedente de possibilidades de experiências (viver/agir). Assim, o sistema jurídico tem constantemente múltiplas possibilidades de experimentação, mais, inclusive, do que as que podem ser atualizadas. Porém, como se trabalha com a seleção e a temporalização do sentido, o que se "semantiza" são horizontes de um mundo. Este, então, não é *universitas rerum* (uma unidade totalizante de entes), mas um complexo de remissões semânticas das comunicações sistêmicas[389]. Por isso, falar em último horizonte não é nada mais do uma *contradictio in adjecto* ou oximoro: é inconcebível a apreensão (fenomenologicamente) do mundo como unidade e cada horizonte recortado traz em si "um para além do horizonte".

Dessa forma, por mais que a organização do direito seja invariante, operando de modo enclausurado, seus sentidos sujeitam-se à variabilidade cognitiva de suas estruturas e semânticas. Quando tratamos de variação, enquanto mecanismo evolutivo, lembramos que esta não é mudança pronta, não é a evolução por si só. Trata-se meramente da elaboração de uma opção desviante, para uma correlata seleção de sentido. Assim, a seleção não implica somente que o evento será "de tal modo e não diversamente", mas aparece como continuidade da variação acontecida antes no sistema. Isso pode parecer uma simples obviedade, porém há

---

[388]Sem falar que toda descrição parte de um ponto de vista exterior ao mundo, ou seja, não é o cosmo de todos os cosmos que realiza suas distinções, já há a limitação evidente da autorreferencialidade do observador, que atua na construção limitada daquele, como se pudesse ser um metaobservador. Ademais, se a distinção-mestra do sistema observador é aquela entre sistema/ambiente, todo o sentido remete para mais sentido. Os sistemas de sentido aparecem, por assim dizer, como uma defesa da contingência, do tempo, da resistência à complexidade extrema (Sobre o tema *vide*: LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2007, p.28).

[389] Notamos que Luhmann, ao tratar de sentido, inspirou-se em Edmund Husserl e sua fenomenologia, apesar de entender a ideia de horizonte a partir da contingência e divergir quanto ao sujeito/consciência transcendental, desenvolvendo a autorrreferência. Isso porque o sentido não corresponde a uma referência (do objeto, do signo), mas indica um evento no tempo, como seleção e produção dentre múltiplas possibilidades. Ademais, rechaça as ontologias, pois o relevante está na dinâmica das distinções do sistema observante como "remissões" (*Verweisungen*), que transcendem o atual, o dado, constituindo leques de chances. Sobre o assunto, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.106 e ss; LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p.81 e ss; ou DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p.44 e ss.

nessa evidência a ideia de concepções em correspondência (variação e seleção), aliás, aponta a necessária recursividade sequencial nessa relação, que encontra, como vimos, a teoria da evolução como contexto justo de aplicação[390].

Por inferência, podemos visualizar que há uma implicação circular ou reflexiva entre comunicações (elementos) e estruturas (seleções de seleções), estas só podem ser criadas ou mudadas pelas comunicações que, por seu turno, especificam-se diante daquelas (das estruturas jurídicas). Nessa linha, ao se pensar na formação da própria estrutura e da semântica, não cabe fantasiar conceitos jurídicos como produtos da descoberta da coisa em si, posta e acabada. Tal possibilidade de "condensação seletiva e de generalização corrobora com a ideia de que aquilo que se distingue do outro se designa como o mesmo"[391]. As identidades formuladas (signos, objetos empíricos, frases, números etc.) socialmente tão somente funcionam para ordenar recursões, de tal maneira que, em todo processamento de sentido, é possível recuperar e antecipar o que é utilizado reiteradamente, dentro dos limites de consistência sistêmicos (especificamente no sistema jurídico, conforme os algoritmos direito e não-direito e os programas condicionais).

A estrutura da sociedade complexa afirma-se como uma estrutura de expectativas. Estas se encontram na direção da improbabilidade de sua observância (de ausência de consenso absoluto) e da alta probabilidade e risco de desilusão, logo, apontam para o futuro e suas incertezas. É o subsistema parcial do direito que se diferencia não como mecanismo de integração ou controle social, senão de constituição de modos que mantenham sua *autopoiesis,* mesmo frente aos referidos desapontamentos perpetrados contra suas estruturas.

Para tanto, o direito generaliza simbolicamente sentido por meio de normas jurídicas. Significa que o sistema formula um certo "alívio que consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas normativas"[392]. Trata-se apenas de um seletivo alívio, porque se sabe que "nem todas as possibilidades podem ser congruentemente generalizadas, ou seja, normatizadas, institucionalizadas e identificadas em um contexto fatual"[393]. A preocupação do direito (em termos de segurança) refere-se à manutenção das expectativas em si, enquanto expectativas de expectativas, apenas secundariamente preocupa-

---

[390] A variação produz uma diferença, um desvio do usual. Esta diferença pode levar à seleção favorável ou contrária à inovação. Na realidade, essa bifurcação é inerente a toda comunicação. Conforme, LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 355-356 ou DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 43 e 194-197.

[391] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.29.

[392] LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

[393] Quem teve sua expectativa frustrada assegura a si mesmo a perseverança em sua expectativa, assegura à sociedade que o direito ainda vigora. *Vide*: LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.123 (para a citação no corpo da tese) e p. 125 (para o exposto aqui em rodapé).

se com o preenchimento delas por meio do comportamento esperado. A coerção que importa ao direito é a obrigatoriedade de selecionar expectativas, que até podem vir a motivar imposição de determinados comportamentos[394]. Por isso, apesar de o direito multiplicar possibilidades de comunicação e reforçar as expectativas de comportamento, "a comunicação jurídica apenas aumenta a margem de insegurança socialmente suportável"[395].

Nesse contexto, a semântica torna-se relevante, porque indica justamente a condensação e a confirmação do sentido jurídico, verificada por meio da sua repetição e de sua relativa estabilização na forma de tais expectativas generalizadas. Esse é o percurso da composição de uma estrutura de duração dinamicamente estável, enquanto representante de sedimentação de sentido histórico-cultural (como é o caso dos meios de comunicação simbolicamente generalizados[396]). Com isso, reproduz-se a distinção entre operação e observação: a primeira pela reprodução das comunicações jurídicas (da *autopoiesis* do direito), e a segunda, por meio da descrição das comunicações.

Podemos afirmar que o sistema vale-se dessa uma reserva de temas disponíveis para a comunicação como escudo às pressões de diferenciações. Estes artefatos semânticos (patrimônios conceituais ou contextos descritivos) configuram aquisições evolutivas mediante os quais a ideia de direito e não-direito é representada. A partir disso, o direito pode procurar por si mesmo as suas autoimagens, ao mesmo tempo, demonstra os temas aos quais ele se sensibiliza e se interessa ou não. Sendo assim, não se trata de um mero reservatório, porque fornece uma orientação para a observação em si do direito, ou seja, a partir da semântica é possível sentir a linha de pensamento e de referências de sentido estabilizados, que a tradição reforça e isola em relação às pressões do ambiente. São, pois, autodescrições simplificadas, como conjunto de formas, que podem ser utilizadas para seleção de outros sentidos[397].

---

[394] O direito não é primariamente coativo, é apenas aquele alívio para as expectativas. O alívio significa uma eficiente indiferença contra outras possibilidades, ou seja, uma eficiência seletiva redutora do risco da expectativa contrafática. Nesse sentido, LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

[395] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Comunicação de massa. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

[396] A exemplo dos códigos binários de cada sistema, como direito e não-direito. Tais meios de comunicação simbolicamente generalizados são construções de identidades na variedade do fluxo de vivências das experiências sociais. A generalização supõe essa variedade (há tanto potencial de surpresas que se generaliza, a forma, assim, opera em variadas situações), o simbólico supõe essa unidade (indica a própria função, a unidade do símbolo com a função). Portanto, são mecanismos que fazem provável a improvável comunicação, favorecendo sua aceitação, porque lhe dão sentido, servindo para ordenar outras comunicações. *Vide*: NAFARRATE, Javier Torres, MANSILLA, Darío Rodriguez. ***Introduccíon a la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2008, p.175-196; ou LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 245-309.

[397] DE GIORGI, Raffaele. Reflexões sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 83.

As estruturas jurídicas, como formas de sentido e necessidades da evolução social, aumentam a complexidade sistêmica. O direito e as experiências sociais vinculam-se pela função da estabilização de expectativas normativas, por meio da regulação da referida generalização congruente (coerente) do sentido[398]. Dessa maneira, o direito oferece, por assim dizer, certo prognóstico sobre as expectativas com ou sem respaldo social, realizando sua função imunizante frente a problemáticas temporais resultantes da comunicação social[399].

Nesse viés, o direito comporta-se como uma máquina histórica: um sistema computado por suas próprias estruturas, sendo capaz de recombiná-las para inventar continuamente uma realidade adequada ao seu estado presente. Tal processamento vale-se de seus próprios patrimônios de informação (as sobreditas semânticas), mobilizando seus estados sistêmicos passados e processando as informações construídas, para lidar com casos novos. Sua historicidade não advém, portanto, de referência à semântica de outros sistemas (seu entorno), senão é reflexiva: refere-se a si mesma, com recomeço sempre demarcado a partir do estado atual de suas próprias comunicações [400].

Com essa temporalização histórica da comunicação pela memória sistêmica, a semântica jurídica promove a incorporação da normatividade, pela ideia de repetição, oferecendo ao direito, um aparato conceitual simbólico autológico. É a evidência de que as estruturas basearam-se na própria comunicação social (de prática recursiva), sedimentando parâmetros de identificação (de formação e de utilização) normativa como código jurídico. Na verdade, propicia-se uma economia temporal para a ordem jurídica: seu produto de sentido do passado presentifica-se no ponto cego do presente e possibilita expectação de futuro. Eis o retrato da própria função do direito, de garantir o que se determina como expectativa normativa[401].

Mutações na semântica são correlativas às mutações na estrutura da sociedade, do direito. As semânticas, nesse sentido, configuram-se como autoconstruções da estrutura. A variação na estrutura envolve uma variação adicional nas relações entre comunicações: os

---

[398] Por isso, são tão caras as dimensões de sentido. A título de recordação, a saber: a temporal, com a normatização, criando normas jurídicas que são "imunes" às desilusões, no sentido de que não aprendem com elas, mas se reafirmam; por meio dos instrumentos de absorção da frustração, desde a indiferença às sanções rígidas, mantendo-as, apesar dos desvios; a social, que estabelece um consenso pressuposto, terceiros em geral sustentam em tese a expectativa, por meio dos contratos e outros procedimentos existentes na ordem social; a material que fixa pontos de referência abstratos, para que haja constância entre as diversas expectativas concretas, formulam-se restrições mútuas, a partir de quatro critérios de identificação, pessoas, papéis, programas e valores, sendo ais pertinentes ao direito os papeis e os programas (Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 66 e ss).

[399] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, principalmente, p. 182 e 188-189.

[400] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.425-426.

[401] LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p.172-174.

níveis de seletividade e de contingência (de tais relações) podem mudar. Isso significa que pode haver uma mudança evidentemente no nível de complexidade. Essa mudança requer uma mudança na semântica, uma vez que ela tem a função de orientar a comunicação, deve, assim, seguir mudanças na complexidade, derivadas das mutações na própria estrutura. Com isso, sente-se propriamente a circularidade dessas relações: a mutação da semântica depende das mutações da estrutura, permitindo a ocorrência de novos *slogans* de comunicação e novas tipificações de significado[402].

A concepção de reconstruir sentido ocorre, pois, em decorrência correlata da predominância de determinadas distinções coordenáveis a partir de estruturas, com determinadas formas semânticas. A semântica é, simultaneamente, o produto duradouro de dada estrutura e o que torna provável sua própria duração. As estruturas enquanto critérios de seleção manejam a semântica, já que favorecem a conexão e as referências entre operações sistêmicas produzidas e cristalizadas em seus estados[403]. Não há semântica sem que haja estruturas a tornar razoavelmente provável a manutenção da operatividade sistêmica.

As recursões remetem-se ao passado, a sentido já conhecido, reafirmam a contingência das operações, cujos resultados estão disponíveis na atualidade, porém, insistimos: não atingem origens míticas fundantes de nada em absoluto. Também, ao se referirem ao porvir, endereçam a possibilidade de observações (infinitamente numerosas) ao mundo como realidade virtual – que não se pode saber se será alimentada por algum (e qual) sistema, em sua operação de observação. O estado atual sistêmico torna-se, nessa perspectiva, reflexo da comunicação do instante anterior e serve à próxima comunicação. Dessa forma, podemos dizer que o direito se auto-observa em sua experiência precedente, reatualizando sentidos, a partir do presente estado, para produzir a estabilização das expectativas de comportamento. É o mesmo que afirmar que o direito cria o passado-presente comunicativo segundo exigências presente-futuras comunicativas, em seu estado comunicativo sempre presente.

Por essa capacidade de ligação simultânea entre comunicações[404], na alta redundância da atividade do direito, retornamos à ubiquidade da memória sistêmica, a qual viabiliza e influi na mudança ou consolidação de estruturas e semânticas jurídicas. A partir disso, o

---

[402] LUHMANN, Niklas. ***Struttura della società e semantica***. Roma-Bari: Laterza, 1983, p.20 e ss.
[403] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006, p.426.
[404] O entrelaçamento temporal das comunicações jurídicas serve para a fixação de sentido, pelo uso destinado à repetição. Assim, a formação da semântica gera comunicação socialmente diferenciada, pela condensação e confirmação, o que garante reconhecimento em contextos diversos e excedente de remissões de sentido que força à seleção. Ao buscar estabilizar expectativas, o direito reduz a contingência da limitação da contingência, limitando horizontes de liberdades. Normas jurídicas retratam um emaranhado de expectativas simbolicamente generalizadas, referindo-se ao invisível futuro. LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedade***. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.184-187.

sistema jurídico depara-se com modalidades reconhecíveis de tomada de decisão, como material preliminar de sentido (técnicas de construção de casos já experimentadas), que se tornaram plausíveis pela chancela do próprio sistema jurídico.

Em linguagem diversa, o direito por meio da sua memória pode atualizar estruturas (e semânticas), recriando uma acessibilidade ao mundo de informações pela decisão. Assim, ele se orienta no caminho daquilo que construiu e constrói como realidade para possibilitar suas comunicações. Os horizontes temporais de mundos inativos podem ressurgir, tornando contemporâneo o não-contemporâneo, fazendo as latências girarem novamente no campo de disposição atual dos conteúdos jurídicos. Assim, criam-se chances presentes de reutilizar esquemas de sentidos aptos a orientar a ação normativa e judicial do momento. Em um senso mais amplo, podemos dizer que sem a velha distinção realidade/discurso, afasta-se a restrição própria de uma observação de primeira ordem. Com uma perspectiva construtivista, passa-se a enxergar a descrição social como resultado de operações sociais, ou seja, também como observações, logo, sujeitas a outras observações de segunda ordem[405].

Em suma, por meio dessa diferenciação estrutura/semântica, o sistema realiza sua auto-observação por meio de uma comunicação (semântica) sobre sua própria comunicação (estrutura). Tal recursividade retorna a repercutir na morfogênese, na formulações das aquisições evolutivas, na diversificação e montagem ou desmontagem de estruturas e da dogmática jurídica. Portanto, a assimetrização temporal das comunicações pela memória funciona como relevante engrenagem à *autopoiesis* sistêmica. Ela influi na construção circular-evolutiva-histórica-autológica da estrutura e semântica jurídicas, por consequência, da própria dogmática do direito – tema que detalharemos em sequência.

3.2 DOGMÁTICA JURÍDICA MODERNA: A COPRESENÇA DA INCERTEZA E DA CERTEZA NA CONSTRUÇÃO DOS PROGRAMAS CONDICIONAIS

De maneira diversa do que realizamos até então, começamos esse tópico em um tom de lembrança às formas relativas ao "como" se pensava o saber jurídico quanto à vinculação a lei e à atividade do intérprete na construção normativa, ou seja, quando da realização do processo jurídico-dogmático de sua aplicação e interpretação aos casos concretos.

---

[405] A distinção estrutura/semântica trata-se de uma influência da ideia de Reinhardt Koselleck, como forma de expressar a mudança histórica, por meio dos conceitos e da linguagem, usada para descrevê-la. Todavia, na visão luhmanniana, a estrutura semântica atrela-se à estrutura social, por isso, a sociedade pode se auto-observar (em segunda ordem), em função da diferenciação dos subsistemas. Semântica refere-se, pois, à história das ideias e à forma pela qual elas (as ideias) materializam-se na estrutura da sociedade, logo, há aquela implicação de circularidade, de recursividade, entre semântica e estrutura social. Sobre o assunto, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Struttura della società e semantica***. Roma-Bari: Laterza, 1983, *passim*.

Sendo assim, historicamente falando (e de modo bem sucinto)[406], pelo método cartesiano de aplicação do direito, o intérprete limitava-se à norma. O ordenamento jurídico, antes fragmentado no antigo regime, ganha pretensão de univocidade a partir de noção de dogmas fundamentais da legislação. Da natureza das coisas, deduziam-se leis universais e a lógica-dedutiva restringia normativamente o legislador. Se a lei era racional, porque fruto da ciência sobre o mundo, o juiz devia ser somente a *démodé la bouche de la loi*. Foi a pretexto desses moldes literais que Pórcia, apesar de sua artimanha, concedeu a Shylock o preciso direito de arrancar do mercador de Veneza tão somente uma libra de carne, nem uma gota de sangue a mais[407]. Eis a acrítica conexão chamada de formalismo jurídico hermenêutico, a Escola exegética.

Porém, a inflação legislativa desse momento do positivismo clássico leva à constatação de antinomias e frustra esse racionalismo de irrestrita vinculação do juiz à legislação. O processo dogmático continuou incerto, os materiais jurídicos (textos legais, decisões, contratos etc.), não sendo autoaplicáveis, não fixavam objetivamente a reconstrução interpretativa. Esse fracasso da ciência da legislação cede lugar à ciência dos juristas[408]. Neste pensamento, o direito também seguiu exposto ao risco da variabilidade interpretativa, pois a reconstrução de seu sentido gerava divergências quanto à composição do material jurídico, às

---

[406] Para não incorrer nas armadilhas de falar sobre Hamurábi, incorrer no risco de divagações históricas sem propósitos, como nos alerta o professor OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, *s.d.*).

[407] A trama desenvolve-se em torno de Bassânio que pede a Antônio (o mercador) um empréstimo para cortejar Pórcia. Antônio por estar com seu dinheiro comprometido recorre ao judeu Shylock, oferecendo-se como fiador de Bassanio. Shylock, ofendido por Antônio em outras situações, com vingativo, acorda a clausura pela qual, em caso de inadimplemento, Antônio deve pagar com uma libra de sua própria carne. É, nesse contexto, que Pórcia, por interesse amoroso em Bassânio, transveste-se de jurisconsulto, conduz estratégica e parcialmente o julgamento de Antônio, valendo-se da ideia de que o contrato não prevê nada a mais para além de uma libra de carne. Para a íntegra da obra, SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. São Paulo: Martin Claret, 2006. Ressaltamos, como bem lembra Jhering, um legítimo pandectista (versão tedesca da exegese francesa), no caso do mercador há clara restrição em nível de absurdo dos fins da lei (retirar uma libra de carne pressupõe sangue), o que não invalida nossa metáfora para discutir a segurança jurídico-dogmática (*Vide*: JHERING, Rudolf von. Prefácio. In: **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.21).

[408] A ideia dos juristas era identificar padrões de repetição, das regras gerais, promovendo abstração e unidade sistemática para vinculação à norma. Isso significa que tanto a ciência da legislação, como a dos juristas eram variações do formalismo jurídico. Mas, visualizamos uma passagem da teoria do conhecimento racional cartesiano (que levou à filosofia de Montesquieu, ciência da legislação), recepcionada pela Escola exegética francesa e do movimento de codificação, para a ciência dos juristas, ensejando a Escola histórica do direito, a doutrina pandectista e a jurisprudência dos conceitos. Sobre o tema, detalhando o método histórico de Savigny, o naturalista de Jhrering, *vide* DE GIORGI, Raffaele. A ciência. In: Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 39-81; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.27-72. É com o naturalismo de Jhering e a noção de "interesse" (pelo qual o jurista teria que presumir o interesse do legislador ao elaborar a norma), que o sistema recebe uma observação interna, como conhecimento da realidade social, da prática dos tribunais, deixando de ser meramente um sistema de conceitos tornando-se um sistema de ações, o que permite a problematização funcional da dogmática. Conforme, LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.36-37.

conclusões sobre dados particulares, às interferências sobre princípios etc. É nesses meandros (de subjetivismos, de voluntarismos etc.), que o jargão "a doutrina é uníssona" assiste a difusão de outro: "a jurisprudência é dominante". Porém, sendo ululante, mesmo nos dias de hoje, a ausência de precisão sobre o "até quando" dura o "dominante".

Frente à incapacidade de orientação de condutas específicas, em razão do elevado grau de abstração dos textos, emergem algumas reações, como o chamado cientificismo de guerra. Este alega que a realidade jurídica não se encontra na atividade espiritual do legislador racional, mas nas manifestações sociais. Se a vinculação à norma é um engodo, compete ao jurista recolher material da realidade, realizar uma espécie de análise empírica voltada para dados reais, para fatos sociais[409].

Todavia, o método desse cientificismo equiparava-se ao da ciência dos juristas, já que tanto as normas e como as diretrizes sociais representam abstrações de observações sobre casos isolados e particulares. O cientificismo apenas inventa uma insustentável carga retórica em cima da distinção entre indutivo e dedutivo, quando não há sistemas de pensamento exclusivamente fixos em um dos lados (afora a metafísica!). Dessa forma, podemos dizer que há certa indução nos textos jurídicos formais (baseiam-se em premissas normativas) e a via indutiva (do cientificismo) por si só não é capaz gerar enunciados universais. Afinal, "independentemente de quantos cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos" (Popper). Logo, se o cientificismo extrai dos dados sociais as conclusões cognitivas que serão legitimadas por princípios jurídicos abertos; e os juristas inferem do material jurídico existente os enunciados gerais, que serão confirmados pela Constituição, o percurso dessas duas técnicas é o mesmo: da natureza à Constituição. Se quisermos falar em diferença propriamente, essa pode ser encontrada na definição sobre o que é essa tal natureza: se fatos sociais ou se direito positivo[410].

---

[409] Inauguram-se, assim, tendências como realismo jurídico, análise econômica do direito, Escola do direito livre e estudos jurídicos críticos. Para detalhes sobre cientificismo conservador (interior do próprio racionalismo clássico, buscava restabelecer a ciência da legislação), cientificismo de guerra (termo em alusão ao "comunismo de guerra", aos três primeiros anos da revolução soviética, em que se buscava destruição das estruturas do antigo regime) e crítica científica (desde lições kelsenianas às descrições luhmannianas), *vide*: GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo, SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha, BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**. A função social da dogmática hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p.213 e ss.

[410] A citação de Popper e as demais críticas ao cientificismo de guerra (do qual surgiram tendências desde o realismo jurídico à análise econômica do direito, da escola do direito livre a estudos jurídicos críticos) que alegava ser mais adequado seu método indutivo de consideração das relações sociais na análise do direito, constam em GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo, SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha, BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**. A função social da dogmática hoje. São Paulo: Saraiva, 2010, p.214-215.

A partir disso, o que se verificou foi um processo de "principiologização" do direito, que, na verdade, só amplificou ainda mais a insegurança da pretensão de vinculação à norma e de escolha interpretativa[411]. Nesse cenário, emerge a chamada crítica científica, que, nas precursoras lições kelsenianas[412], descreve a função interpretativa como um delineamento de possíveis significações de uma norma jurídica[413]. Reconhece-se, na interpretação autêntica, por exemplo, a possibilidade de alternativas, admitindo incorporação de novo sentido. Com os multiversos de normas, já não se deve falar mais em uma única interpretação correta.

Ora, se o temerário futurismo (distópico) do "Admirável Mundo Novo" [414] huxleyano ainda não nos dominou, para o bem e para o mal, a segurança jurídica continua apenas como uma meta (improvável). Se nossa sociedade não é ainda quase perfeita, controlável e previsível – apesar de já dispormos de bastante tecnologia de vanguarda de controle (e de

---

[411] Interessante que essa enxurrada de princípios nos remeteu ao humor de Groucho Marx, que para não perder a pilhéria era incisivo: "esses são meus princípios, se não gostarem, tenho outros". Contemporaneamente, assistimos a uma pululação de álibis "principiológicos" de todos os vieses, a pretexto de se aplicar a Constituição, como se fossem aptos para resolver todo e qualquer caso concreto. Mesmo que, nesse feitio, contornos absolutamente alheios sejam aplicados, contrariamente àquilo que havia de redundante e minimamente condizente com a Magna carta, construído como realidade consistente de sentido jurídico. O que demonstra a problemática existente sobre a unidade do direito na sociedade moderna.

[412] Em Kelsen, cria-se uma estrutura escalonada e hierárquica, em que a norma inferior concretiza sentido da superior, reduzindo os múltiplos significados, em eliminá-los. Hoje, parece que essa é uma estratégia bem contrária ao que assistimos com o processo constitucionalização (Sobre Kelsen e seu positivismo, *vide*: DE GIORGI, Raffaele. A ciência. In: Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p. 82 e ss; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.73 e ss).

[413] Assim, o direito positivo (linguagem-objeto) estabelece uma relação de correspondência com a ciência do direito (metalinguagem) tanto a partir da função prescritiva da linguagem: a norma jurídica é definida como um esquema interpretativo do mundo, já que um fato apenas torna-se jurídico quando é conteúdo de uma norma; como, pela função descritiva das estruturas jurídicas (das normas): dá-se a mutação da norma jurídica em linguagem-objeto da ciência do direito e desta linguagem em metalinguagem. (ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p.68-69).

[414] Platão tentou sua República e desagradou aos poetas. Thomas Moore idealizou uma paradisíaca ilha, mas sem lugar, chamando-a Utopia. John Stuart Mill e Greg Webber (em os Discursos ao Parlamento Britânico, 1869) constatou a desconcertante distopia: não só não conseguimos formular sociedades perfeitas, estáveis, felizes, mas reproduzimos seu avesso. Nesse caminho, o britânico Aldous Huxley, publica em 1932, o seu *Brave New World*, rico em possíveis leituras, dentre as quais: ironiza a criação de uma sociedade quase perfeita, situada em Londres, a 632 anos depois de Ford, substituto de Deus no livro. A população é fabricada pelo método bokanovsky (interrupções do desenvolvimento do ovo), como que em linha de montagem, com base em castas de alfas até ípsilons; e desenvolvida com a técnica hipnopedia, o condicionamento de uniformização, evitando questionamento de leis, gerando estabilidade social. Mas, nem todos os meios garantia a felicidade, por exemplo, Marx, um Alfa-Mais, com seus pensamentos críticos e desejando mais liberdade, por se sentir escravizado, é considerado subversivo e recebe a droga soma controlando seu nível de felicidade (evitando "desalienação"). Outro personagem, Bernard convida Lenina, uma Beta-Mais e John (filho do diretor do centro de incubação com uma habitante da reserva, concebido por métodos naturais) para irem à Reserva de Selvagens, ligar não tocado pela bokanovskização. Lá, todos conservam costumes atrasados: reprodução sexuada, família, línguas extintas (espanhol) e é aí que John fica conhecido como "O Selvagem", pois passa a ter contato com variações, como Shakeaspeare e crenças cristãs, contingências suprimidas do Novo Mundo. A partir disso, os desvios de informação (arte, literatura etc.) de John (ele mesmo) apresentam-se como risco, semântica que deve ser aniquilada do reino artificial da segurança, o que ocorre mediante o suicídio de John. Assim, mantém-se os níveis de expectativas seguros pela ilusão de inexistência de riscos (*Vide*: HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2001).

alienação) – o direito, nela inserida, não é lugar de sentido jurídico "geneticamente programado", menos ainda nossos intérpretes. A todo tempo, o sistema jurídico e sua dogmática deparam-se com um "Selvagem", como situações que lhe apresentam inúmeras perturbações e possibilidades de variações. Por isso, o direito é apenas um espaço de construção de alternativas juridicamente mais desejáveis que outras, uma estratégia de redução da insegurança e dos riscos das decisões a níveis socialmente toleráveis, o que nada tem a ver com o afã de verdade e certeza científicas.

Diante dessa brevíssima trajetória sobre os limites de certos precedentes sobre o pensamento dogmático, pelo critério de vinculação à norma, impõem-se, como de costume, algumas reflexões, quais sejam: como é possível manejar a improbabilidade do direito, a incerteza da dogmática, promovendo segurança em relação às expectativas normativas? "Como é possível construir vínculos com o futuro, se os autovalores produzidos na sociedade moderna assumem a forma de contingência?"[415] Como funciona atualmente a construção dogmática, a construção de sentido normativo, frente à incerteza jurídica?

Sem delongas, "a dogmática jurídica permite a legitimação do poder no direito, garante o seu funcionamento, sempre irrestrito, com a ficção de um limite racional", assim, "garante uma fantasia de segurança jurídica para um poder ambivalentemente limitado e irrestrito"[416]. É essa suposição de um legislador racional e de uma ordem jurídica com os mesmos atributos, afirmando o caráter neutro da atividade judicial, que compõem as bases constitutivas desse efeito de segurança[417]. Porém, essa inebriante promessa da cega confiança jurídica, arquétipo envelhecido e superestimado entregue à dogmática moderna, não mais se sustenta, porque a dogmática revela-se, cada vez mais, "prisioneira da própria fantasia que cria condicionando seus próprios limites e possibilidades; isto é, seus *déficits* e excessos funcionais"[418].

Apesar das funções latentes e das assumidas pela dogmática, o direito, enquanto sistema de sentido, necessita de um patamar decisório com alta capacidade de agregação, que sirva de referência para outras tantas decisões. As condições do juridicamente possível, as possibilidades da construção jurídicas de casos jurídicos encontram justamente nessa dogmática o lugar de suas formulações. Assim, a dogmática jurídica apresenta-se mesmo

---

[415] DE GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade de risco. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.2

[416] WARAT, Luis Alberto. O outro lado da Dogmática Jurídica. In: **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.174.

[417] WARAT, Luis Alberto. Sobre a dogmática jurídica. In: **Sequência**, CPGD-. UFSC, n. 2, 1982, p.33-55. Florianópolis, 1982, p.48.

[418] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: escorço de configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.42.

como o nível abstrato, por meio de seus textos legais, conceitos e suas teorias, ao lado dos princípios derivados dos tribunais[419].

A topografia da dogmática é um "entre-lugares", é uma intersecção entre a norma e o caso, a fim de congruentemente estabilizar as expectativas, causando uma medida de certeza em relação às decisões (e simetria do código), mas flutuando pelas incertezas que movem o procedimento de sua legitimação[420]. Compete-lhe manejar a contingência bilateral entre indeterminações do alto grau de abstração dos programas condicionais e da alta variabilidade de casos – especificando referências e critérios capazes de definir sentidos, ou seja, uma previsão de quais expectativas comportamentais serão incluídas ou excluídas do sistema jurídico. Mediante a interpretação de textos e experiências, a norma é respeitada (inegavelmente) como condição de partida, porém não é peremptória, apenas atualizável pelo intérprete. Logo, "não é uma rótula (*trait d'union*) que fixa norma jurídica e aplicação/interpretação", sua função é só transversal a essa operação, no incremento da decidibilidade do sistema jurídico e na redução relativa de suas indeterminações[421].

Percebemos que ela demarca campos de atuação e estabiliza expectativas, enquanto parâmetro para novas decisões, especificando o conteúdo dos programas decisórios e indicando condições para a escolha do valor do código comunicativo (direito e não-direito). Esta é sua prestação de certeza, mas abre espaço para dúvidas, questionamento, ativação de alternativas desconhecidas, logo, incertezas suportáveis. Assim, representa autoabstrações conceituais e instituições de regulação do sistema jurídico, tornando maleável a massa dinâmica de normas, para além da inegabilidade de pontos de partida nas cadeias de

---

[419] Nesse sentido, MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. In: **Revista de direito comparado**. v. III. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p.443-444.

[420] Sobre a incerteza do procedimento *vide*, LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 46 e 53.

[421] LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.46, 50 e, para a citação literal, p.57. Nesse ponto, Luhmann abre a discussão sobre a função da dogmática no sistema jurídico pela perspectiva crítica da imposição da não-negabilidade dos pontos de partida da cadeia argumentativa (proposições *a priori* não discutíveis). Lança a questão reitora sobre a que nível de abstração situam-se essas não-negabilidades quando se tornam ou tomam a forma de dogmas? Se a dogmática não deve servir a si mesma, mas à vida e ao direito (como dizem os teóricos quase em unanimidade, alerta Luhmann), em que de fato apoiam-se? O interessante para Luhmann é se fixar mais nos resultados de abstração que na limitação visual da dogmática: não se deve apenas criticar as limitações de horizonte dos dogmas em si, mas observar essas abstrações relacionadas às liberdades de interpretação que elas mesmas tornam possível. A sua função, como serva do direito, deve ser ponto de partida e não a conclusão de sua crítica. É muito óbvio criticar o hermetismo e dizer que a dogmática deve auxiliar a vida, sociedade e tal. Deve-se pensar em trabalhar com suas funções positivas: vislumbrar que, "através do modo de organizar dos pontos inegáveis de partida, o desfrutamento de testes e de experiências elevam-se ao nível de flexibilidade", que por vezes é mesmo necessário. Por isso, a dogmática não tem a função de fixar aquilo que é estável, mas de tornar possível uma distância critica do objeto no organizar uma faixa de consideração, de motivação, de critérios de ponderação de relações mediante a qual o material jurídcio pode ser minimamente controlato, tornando-se utilizável nas operações que o jurista deveria a partir disso realizar.

argumentação. Isso porque as normas jurídicas e realidades materiais são contingentes bilateralmente[422]: exigem operações de interpretação. O que pode indicar flexibilidade sobre as diferentes esculturas da Vênus de Milo e não apenas sobre as diferenças entre as Vênus de Milo, variantes da obra grega[423].

De todo modo, as decisões vinculam os casos à previsão normativa, respostas semelhantes para casos semelhantes e seu inverso para casos diversos (assim, busca-se a consistência/justiça), antecipação de decisões possíveis, conforme a utilização de critérios puramente jurídicos. Por isso, afirma-se que, em tese, a dogmática "circunscreve procedimentos que conduzem a autoridade à tomada de decisão", como sínteses de sentido, abreviação simbólica para a integração de situações concretas, absorvendo, em tese, riscos de falha da autoridade, por pré-moldarem certo grau de certeza quanto ao sentido normativo[424]. Porém, sem representar "uma prisão para o espírito, mas, ao contrário, um aumento de liberdade no trato com textos e experiências vinculantes"[425].

Nesse diapasão, vale-se, "por uma parte, de um núcleo conceitual estável, indiscutível (dogmas) e, por outra, de uma flexibilidade de pensamento (interpretabilidade, declinabilidade e discutibilidade) do referido núcleo, a fim de mantê-lo nas distintas e mutáveis situações"[426]. Ao passo que cria a necessidade de "dogmatizar" dados normativos (com a inegabilidade de pontos de partida), para fundamentar uma racionalidade (do legislador) dos textos jurídicos, não vincula peremptoriamente a adesão ao conteúdo (mutável) das próprias normas com as

---

[422] Com base na leitura de LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, *passim*. Mas, destacamos o capítulo segundo "Teses em torno à dogmática" (*Tesi intorno alla dogmatica*, p.43-58).

[423] Se entregues três blocos de mármores a três escultores diversos, provavelmente cada um produziria esculturas de Vênus de Milo peculiares. Os intérpretes, a partir do texto, constroem suas normas, não necessariamente usando o recurso de repetição de julgados já prontos de outros tribunais, não necessariamente, em nenhum dos casos, seguindo os caminhos constitucionais e dogmáticos tidos como consistentes. Porém, diferentemente deles, as obras dos referidos escultores poderiam ser "perfeitamente identificáveis como tais": como esculturas que seguem o quadro da obra greca Vênus de Milo, embora com qualquer "curva do ombro mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos". Eros Grau, em outros termos, parafraseando Kelsen, afirma que aquelas Vênus dos escultores fundam-se, portanto, dentro de uma moldura grega originária – não significa que são **a** Vênus de Milo, senão **uma** das Vênus possíveis, mas não escapam de **dentro da moldura** da obra grega. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, "Mais de uma vênus de Milo IX" e p.28-29, grifos do autor). Analogamente, a dogmática parece querer se situar aí nesse espaço de potência involucrada no texto (evidentemente que hoje, sem hermetismo), formando um certo núcleo ou viés de sentido que sirva à atividade do interpréte. Este deveria identificar e a coligar tais respostas à realidade do caso. Todavia, o que vislumbramos, atualmente, é uma aproximação do estado propriamente de criação daquele estado de potência do texto por parte do intérprete. Parece mesmo que os "gabaritos" dogmáticos – velha herança dos glosadores dos digestos jutinianeus (*littera boloniensis*) à modernidade – são invalidados por uma super "licença poética" dos intérpretes da própria modernidade.

[424] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1980, p.84 (citação direta), p.16 (paráfrase).

[425] LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.39 e ss.

[426] VIEHWEG. Theodor. ***Topica y filosofia del derecho***. Barcelona: Gedisa, 1991, p.101-102.

decisões (atividade dos intérpretes). Não há congelamento de sentidos nas estruturas e as semânticas jurídicas *ad eternum*. Não há sentido unívoco entre sistemas observantes. Apenas neutralizam-se os conflitos em forma de módulos abstratos, interpretáveis, definíveis e/ou decidíveis juridicamente.

Partir de conceitos, teorias, princípios, por assim dizer, dogmas (inegáveis) torna-se tão somente uma condição e não uma reprodução definitiva da norma geral e abstrata (que possui um campo gigantesco possibilidades de descrição)[427]. A tentativa de diminuir arbitrariedades (insegurança jurídica) na aplicação e na interpretação do direito (redução de complexidade) caminha na sombra da incerteza. Afinal, a improbabilidade é uma das marcas da redefinição semântica das estruturas (contingentes) do direito na sociedade moderna[428].

A rigorosidade e justeza de conceitos últimos cede lugar para o corte na realidade, a seleção de aspectos facilitadores da tomada de decisão. Enquanto seleção formadora de abstrações dos programas condicionais, a dogmática não opera com valores unitários (jusnaturalistas) e verdades últimas. As noções jurídicas clássicas baseadas nesses centros de certeza não mais atendem às demandas da complexidade. Nesse caminho, a dogmática apresenta-se como construto evolutivo em razão do binarismo algoritmo do direito e do não-direito, dessa rigidez do código lícito/ilícito, emergindo como uma plataforma responsiva às inseguranças do procedimento da decisão e à variabilidade do direito posto[429].

O cenário da dogmática moderna pode ser pensado da seguinte forma: há uma sobrecarga de expectativas (estruturas de sentido), enquando modelos de experiências e de comportamentos, que norteiam o esperado (aliás, esperável) e, assim, constituem a base do direito. Essas estruturas trabalham com alta carga de abstração para tentar manter a orientação mesmo em caso de frustração. À medida que aumenta a complexidade, aumenta-se ainda mais essa abstração (para tentar reduzir a incerteza de mais variabilidade de condutas). Porém,

---

[427] LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.45.

[428] Com base nisso, indivíduos formulam previsões sobre as decisões esperadas. Mas, o direito não se baseia em consequências, se fosse assim, os indivíduos teriam que fazer previsões sobre previsões, uma verdadeira missão impossível. O pensamento sobre consequências requer reflexão e abstração dogmáticas adicionais, devendo-se considerar o esquema de distinção regra (casos comuns) e exceção (casos diversos). Assim, podem-se institucionalizar margens não marcadas ("não-direito") socialmente necessárias, flexibilizando o "proibido" sem desmoronar a esfera do "permitido". É assim que se justifica a exceção: as consequências indesejáveis podem ser fator distintivo para se extrair a exceção de uma regra. Decisões podem ser tomadas com base em critérios indeterminados e mutáveis caso a caso. LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.75-76 e 79.

[429] Sobre segurança e insegurança jurídica, *vide***:** LUHMANN, Niklas. *La funzione del diritto. Sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?* In: ***La differenziazione del diritto***. *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna, 81-102; sobre a procura da verdade *vide*, LUHMANN, Niklas**. Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p.23-27.

ocorrerá (e não se pode evitar, porque é consequência também desses aumentos) o próprio aumento do campo de desilusão (quanto maior o espectro de expectativas maior o espectro de frustrações). O que sentimos é um embate entre modelo de experiências e de flexibilização para evitar desapontamentos em demasia. Essa é a busca constante do direito de desdobrar seus paradoxos: estabilizar expectativas normativas contrafáticas e alterar entendimentos para reestruturar a complexidade interna. O direito assume esse paradoxo, completa-se a positivação e nesse ponto reside o mágico truque: as estruturas dogmáticas possuem capacidade seletiva (sem eliminar interesses não normatizados naquele momento) e função normativa (não aprendizagem com os fatos)[430].

Mediante esse quadro, apesar das expectativas normativas não estarem dispostas a aprender com desilusões, elas se submetem a seleções, logo, abrem-se à contingência, significa que o não-aprendizado está sujeito sempre a seleções. Desse modo, o direito positivo apresenta-se como a variabilidade do invariável, em que o não-aprendizado (expectativas normativas) aprende (pela contingência) sem deixar de não-aprender (continuando com sua normatividade contrafática). É a "copresença da certeza e da incerteza, para opor resistência às desilusões, mas também com energias prontas para aprender". Com isso, reforçamos a visão de que "a verdade não é contingência e a não-contingência entendida como verdade normativa da razão não encontra espaço na epistemologia do direito posto"[431].

Por outras expressões, a multiplicidade interna gerada pelos programas restringe-se ao algoritmo direito ou não-direito, seleciona-se entre várias possibilidades o que é conforme ou não. A seleção reforça a contingência, a possibilidade do diverso é institucionalizada e com ela a disponibilidade de aprender (a incerteza). Mas, permanece a clausura operacional (autorreferência) frente à fluidez do programa. A abertura cognitiva só é possível graças ao código, bem como a resistência do código só é possível graças à flexibilidade do programa. A certeza reside na indeclinável decisão baseada no direito ou no não-direito, mas o resultado é, por assim dizer, lotérico[432]. A decisão judicial confirmará um lado, resta esperar para saber

---

[430] Pelo viés da contingência normativa, também o professor DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, respectivamente, p.240 e ss; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.237 e ss

[431] Sobre o tema, DE GIORGI, Raffaele. Ciência do Direito e Legitimação. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, p.241; versão italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.238 (primeira citação literal) e p.19 (segunda citação literal); versão em português, p. 241 e p. 31, respectivamente.

[432] "Através do direito aprende-se a não aprender. O espaço de calculabilidade da expectativa se refere ao fato de que se fará direito; o que não pode garantir qual direito"(DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.28.

qual[433]. "A positivação do direito realiza justamente essa situação aparentemente paradoxal, nas qual estruturas de expectativas de condutas são institucionalizadas, como invariáveis e variáveis"[434].

Com isso, regressamos a tão falada reentrada como fator de "história" e de "evolução" do direito[435], agora, sendo possível observá-la tanto pela forma do non liquet da decisão judicial, pelos lados da certeza e da incerteza implicados reflexamente. Assim, há garantia de decisão, mas o conteúdo é incerto, diante das diversas possibilidades interpretativas. Essa é a reintrodução da certeza (haverá decisão) na incerteza do código (será direito ou não-direito?!), o que é uma simultaneamente a reentrada da incerteza (não sabemos se será direito) na certeza (mas sabemos que haverá a decisão). O *non liquet* transforma a obrigação de decidir em requisito de sua própria criação. Afinal, a certeza do direito não se refere à "ingênua certeza arcaica de ser justo e poder afirmar o próprio direito, mas é apenas aquela certeza que coloca o titular do direito na incerteza, na incerteza de poder afirmar o próprio direito quando se tem um direito"[436].

Inferimos, pois, que a dogmática aumenta a liberdade no trato das experiências e dos textos, o que leva à reprodução de dúvidas e o aumento da insegurança, em níveis suportáveis. Torna possível o distanciamento crítico dos mesmos pontos de partida por ela utilizados para a obtenção de suas conclusões. Compatibiliza-se com duas exigências do próprio sistema: vinculação dos resultados às normas jurídicas (em respeito ao código direito e não-direito); e com a necessidade de se viabilizar a decisão dos casos concretos (em respeito ao *non liquet*). São estabelecidas, assim, relações entre o programa de decisão (geral) e a decisão do caso concreto (particular), o que nada mais é que a aplicação do direito.

---

[433] Rememoramos que os programas condicionais orientam aplicação do código seguindo a distinção texto/norma. Trata-se de uma reconstrução de sentido (norma) de um texto legal, que serve ao processo de aplicação e não do texto em si (que contém diversas expectativas generalizáveis). Essa construção da norma (sentido) dá-se por várias interpretações presentes na esfera social pluralista, o que também pode gerar conflitos, afinal, envolvem-se órgãos estatais, indivíduos e grupos, não havendo só um conteúdo a ser esperado. Assim, sem engessamento autoriza-se generalização de expectativas, propiciando certa confiança para se esperar algo sobre comportamentos alheios. Sobre o tema, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 147 e ss.

[434] DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, respectivamente, p.241; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.238.

[435] A história e a evolução do direito é o gradual isolamento evolutivo dos processos de diferenciação e de especificação funcional pelos quais se fixa e se autonomiza uma estrutura seletiva das expectativas normativas de comportamento, que se estabiliza por mecanismo de generalização congruente". DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação**. Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017, respectivamente, p.240; versão original italiana, ***Scienza del diritto e legittimazione***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p.237.

[436] LUHMANN, Niklas. *Contributi della teoria dei sistemi alla teoria del diritto*. In: ***La differenziazione del diritto***. *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Mulino, 1990, p. 202.

Enfim, a dogmática programa a versão interna do relacionamento comunicativo entre direito e outros sistemas, com a elaboração de suas próprias autorreflexões sobre o modo de o direito lidar com a organização de suas autoirritações e mutações estruturais. Nesse momento, podem aparecer pontos críticos, é sempre o "não" ou o "sim", a recusar ou a aceitação, a indiferença ou a novidade, a improbabilidade da variação e probabilidade da redundância, que colocam a dogmática defronte a redes complexas de veredas que se bifurcam na cadeia da argumentação jurídica, como veremos a seguir.

3.2.1 Redes de bifurcações da labiríntica argumentação jurídica: entre redundância e variação como equação de estabilidade dinâmica das estruturas dissipativas[437] da dogmática moderna

A memória jurídica é o *modus operandi* que propicia a atualização recorrente, pelas interconexões propiciadas, entre as comunicações, que são consistentes para o direito. Ao mesmo passo que enlaça, ela desenlaça, funcionando na assimetrização da simultaneidade temporal do estado de comunicação presente – que reúne em si a um só tempo todos os tempos –, pela oscilação entre esquecimento e recordação, pela distinção entre passado e futuro dos sentidos que fazem sentido ao direito atual, que é novamente calculado para calcular outros estados. Estes, por sua vez, seguirão a mesma dinâmica desse caminhar por entre as veredas da "dessimultaneização" temporal e da atualização de sentido, o que reflete na argumentação jurídica e, portanto, no processo de formação das estruturas e da própria dogmática jurídica.

Além disso, as comunicações, à luz do que abordamos, enquanto eventos, desaparecem no momento em que surgem, sem propriamente utilizar ou produzir tempo diverso do presente. O foco nesses elementos (comunicacionais) é insuficiente para sentir as aquisições evolutivas da dogmática jurídica, do direito. Se neles há essa lacuna, as estruturas, enquanto pré-seleções relativamente estáveis (as expectativas) e semânticas jurídicas, confirmadas e reatualizadas na história do direito, preenchem o campo de observação na busca pelo "como é possível" das construções jurídicas.

As estruturas, portanto, carregam em si tanto as marcas da consolidação de sentidos jurídicos, como as da mutação desses conteúdos. Por isso mesmo, podem ser alvos de distinções a respeito do referido "como", ou seja, talqualmente às questões que se colocam

---

[437] Termo aqui empregado no sentido de estruturas sensíveis às mudanças que podem ocorrer a partir dos acoplamentos estruturais, representando não propriamente estabilidade, mas pontos críticos de incerteza e imprevisibilidade, à luz de PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas.** Tempo, Caos e Leis da Natureza. São Paulo: UNESP, 1996 (*vide* também notas de rodapé n. 203, n.306 e n.341 desta tese).

como fundo em "*El jardín de los senderos que se bifurcan*"[438], podemos indagar, pois, como é possível caminhar por entre trilhas ramificadas da argumentação jurídica, por entre a redundância e a variação, sem perder de vista uma dogmática não-labiríntica? Como é possível a manutenção da unidade e da consistência do direito, quando suas estruturas e semânticas deparam-se com encruzilhadas entre a repetição e a surpresa de argumentos? Como é possível, frente a tantos pontos de bifurcação argumentativos, dos quais se derivam várias situações possíveis, a consideração de uma dogmática com estruturas e semânticas não-dissipativas?

Por outra via, mas dentro ainda do pensamento labiríntico, como é possível a "esquivância" de uma dogmática como centro-fim-último e, simultaneamente, a manutenção de dogmas ou de formulações de sentidos (minimamente) consistentes no direito moderno? Como é possível uma dogmática com estruturas e semânticas, que parecem se dissipar nas sendas argumentativas bifurcadas, pela rota da redundância e da variação, e, ao mesmo tempo, imprimir certeza e segurança jurídicas? Como é possível construir uma narrativa jurídico-dogmática (penal), que abarque o múltiplo e que não se perca pelos jardins labirínticos de veredas bifurcadas das tantas argumentações possíveis? Enfim, como é possível edificar uma arquitetura de passos de "esquivância" de um centro (portanto assumir uma dogmática

---

[438] Trata-se de um conto que trabalha com a imagem do múltiplo, com narrações de "esquivância" de um centro, com bifurcações provenientes de bifurcações, que continuam se bifurcando ... O enredo inicia um relato real (exceto por um adiamento), sobre uma batalha ocorrida da 1ª guerra, registrada pelo historiador Linddell Hart. Ato contínuo, a ficção narra a fuga do espião chinês (a serviço da Alemanha), Yu Tsun, de um capitão irlandês (a serviço da Inglaterra) Richard Madden, que prendera ou assassinara, Viktor Runeberg, colega de Yu Tsun. A missão deste era comunicar a seu superior (que esperava pelos jornais a a mensagem "cifrada", a "mensagem dentro da mensagem") o local da artilharia francesa, nas proximidades do rio francês Ancre (fato símile ao que realmente ocorreu, a batalha do rio Somme com o ataque tedesco). Para noticiar essa charada, o chinês decide assassinar um sinólogo (estudioso de labirintos) Albert Stephen. Para tanto, passa por diversas encruzilhadas até chegar à casa de Albert, o qual pensa que ele queria ver seu jardim de veredas que si bifurcam. Ao ouvir tal expressão, Yu Tsun menciona o seu bisavô, Ts'ui Pên, que largou a vida política (diferentemente de Tsun, que podia não escolher não está ali, mas está) para criar um romance (no qual há vários desenlaces possíveis para um dos personagens, Fang: ser morto ou matar o intruso, ambos se salvarem, ambos morrerem etc.), o mais populoso que o Hung Lu Meng (obra real de Tsao sue Kin, na qual há um personagem Yu Tsun) e um labirinto, onde todos se perdessem. Nesse momento, o sinólogo convida Yu Tsun a uma outra imagem labiríntica, a sua biblioteca (também rica em objetos que nos remetem a outros, enciclopédias, manuscritos antigos, labirinto de marfim, gramofone, fênix de bronze) para falar sobre o livro e o labirinto perdido de Ts'ui Pên. Segundo Yu Tsun, o romance do bisavô era acervo indeciso de rascunhos contraditórios, pois no terceiro capítulo morria o herói que no quarto continuava vivo (símile a obra de Lopo Alves, aquela dentro da narração do personagem Duarte, dentro do conto "A Chinela Turca", de Machado de Assis, citado dentro dessa tese antes). Assim como Sherazade (também citada por Borges) poderíamos passa para além de "mil e uma noites" a contar histórias que se bifurcam a partir dos personagens, dos detalhes, das entrelinhas do conto. Mas, no retorno do enredo, Albert revela a Yu Tsun o mistério do labirinto: o jardim era o romance, o romance que era o labirinto no tempo, com tal revelação, na sua consciência pululam seus ancestrais, demonstrando a possibilidade de abertura de seus caminhos aos vários futuros, mas, mesmo assim, Tsun mata o sinólogo – para logo se arrepender, em "inumerável contrição" (BORGES, Jorge Luis. *El jardín de los senderos que se bifurcan* (1941). In: ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001, p. 43-48).

labiríntica), mas sem se perder nas teias da instabilidade (do caos) e, assim, adaptar-se às flutuações[439] ou ruídos do complexo ambiente?

Poderíamos propositalmente seguir por entre tantas redes de perspectivas reflexivas, que nos conduziriam a tantas outras redes de reflexões, porque essa é a geografia da própria argumentação jurídica da sociedade moderna. Porém, retomamos a trajetória para a compreensão das veredas argumentativas que se bifurcam – como tentativa de descrição dessa geometria fractal-estrutural, à luz de uma observação que a considera desde já probabilisticamente labiríntica – entre redundância e variação.

Para Foerster, em uma ideia mais geral, a função de redundância exprime-se sob a forma de probabilidade condicional (repetição), de medida de vínculos, ou seja, por meio dela se verificam os graus de interdependência e conexão entre os elementos de um sistema[440]. Luhmann diria que essa medida de repetição constante, entre os elementos de sistemas de sentido, não é produção de informação e pode provocar uma espécie de esquecimento ou familiarização com a operação, que se torna, por assim dizer, automática[441]. Por exemplo, ao falarmos, esquecemos ou não lembramos, de regras gramaticais, simplesmente falamos, porque já temos um repertório gerado pelo uso repetitivo da linguagem, o que lhe dá condições de possiblidade de desenvoltura e seguimento consistente da reprodução da fala.

De acordo com Atlan, a ordem de um sistema, apesar de pressupor uma redundância inicial (nos moldes sobredito, como informação repetida), ela vem interrompida, abrindo espaço à diferenciação da informação, a chamada variação/variedade (aumento da complexidade interna, à luz de Ashby[442]). Por isso, Atlan cria o princípio *complexity from noise*: auto-organização dá-se pelo aumento da variedade de informação, pelo aumento da complexidade do sistema. Desse modo, quando a informação gerada ao interno do sistema é conhecida, aumenta-se a redundância, aumenta-se a ordem do sistema (*order from noise* à luz

---

[439] As flutuações que podem provocar a geração de novas estruturas (variações) ou mesmo a ideia de exaptações (*vide* nota de rodapé n. 306), como multifuncionalidade das estruturas já existentes (em uma combinação entre redundância e adaptação), ocorrendo uma nova ordem por flutuação, conduzindo o sistema novamente ao equilíbrio dinâmico, com estruturas que tiveram origem na dissipação da informação redundante inicial.

[440] FOERSTER, Heinz von. *Sui sistemi auto-organizzatori*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.58.

[441] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 458.

[442] Relembramos o *requisite varity* ou a "lei da variedade indispensável", já tratada antes na tese (e também em nota de rodapé n. 179 e n.215) de Ashby, que, em geral, estabelece a relação entre a variedade de perturbações, que podem afetar um sistema, e a variedade de respostas a esses distúrbios, pelo mesmo sistema. Tratando da variedade de estados aceitáveis para proteger a autonomia sistêmica contra ataques ambientais. Nesse sentido, não é a redundância que é destaque como dispositivo estrutural que protege um sistema de perturbações, mas a variedade (Nesse sentido, ASHBY, Ross W. ***Introduzione alla cibernetica***. Eunadi: Torino, 1971, *passim*).

de Foerster); mas, quando a informação é desconhecida, há possibilidade de se aumentar a variedade, portanto, a complexidade interna (*complexity from noise* à luz de Atlan)[443].

À disposição dos sistemas auto-organizadores (como o direito) , enquanto são ilhas de neguentropia no oceano entrópico ambiental (em situações de não-equilíbrio), não há apenas lugar para informações já adaptadas às estruturas sistêmicas (redundância) no processo de promoção ou manutenção de sua ordem (Foerster). Podem haver também informações surpresas, que aumentam *a priori* a complexidade interna do sistema, com a novidade, com a variedade (Atlan e Ashby), o que o forçará a buscar a reestabilização. Entendemos, pois, que tais situações oscilantes são ambas possíveis e relevantes na construção da dogmática sistêmica – que se verifica justamente a partir das estruturas oriundas dessas oscilações argumentativas, como aquisição evolutiva autopoética do direito[444].

À medida que o sistema é mais e mais estimulado por demandas, podem emergir estruturas adicionais ou adaptações (exaptações). É quando o sistema pode transfigurar-se em nebulosidade, pela fumaça advinda do desvio, da variedade. Essas flutuações e ruídos de outros sistemas podem ensejar uma cascata de novos processos de auto-organização, pois o sistema, aceitando tal surpresa, segue em busca de uma ordem simétrica, dos seus cristais de regularidade, da reestabilização para atingir novamente a redundância. Ao lado da ordem mora a desordem, a fumaça da variedade pode se cristalizar em redundância, a redundância primeiro passou pela via da surpresa. Em sistemas de auto-organização dinâmica coexistem esses lados, mesmo que em intensidades diversas. Por isso, temos a impressão de que o sistema situa-se nesse (entre)lugar da própria diferenciação, entre a ordem simétrica de um cristal (redundância) e a desordem e imprevisibilidade da fumaça (variação)[445].

De fato, a argumentação jurídica moderna, na visão constrututivista, articula mesmo os níveis da redundância e da variação. O direito vale-se, em geral, de redundâncias, porque representam medidas de conhecimento acerca de uma informação já existente, o que viabiliza

---

[443] ATLAN, Henri. **Entre o cristal e a fumaça**: ensaio sobre a organização do ser vivo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, *passim*.

[444] Acreditamos que as visões de Foerster e Atlan podem ser complementares. A ordem dá-se pelo ruído, que leva ao aumento da redundância, mas o ruído não leva imediata e necessariamente à ordem, pois pode primeiro aumentar a complexidade do sistema, que terá de enfrentar a variação primeiro, e, com isso, maiores dificuldades até tornar à reestabilização, chegando às novas redundâncias, havendo um aumento geral nos autovalores sistêmicos (Para aprofundamento, *vide*: FOERSTER, Heinz von**. *Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987; e ATLAN, Henri. **Entre o cristal e a fumaça**: ensaio sobre a organização do ser vivo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992).

[445] Relembramos que o aumento da ordem do sistema auto-organizador não é o resultado de uma ação em que um *input* ambiental exerce influência sobre ele, mas depende de uma seleção do sistema, aceitando-se somente componentes do ruído que incrementam o grau de conexão dos elementos do sistema. Isso seria um possibilidade de variedade. Mas, tanto esta como a redundância simultaneamente levam ao alcance de fases de desenvolvimento mais complexas do sistema. Logo, a redundância gera variedade, ordem produz desordem (vice-versa), em um padrão circular complementar que aumenta e reduz a complexidade.

a sequência comunicativa. Ao mesmo tempo, frente ao fluxo de demandas (ruídos), por vezes necessita alcançar outros planos de informações suplementares, é, nessa falta do sistema, que será benvinda as mudanças de tons, as possíveis variações. Na verdade, é o equilíbrio dessas modulações que fortalece as condições de possibilidade da própria autonomia e estabilidade dinâmica da *autopoiesis* sistêmica. Só redundância faria do direito um estrangeiro em seu ambiente social, e, portanto, alheio demais para suportar sua própria autorreferencialidade, que vincula-se às constantes diferenciações (de si e com o entorno). Variação em demasia, opostamente, seria a diluição da autenticidade do direito, seria a força entrópica ambiental colpsando suas seleções em amiúde dissipação. Por isso, somente em tom de harmônica-oscilação desses caminhos argumentativos, de continuidades e de descontinuidades, no compasso do eternamente remontante "*Canon per Tonos*" de Bach, é que se pode pensar em uma imagem evolutiva da dogmática, do direito[446].

Como fundo desses labirintos, sobressai-se a questão da própria combinação entre a reprodução normativa e capacidade de aprendizagem cognitiva que o direito deve buscar para manter a própria diferenciação constitutiva. Nesse diapasão, temos que vislumbrar a argumentação como a produção de uma correlação entre os próprios argumentos (redundância e variação) e as decisões judiciais, porque estas terminam por se constituírem como reflexos dos argumentos mediados por elas mesmas. Nessa intenção, de autonomia e alterabilidade, o objetivo da argumentação é, por vezes, de assimetrizar a redundância recursiva para seguir em frente – e especialmente para operacionalizar o seu próprio seguir, avançar. Todavia, esse percurso não acontece sem passar pelos ditos "*loops* estranhos", porque, apesar dos enredos

---

446 *Canon per Tonos* de Johann Sebastian Bach inspirou Hofstadter em seu entrelaçamento brilhante de Gödel, Escher e Bach. O autor tratou-o como "Cânone eternamente remontante**",** porque quando ele termina, aliás quando ele parece terminar, já não está no tom de dó menor, senão do de ré menor. Bach modulaou "o tom nas barbas de todos os seus ouvintes e o cânone é construido de tal maneira que seu fim se entrosa imperceptivelmente com o seu começo, assim, o processo pode ser repetido para se chegar ao tom de mi e novamente ao começo". Essas modulações sucessivas "levam o ouvido a províncias cada vez mais remotas de tonalidade, de modo que, após algumas delas, seria de esperar que estivéssemos bastante afastados do tom inicial. Todavia, magicamente após essas modulações, o tom original de dó menor é restaurado!" O processo desdobra-se *ad continuum*, como Bach dizia, pensando na peça para o rei Frederico, pois integrava a sua Oferenda Musical: "tal como se eleva a modulação assim também se eleva a glória do rei" e ocorre um belo exemplo sonoro de voltas estranhas (*loops* estranhos, aquele efeito da fita de Möebius, *vide* nota n.143). Quando nos movemos por birfucações argumentativas jurídicas, em níveis de redundâncias ou variações retornamos a outras veredas bifurcadas entre redundâncias e variações, recorrentemente serão enfrentadas pelo estado atual da comunicação do direito, da decisão judicial. HOFSTADTER, Douglas Richard. ***Gödel, Escher, Bach****: Un 'Eterna Ghirlanda Brillante – una fuga metaforica su menti e macchine nello spirito di Lewis Carroll*. Milano: Adelphi, 1984, principalmente p.11 e ss, p.778-790; versão em português, **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UnB, 2001, p.10-11, p.788-790; Para senti-lo, *vide* plataforma digital In: ***Youtube "J.S. Bach - Crab Canon on a Möbius Strip***". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=xUHQ2ybTejU, Acesso em: 12 maio 2019.

bifurcados, retorna-se à dinâmica dos pontos de partida[447]. Sob esse aspecto, a "argumentação, não é a busca de um consenso bem fundado, senão de um desdobramento de posições que, paralelamente no tempo permitem o avançar/seguir de casos jurídicos"[448].

Assim, podemos afirmar que a argumentação jurídica ocorre em uma multiplicidade de cânones que se reforçam, que se pressupõem, que promovem e que limitam uns aos outros. Sob esse viés, a redundância demonstra sua relevância, porque emerge como potencial de informação, como sobredeterminação. O que significa que quando se "conhece um lugar (*topos*), um conceito, uma ideia considerada verdadeira dentro do sistema, pode-se ter mais ou menos noção da probabilidade ou improbabilidade do modo como a argumentação se desenvolverá". Como ilustra o próprio Luhmann, encontrar uma mandíbula, por exemplo, durante de uma escavação permite certas deduções sobre a evolução do homem e torna menos surpreendente a descoberta, nas proximidades, de um fragmento de pedra. A medida informativa, de surpresa, em situações subsequentes torna-se reduzida. Por haver essa redução é que se tem pontos de partida para novas possibilidades de conexão (durante a argumentação), que só se abrem quando se pode contar com certas reduções já a disposição. "A redundância é, portanto, apenas mais uma expressão do fato de que os argumentos podem apoiar-se mutuamente e inspirar-se, ocasionalmente, uns nos outros" [449].

Por outros argumentos, a redundância é a informação já existente no direito, que alcançou senso normativo pela repetição de seu uso, servindo como referência enquanto conteúdo jurídico para processar subsequentes casos (vinculando minimamente o porvir). Há a criação de certa linearidade e coerência, ou seja, casos iguais são tratados de modo símile, casos diferentes diversamente – fórmula de justiça e símbolo de validade – no pensamento das decisões judiciais, pelas quais o direito reproduz sua consistência dogmática. A interpretação sobre um dado princípio com tese estável, por exemplo, mantendo constância em certa linha de raciocínio, produz abstrações aptas a orientações futuras. Dessa forma, a argumentação jurídica por redundância cria um sentido mais adequado aos programas, aliás,

---

[447]...E pelos argumentos se chegam as decisões. E pelas decisões os argumentos se articularam (como sua justificativa). E o paradoxo segue: o direito positivo valida-se porque modificável por decisões. E, assim, regressamos a combinação de fundo, entre orientações normativas e cognitivas, que os programas condicionais devem ajustas para a tomada de decisão e que devem ser modulados pelas tomadas de decisões. E, assim, é um *continuum* avançar e estranhamente regressar aos pontos de partidas ("*loop* estranho"). E, assim, a decisão e a argumentação funcionam no direito juntas e separadas, promovendo correspondência entre o fundo da dogmática labiríntica, de não-apredizagem e de aprendizagem, o que não destoa do sentido da harmônica-oscilação entre redundância e variação, de onde se parte, volta e se recomeça...

[448] Conforme, LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. In: ***Droit et sociétè***. Paris, n. 47. p. 15-73, 2001, p. 52.

[449] Conforme, LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. In: ***Droit et sociétè***. Paris, n. 47. p. 15-73, 2001, p. 50.

ela transforma os sentidos usuais e consistentes (autovalores) em programações (decisórias). Por conseguinte, restringe a abertura e a discricionariedade dos processos de reconstrução dogmática e aumenta, pelo menos em tese, a previsibilidade acerca da norma (sentido) orientadora da tomada de decisão.

Por outra vertente, a variedade representa a diversidade dentro das operações do direito, o reconhecimento de informações que lhe faltam, sendo o desvio, que se assimilado estruturalmente leva à invenção de novo senso normativo. Dessa forma, concerne às comunicações diversas das previstas, os possíveis *insights* do direito, que passam pela seleção (das suas estruturas/expectativas) levando à reestabilização, à unidade do sistema (como unidade da diferença). Todavia, como já adiantamos, a variação não vincula a seleção, afinal, esta pode gerar um *feedback* negativo, sendo indiferente à variação, ou positivo, assimilando o desvio. Na reestabilização é que a variação realiza-se, podendo alcançar um padrão estável e adaptativo, atingindo o oximoro "variação-invariante", ou seja, a variação realiza-se pela invariância. É a reestabilização que atua como vetor para novas variações, criando uma recursão dinâmica: quanto mais provável a quantidade de desvios, mais o mecanismo de reestabilização será acionado, abrindo espaço para outras variações.

Ressaltamos que, apesar da improbabilidade de êxito, a possibilidade de variação não é eliminada por uma maior probabilidade da argumentação redundante no direito. São as próprias circunstâncias da vida, das diversas demandas sociais e dos casos jurídicos que compõem essa função de variação – a ser evidenciada no mundo jurídico, pelo modo como o direito mesmo se capacita para processá-las (para processar as suas diferenças!). Sendo assim, ela estremece os requerimentos de consistência das decisões – as exigências de redundância, de economia de informação, acarretando, *a priori*, perda de transparência e de segurança – mas, como não há redução de complexidade e de certeza jurídica permanentes, a variação faz-se presente como a certeza da incerteza do direito[450].

Todavia, de modo diverso, é pela redundância que a dogmática consolida-se e o direito aparece como um sistema minimamente estável, que, ao mesmo tempo, garante a possibilidade de não-estabilidade de suas estruturas. O mecanismo de estabilização aparece como mote simbiótico desse processo evolutivo jurídico, como o encerramento de uma variação selecionada (condensação/invariância estrutural) e/ou como o início de uma condensação estrutural (fim da variação selecionada). A estabilização é, por assim dizer, uma espécie de princípio e fim, que transcorre por entre câmbios da estrutura, construindo o

[450] LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.11 e 267.

direito, por esses deslizes (essas trilhas escorregadias) do conceito de estabilidade dinâmica. Por isso, o sistema jurídico é mais evolucionário que revolucionário, pois com sua historicidade ou facticidade arrisca-se em um *continuum* contingencial, de poder ser de outro modo.

A dogmática, portanto, deve ser entendida como expressão da necessidade de argumentar no direito. Isso se faz por meio de estruturas, de textos, de conceitos, assegurando uma margem conceitual mínima frente à ilimitada busca de fundamentos (artifícios). As distinções conservam-se com a ajuda dos conceitos jurídicos, acumulam informações e, assim, produzem a redundância de que o sistema precisa, os seus lugares comuns. Esses conteúdos em si não são instruções ponto-a-ponto para as decisões, mas se apresentam apenas como pedras de toque, referências mínimas. Assim, esses artefatos históricos relacionam-se às experiências de casos do direito, pelo argumentar sobre o argumentar: "o argumento encontra apoio e limite na geografia dos *topoi*. A tópica é o que une os argumentos, ou seja, precisamente o que chamamos de redundância" [451]. Assim, o argumentar mediante conceitos é argumentar historicamente, com reforço da redundância, servindo para reutilização com dupla referência, condensação e confirmação, tornando-se reconhecíveis na cadeia argumentativa que segue no sistema jurídico.

Em outros temos, a argumentação jurídica representa operações do sistema que determinam como e quando o código lícito/ilícito é aplicado. Se, por um lado, não é possível esquecer os códigos, a decisão judicial atesta a certeza de ser sempre em prol ou do direito ou da sua negação (o binarismo é não-contingente!). Porém, já em nível dos programas, é admissível o espectro de parasitas (terceiro fator, à luz de Serres): é possível esquecer ou lembrar, repetir ou variar, logo, comportam mudanças, dependendo da frequência com que são chamados (ou, na sua falta, se suspensos pela memória)[452]. Essa incerteza no processo de vinculação à norma deve ser compensada pela ressonância da própria reconstrução de sentido,

---

[451] Lugares comuns ou *topoi* representam figuras de significado (temporal, objetiva e socialmente) generalizadas (usadas) para encontrar argumentos e ampliar a comunicação. Originariamente, o desempenho da amplificação estava na própria generalização. Os aspectos temporais, objetivos e sociais da generalidade reforçavam-se mutuamente, servindo para um grande número de casos diferentes e também permitia chegar a consensos. O geral poderia, portanto, ser considerado moralmente - e numa variante inicialmente menos importante, esteticamente - superior em comparação com as situações e interesses concretos em jogo. Assim, a comunicação aumentava, por ampliação, do concreto para o geral. (Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. In: ***Droit et sociétè***. Paris, n. 47. p. 15-73, 2001, p. 53-54)

[452] Toda a informação é canalizada no âmbito do código, como direito ou não-direito. Ele organiza as diferenciações para o sistema e não permite um terceiro fator, limitando-se apenas ao seu polo negativo ou positivo. Já os programas permitem tratar desses terceiros excluídos, fazendo do sistema um sistema fechado porque aberto vice-versa. Assim, os programas estabelecem critérios para estruturar os códigos, como conjunto de condições prévias que o sistema cumpre para selecionar suas comunicações. Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. ***El derecho de la sociedad***. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 120.

ou seja, deve-se produzir abstração capaz de minimamente orientar escolhas futuras. Nesse passo, a redundância funciona tanto operativamente, ensejando aquela falada linearidade e coerência entre as decisões, como reflexivamente, dando consistência argumentativa no âmbito da dogmática jurídica[453].

Porém, a aquisição da redundância (redução de complexidade sistêmica) coloca em evidência o argumento e o expõe a críticas. A partir desses questionamentos, pode-se pensar em exaptação, sua multifuncionalidade, e abrir-se à aquisição de mudança (aumento de complexidade sistêmica). Apesar dos meios de comunicação generalizados auxiliarem na difusão semântica dos conteúdos e a redundância condensar as estruturas de sentido normativo, não se tem univocidade nesse campo movediço da argumentação jurídica. Sendo assim, a dogmática jurídica vinculada à dinâmica da alternância entre certeza e incerteza de suas estruturas: estabilizar argumentos (certeza), provoca produção de controvérsias, com novas possibilidades comunicativas (incerteza). Eis o onda que entoa a argumentação jurídica, em seus caminhos de veredas que se bifurcam entre redundância/variedade (informação).

As estruturas jurídicas tem a capacidade de promover essas várias voltas estranhas, tornando-se ponto de partidas para outras bifurcações, tendo sido geradas de outro estado presente símile. Com essa dinâmica, cria-se um campo de possíveis redes e sendas que antes não se viam e se proliferam e se remontam incessantemente. Na práxis do direito, os textos enlaçam a validade e a argumentação. Esta, na realidade, termina por representar "uma ilusão dogmática, que enfeitiça o senso comum, na medida em que este crer que os tribunais seguem um caminho de certeza, quando eles funcionam porque, pela forma de validade da decisão, sente-se o engano de estabilização de expectativas"[454]. Todavia, tornamos ao argumento de que a reflexão dogmática é responsável pela reestabilização da positivação do direito, diminuição da incerteza social, com caraterísticas operativas dos modelos de interpretação. Porém, simultaneamente, não conseguimos deixar de lembrar que ela é incapaz de conter a indeterminação presente no processo de vinculação à norma, diminuir incerteza social quanto à definição e confirmação de expectativas, que continuam só como alívio imunizante para o direito[455].

Por entre tantas idas e vindas, a reflexão, sobre a edificação de uma arquitetura de passos de "esquivância" de um centro, de uma dogmática labiríntica, mas minimamente consistente, encontra estranhamente seu projeto de destino: os entrelaçamentos dos

---

[453] LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 329 e ss.
[454] LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 331 e ss.
[455] LUHMANN, Niklas. *La funzione del diritto. Sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?* In**: *La differenziazione del diritto***. *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna, p.81e ss.

fragmentos de sua auto-imagem de identidade de certeza e de incerteza. Sob a regência recorrente dessa equação projetada como meta, insiste em caminhar pela redundância argumentativa, onde acha conforto na cadência comunicacional. Porém, por vezes, perde suas habituais feições diante da inesperada aparição da variedade argumentativa, onde podem se plastificar dissonâncias renovadoras. Esse percurso de bifurcação nunca finalizado e sempre buscado, na realidade, ratifica a diferenciação-matriz que guia, desde todo o tempo, o direito como sistema de sentido, a autorreferência e a hetorreferência: o fechamento operativo pela redundância e abertura cognitiva à alta irritabilidade, à variação – próprias das argumentações possíveis e labirínticas do direito complexo. Enfim, nesse jardim acêntrico ou policêntrico da argumentação, reforça-se o ululante, apenas a expectativa de que o direito seja produzido pelo direito e que, no porvir, a atual distinção entre direito e texto seja substituída por outra distinção entre direito e texto.

Por derradeiro e ainda, inferimos que, regulado por leis probabilísticas e abandonado pelas certezas de um mundo estável, esquema conceitual somente é aplicável para sistemas isolados em equilíbrio perfeito ou em sua proximidade, o direito, como sistema de sentido, encontra-se envolvido pelo seu estável dinamismo, que o torna, simultaneamente, estrutura de coerência e de criatividade funcionais, para si mesmo. Por conseguinte, por trás das estruturas jurídicas estáveis da dogmática moderna, há também dissipação, como sensibilidade às autotransformações internas e às pressões complexas ambientais. Surgem aí os pontos críticos como atratores fractais, em que um estado atual pode se deparar com suas contingências, outros estados possíveis que podem levar à estabilização. E quem esperava grandes finais, para esse circuito jurídico, vê apenas o simples caráter irredutível probabilístico inicial retornando: há uma chance em duas de o direito encontrar, após os atratores de bifurcações, sua atividade redundante de imediato, seu relativo equilíbrio. Do contrário, seguirá labirinticamente mais etapas de ramificações, que poderão lhe conduzir para outros jardins de veredas que se bifurcam...[456].

3.3 CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA VÍTIMA CONTRIBUTIVA NA CRIMINOGÊNESE: DE SUJEITO PASSIVO À SUJEITO INTERATIVO NO *ITER CRIMINIS*

O direito constrói sua dogmática como autorreflexão, temporalizada pela memória, acerca de suas comunicações. Pela força de seleções e oscilações, emergem os programas

[456] Com base nas lições de PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996, p.71 e ss, melhor seria dizer, *passim*.

condicionais, entre esquecimento e lembrança de experiências sobre os textos jurídicos, entre argumentações reduntantes e variantes, necessárias à *autopoiesis* do sistema. Na realidade, como opera seletivamente, o sistema jurídico esquece continuamente, produzindo bastante indiferença às informações de outros sistemas. Quer dizer, mesmo vagando na harmônica-oscilação antes retratada, tende a se tornar visível pela redundância argumativa de conteúdos jurídico-semânticos, que se validam pelas decisões (porque as decisões validam-se a partir de suas articulações), e, assim, funcionam na estabilização de suas expectativas.

Insistimos, porém, que isso tudo não elide às flutuações que perturbam o direito, o qual, por distinções sobre distinções (entre sua autorreferência e heterorreferência) pode, ao verificar ausência de regularidade da informação (variante) nas suas estruturas, "assimilá-la" e, por assim dizer, aprender, reutilizando-a no contexto de respostas aos casos jurídicos. Dito de outra forma, frente às constantes autoirritações, o direito expõe-se à variedade que, às vezes, após seleção, pode se estabilizar e compor o repertório de novas "invariâncias" jurídicas. Este é o manancial labiríntico para composição de seu estado dogmático de equilíbrio dinâmico, porque aberto a dissipações, a variações e possíveis reestabilizações.

Dessa maneira, a dogmática jurídica representa a probabilidade das improváveis expectativas normativas: é vista pela emergência da redundância de comunicações, é a equação de estabilidade relativa de sentidos jurídicos, enquanto condição inicial para a aplicação do algoritmo direito e não-direito da decisão judicial. É a certeza da incerteza sobre o hermetismo argumentativo e interpretativo (porque é labiríntica) e a incerteza da certeza da segurança jurídica (porque tudo pode ser de outro modo), ou seja, é um modelo redefinido pela semântica da seletividade e da contingência da complexidade jurídica moderna. Nem o processo de formação dogmática dos conteúdos condicionais é um projeto acabado, nem suas plataformas, cuja instabilidade encontra-se mitigada, são pré-definições completas do senso normativo para decisões.

Também na seara penal, se as promessas da modernidade, quanto ao exercício da função punitiva, eram as de generalização e de igualdade, a dogmática e a técnica jurídica correspondente fracassaram nesse empenho. Disfarçada de eficácia (simbólica), ela adensou a seletividade (no senso criminológico crítico) decisória, nocauteando o próprio lado (marcado/declarado) da inclusão de sua racionalização e escancarando o seu lado não-marcado, não-declarado (mas evidente), da exclusão. Sem empreender muitos esforços, até o momento contemporâneo, o que se vê é um controle penal (capitalista) de exclusões do Estado de direito (liberal), que a dogmática penal ainda se propõe a racionalizar, com suas belas fachadas semânticas (os lados marcados e declarados) – direitos humanos, direitos

fundamentais, dignidade humana, princípios constitucionais penais, como a exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da presenção de inocência, etc. –, como suportes de legitimação do sistema penal[457]. Todavia, seu lado não-marcado insiste em ressurgir, uma vez que ela nomeadamente permite "a legitimiação do poder no direito, garante a ficção de limite racional e a fantasia de segurança jurídica para um poder ambivalentemente limitado e irrestrito"[458]. Dá-se, portanto, o mecanismo reflexivo da autorreferência negativa do poder penal moderno: apresenta-se como "capaz de produzir poder com base no poder e, portanto, de se investir para negar poder"[459].

À luz do estrutural-constrututivismo, a dogmática penal não mais esconde sua preponderante instância comunicacional, apoiada em normas abstratas (programação) e suas respectivas aplicações e interpretações (decisões judiciais). Com intento de otimizar a si mesma enquanto comunicação entre tais níveis. Sendo assim, é instada a prover o instrumental conceitual adequado para converter as decisões programáticas (do legislador) nas decisões programadas (dos tribunais)[460]. Ela ocupa e cumpre uma posição funcional dentro do sistema jurídico: mediando a ilusão da programação, como "dever-ser", e sua operacionalização, como aquilo que se realiza: "a realidade de sua realidade está nas suas operações"[461]. Nessa caso, o que vemos é a continuidade de funções comunicacionais de programação, atuando na ideia de reconhecimento da juridicidade, de delimitação das fronteiras das decisões, com papel "predominante de comunicação normativa"[462]. Todo o

---

[457] Segundo Andrade, a dogmática se vê como enunciação normativa cujo sentido, alcance e finalidades são por ela decodificados, assumindo perante a linguagem da normatividade, não apenas o estatuto de uma metalinguagem, mas de uma metaprogramação, tida por científica, para uma prática racional e segura do Direito Penal (Nesse sentido e em crítica às funções declaradas e as não-declaradas do direito penal, *vide* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: escorço de configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, destacamos pelo uso na tese, as páginas 126-158, 311 e ss).

[458] Conforme WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 87. Ademais, podemos dizer que a auto-imagem da dogmática é a de uma ciência do "dever-ser", que tem por objeto o direito penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo (ANDRADE, p.117). Transforma-se, pois, em abstratações de abstrações (FERRAZ JR., p.13). "Nesta perspectiva, a Dogmática Penal não apenas transplanta, para o âmbito da aplicação judicial, a promessa de segurança jurídica que o saber clássico enraizara na normatividade penal, mas confere a esta promessa o respaldo da Ciência, incumbindo-lhe assegurar o que o saber pré-dogmático consolidou na sua programação normativa (ANDRADE, p.154). Nesse sentido, *vide*: FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1980, p.13; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: escorço de configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117 e 154.

[459] DE GIORGI, Raffaele. Direito penal e teoria da ação entre hermenêutica e funcionalismo. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.141.

[460] Na linha, em um viés sistêmico, LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.56 ss.

[461] DE GIORGI, Raffaele. Redes de inclusão. In: **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.136.

[462] Nesse sentido, BARATTA, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciência penal.* In; MIR PUIG, Santiago (et al.). ***Política criminal y reforma del derecho penal***.

resto (a realização das semânticas) resta lá do lado da ilusão: adquire significado apenas como marca declarada, no entanto sequer e de fato a bordeia como quem contém um conteúdo.

De todo modo, inventa-se a proibição de negação dos pontos de partida justamente para dar certa credibilidade. De modo inverso, aumentam-se as liberdades no trato com experiências e textos. Na diferença entre material normativo e interpretação conceitualmente regulada, a dogmática defronta-se com inseguranças, que só aparentemente são superadas pela vinculação, pela redução da indeterminação das normas jurídica. Todavis, a partir delas, vislumbram-se chances de resultados decisionais, pois ela "organiza apenas as liberdades de decisão mediante a negação de várias adjudicações de sentido"[463], não garantindo certezas.

Ora, se a memória é uma função que modula a distinção do que era antes e o que é agora, servindo na composição do estado atual dogmático, projetado para o futuro, como é possível a constatação da consistência das comunicações presentes sobre a conduta da vítima de crime na criminogênese, em relação aos argumentos ("fundamentos") passados memorizados? Podemos falar em argumentos sobre a vítima de crime na dogmática pena na memória da comunicação jurídico-penal? Como é possível conceber a realidade dos enunciados dogmáticos acerca da vítima de crime no sistema de imputação penal moderna? Que enunciados existem sobre a vítima de crime no sistema de imputação penal moderno? Enfim, como é possível vislumbrar o papel da vítima na criminogênese como realidade comunicacional para análise do sistema de imputação penal na modernidade?

A memória determina o que pode ser considerado realidade para o direito, seleciona tal comunicação, construindo tal realidade, a partir da qual o sistema pode minimamente se identificar e olhar para o futuro[464]. Com esses testes de consistência são fixadas aquilo que aparece como realidade ou aquilo que se torna realidade sistêmica, o que representa uma resistência, uma probabilidade estruturada, pela qual o sistema mira a contingência, o futuro, os riscos. A memória é uma forma de construção do tempo e da dogmática, cujo filtro opera por meio da própria cultura social, do ambiente social[465].

Bogotá; Temis, 1982, p. 28-6; também nessa linha crítica, WARAT, Luis Alberto. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas - tópicos para refletir e discutir (p.97-113). n.6. In: **Sequência**. Florianópolis, 1982, p.104.

[463] LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.38.

[464] LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 460.

[465] A memória das sociedades antigas era praticamente topográfica, indicando locais de ação repetível pelo grupo (por exemplo, lugares sagrados ou templos para adoração). Com a escrita pode-se registrar mais, porém não esqueçamos que quem escreve decide o que lembrar e o que esquecer, portanto, é uma memória que demanda ressalvas em sua consideração. Nas sociedades modernas, desenvolveu-se um conceito amplo de cultura, distinguindo-se a memória social. Cumpre aduzir que Talcott Parsons teve uma intuição inovadora, mesmo não desenvolvendo uma teoria sobre a memória. Em sua teoria geral do sistema de ação, ele aborda a função de "manutenção de padrão latente", onde latência significa que os padrões de ordem foram mantidos e transmitidos, mesmo que não atualizados. Segundo Parsons, esse é o papel do subsistema cultural do sistema de ação.

Percorrer as realidades da vítima de crime, memorizadas pelas comunicações dogmáticas, é observar as oscilações da própria memória do direito penal a respeito da sua descrição enquanto sujeito no crime e dos enunciados construídos – na temporalização das ditas comunicações e, possivelmente, condensados nas programações penais modernas. Assim, as explanações *infra,* concernem exclusivamente à própria linguagem dogmática sobre conceituações, tipologias e momentos culturais, que retratam a vítima, o que significa passar, mesmo que, superficialmente, pela semântica chamada vitimologia[466]. O intuito desses passos volve-se, tão somente, ao alcance de suportes teóricos iniciais, como bases para a compreensão da forma como se construiu uma dogmática acerca do papel vitimal face à imputação no sistema penal moderno – o que seria realmente o objeto da tese a ser analisado *a posteriori* à luz de observações de ordens cibernético-construtuvistas.

Pois bem, a interpretação e aplicação do direito penal sempre exigiram como premissa uma definição nítida entre as posturas de autor e vítima na cena do crime. Esta distinção refere-se ao postulado da imputação, ou seja, é preciso se definir a pessoa, sobre a qual recairá a atribuição de um evento que comunica a quebra das expectativas envolvidas e desencadeará a resposta da postestade penal (a sanção). Contudo, essa demarcação apresenta dificuldades desde relatos remotos, pois nem sempre a linha que separa os dois protagonistas do drama criminal é suficientemente precisa.

De fato, mesmo defronte a eventos que prometem riqueza de evidências, estabeceler cortes e seleções em virtude dos quais se poderá criar a atribuição do estereótipo autor-vítima aos destinatários do evento, mostra-se tão complicado que o próprio sistema de imputação penal compõem-se, decompõe-se e recompõe-se em buscas das razões perdidas de um direito (poder-dever) de punir.

Foi o caso de Dimitri, que a tudo observava, do seu esconderijo atrás da cortina, e pretendia estrangular Getúlio. Percebe que este vai se suicidar e não pode permitir o suicídio do presidente, pois morto pelas próprias mãos, Vargas se converteria em mártir do povo. Num relance, Dimitri entende sua meta anarquista: o modo de extinguir o mito é obrigá-lo a viver. Afasta a cortina e grita: “Não!”. Getúlio atônito com a invasão, pergunta: “O que fazes aqui?” Dimitri: “Porque tu só morrerás permanecendo vivo”. “De onde vens?”. Dimitri: “Da Bósnia. Sou teu sobrinho”. Vargas lembra-se da mulher de Sarajevo que lhe mandara uma carta

---

Conforme, Elena. *Olvido social: una aproximación desde la teoría de sistemas*. In: ***REVISTA MAD***. Santiago, 2018, p.8.

[466]Frisa-se que o estudo ora desenvolvido não pretende discutir aspectos criminológicos/vitimológicos sobre a vítima, mas tão somente usar alguns de seus aportes como evidencia comunicativa a respeito da consideração de que as vítimas podem influir no contexto criminoso.

afirmando a mesma coisa. Sem saber se imaginava fantasmas, Getúlio esforça-se e retoma o interrompido engatilhamento do pequeno Colt com cabo de madrepérola. Num mergulho felino, Dimitri segura-lhe o braço e quando julga ter vencido, Getúlio puxa o Colt para seu peito e, inadvertidamente, o indicador de Dimitri dispara o gatilho. Horripilado, Dimitri conscientiza-se de que seu dedo acabara de suicidar Getúlio Dornelles Vargas. Seu atabalhoamento, sua falta de jeito, fez com que ele suicidasse com um tiro no coração o único homem que não poderia matar. Dimitri, antes de escapulir, vai até a mesa-de-cabeceira e lê confusamente o final da carta-testemunho escrita no papel timbrado da República: "Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade e saio da vida por essa janela em direção ao teto do Catete". Alquebrado pelo fracasso, Dimitri se desvanece nas brumas da manhã de agosto escalando os telhados do Palácio das Águias[467].

Discussões em aberto: Quem matou Getúlio Vargas? Quem é autor? Quem é vítima? Houve homicídio? Houve suicídio? Houve crime? Houve ação ou risco penalmente relevantes ou resultado imputável? Houve autocolocação da vítima em risco? Houve uma vítima da própria tentativa de autocolocação da vítima em risco? Houve uma tentativa de diminuição do risco ou do resultado com resultado frustrado, mas exitoso pela perspectiva da vítima? Houve alguma conduta da vítima ou do autor que podem influir atribuição da responsabilidade pelo evento ao interveniente?

Nessas dificuldades de consistência sobre semânticas de movimento e causalidades lineares, não raras vezes, o "ataque era defesa contra ataque e o estado de guerra entre o criminoso e a vítima fazia do sofredor um atacante e convertia criminosos em vítimas. A relação autor/vítima era um esforço mútuo e contrário para assegurar o poder"[468]. O que parece indicar que, muitas vezes, uma cumplicidade cínica, na qual "o criminoso e sua vítima

---

[467] Essa é a cena clímax do próprio título do romance "O Homem que matou Getúlio Vargas"em paródia ao fato histórico, o suicídio de Getúlio. Trata-se de uma comédia que narra as sempre as investidas desse assassino a partir de fatos históricos brasileiros (Estado Novo) e outros conflitos internacionais, (nos EUA, incluindo as grandes guerras), durante os anos de 1914-54. Jô Soares mistura os fatos reais com conclusões atrapalhadas causadas pelo protagonista "de nome: Dimitri Borja Korozec. Filiação: pai sérvio, mãe brasileira. Marca de nascença: seis dedos em cada mão. Ideologia: algo assim como uma espécie de anarquismo. Profissão: assassino. Vítimas preferenciais: líderes políticos. Esta é a biografia fictícia de um anarquista que se especializa em assassinato político e que tem uma 'espantosa dificuldade em realizar as metas' que se propõe. Nascido na Bósnia, Dimitri Borja Korozecra, é um sujeito que sofre de uma propensão natural para a catástrofe. Sua pontaria era prodigiosa, mas bastou mirar que ele mesmo se torna a primeira vítima". A título de detalhe, na carta de suicídio oficial o trecho correto seria: "Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade e saio da vida para entrar na história". *Vide*: SOARES, Jô. **O homem que matou Getúlio Vargas**: biografia de um anarquista. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.2 e 324-326.

[468]O termo vítima propriamente teria se consagrado no final do século XV, com a teologia cristã pela ideia sobredita de sacrificada. Mais tarde, no século XVII começaria a cair a posição verticalizada (homens e deuses) e, geralmente, vinha vinculado à preposição "de", "vítima de" (vingança, ódio, injustice, agressão), simbolizando uma posição horizontalizada de conflitos entre pessoas. Sobre o tema, *vide* SCHAFER, Stephen. ***Victimology: the victim and his criminal***. Virginia: Reston Publishing Company, 1977. p. 6.

não são radicalmente diferentes como preto e branco, mas podem ser igualmente responsáveis pela comissão do ato".

Estritamente, sob os aspectos originário, geral e jurídico da conceituação do vocábulo vítima, também já podemos sentir sua natureza controvertida e multifária, marcando, ao final, a citada ausência de clareza e de um necessário antagonismo entre protagonistas na cena conflitiva. Nesse sentido, etimologicamente, vítima deriva de *vincere*[469] ou *victima*[470], animal ou pessoa sacrificado às divindades, imbricando a origem do verbete à noção de sofrimento, de prejuízo. Essa referência é assimilada como evidência de práticas punitivas em sociedades primitivas, de caráter sacerdotal e teocrático, em que a aplicação da represália pelos sacerdotes (tidos intermediários entre homens e divindades) decorria da violação de dogmas sagrados[471].

A racionalidade inventada em torno da figura da vítima é justamente de ser sacrificada como oferenda (*sacrum facere*)[472], sob a justificativa de necessidade sacral. O *victus* "alimento" (seja humano ou animal dado em seu lugar) servia para acautelar entidades totêmicas (divindades protetoras do grupo)[473], por isso, o rito de vitimização. A crença da tribo/clãs concernia na ideia de que com tal imolação os totens não lhes infringiriam castigos,

---

[469] Segundo F. Vigouroux no "Dicionário da Bíblia" cabe ao verbete *victime* uma origem ligada a holocausto e oblação, *ipsis litteris:* "ser vivo que se imola em um sacrifício" (Sobre a origem do termo, ver MOURA BITTENCOURT, Edgar de. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971, p. 50). Ainda, a expressão *vieo,* sendo atar com juncos (parte do ritual) fazia parte da semântica romana, expressando o imobilizado, dominado, abatido e ferido. A perspectiva bíblica (antropológica) da vítima, que parece inspirar essas traduções, expõe: "Isaac dirigiu-se a Abraão: Pai! Respondeu ele: Eis-me aqui, meu filho! Isaac continuou: Aqui estão o fogo e a lenha, mas onde se acha a vítima para o holocausto? Respondeu Abraão: Deus providenciará a vítima para o holocausto, meu filho!" A vítima era o próprio Isaac. Deus punha em prova a fé e a fidelidade de Abraão ao lhe sugerir a vitimização de seu único filho. Esse ritual foi imortalizado pela arte, pintura barroca, de Caravaggio, em "O sacrifício de Isaac de 1603, exposta na Galleria degli Uffizi, em Firenze/Itália (Sobre a referência bíblica, ver BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulinas, 1976. Gênese 22, 6-8. Sem pretender incursões históricas despropositadas (como oportunamente adverte OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, *s.d.*), apenas a título de registro, já em 2000 a.C mencionava-se a vítima nos Códigos de Ur-Nammu, a Lei de Eshuma e o Código de Hammurabi, vinculando-a a mitos religiosos. Conforme, PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p.21.

[470] MANZANERA, Luiz Rodríguez. ***Victimología: estudio de la víctima***. México: Porrúa, 1990, p. 55-56.

[471] BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Forense. p 23.

[472] Ortega aborda a vítima como oferenda e também aduz que sua raiz remete-se à expressão *vencire* ou *vincire* que significa atar ou vencer, sendo a vítima, o atado, o vencido. IÑIGUEZ ORTEGA, Pilar. *La víctima: aspectos sustantivos y procesales* In: ***Cervantes Virtual***. Disponível em: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13560842112138384122202/0. Acesso em: 20 ago de 2016.

[473] Sobre o tema, vide FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: **Obras completas** - totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.13-327.

compensando-se, pois, a quebra das leis do tabu (sagrado e proibido) e mantendo-se a coesão dos grupos[474].

Apesar da predominância na doutrina contemporânea dessa visão tradicional de vítima sacrificada, de mero sujeito passivo, confundindo-se com ofendido, prejudicado, lesado[475], há esboços conceituais para além da passividade. Estes apontam a possibilidade de autovitimização[476], o reconhecimento de variantes de sentido[477], anunciando a possibilidade de vítimas que colaboram na criminogênese e distanciam-se intensamente desse juízo de paralisia, que parace não ser mais um corte identitário único e invariável dos sujeitos do evento delito[478].

O abandono da observação maniqueísta é vislumbre meritório do desenvolvimento de estudos vitimológicos, em meados de 1930/1940, que elencaram tipologias vitimais

---

[474] Além disso, Cornil e Litré entendem por vítima aquele que se sacrifica em favor de interesses ou paixões de outrem. Conforme, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo I. 5ed. Buenos Aires: Editorial S.A, 1950. p.24; ou *La llamada victimologia*. *In:* ***Estudios de Derecho Penal y Criminología***. Bibliografia Omeba. Buenos Aires. 1961. Pensamos que essas ritualizações não integram a modernidade, mas curiosamente encontramos relatos de um caso de uma mulher estadounidense, que em 1978 matou seu filho de cinco anos e tentou o mesmo com o outro de dez, alegando que a vitimização era necessária e em adoração a Deus, pois eles "eram filhos de Satanás e iriam matá-la" se ela não o fizesse antes (DRAPKIN, Israel. El derecho de las víctimas. *In:* **Anuario de derecho penal e ciencias penales**. Madrid, 1980. P. 368).

[475] Sobre a visão clássica, a vítima como o perdedor de direitos fundamentais, em virtude da ocorrência de violações de seus direitos humanos, reconhecidos internacionalmente, e por atos lesivos comuns (Vide, SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1493; e OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 9) Ainda, a vítima como lesada, ofendida e sujeito passivo do delito, enquanto pessoa física ou mesmo jurídica, incluindo até o Estado (*vide*: GULOTTA, Guglielmo. ***La Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore, 1976. p. 6); Oliveira diferencia prejudicado, lesado e sujeito passivo, servindo-se do crime de homicídio. Aduz que o último seria o morto e os primeiros os que dependem do *de cujus*. Conclui afirmando que normalmente o sujeito passivo é prejudicado, mas que nem sempre o inverso procede. O prejudicado sofre danos patrimoniais em decorrência do crime, cabendo-lhe ação de ressarcimento; sobre distinções entre termos lesado, prejudicado, vítima, *vide*: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79 e ss).

[476] No senso originário é a "pessoa ou animal sacrificado à divindade; no geral, "pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso"; e, em termos: "jurídico-geral aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado; jurídico-penal-restrito, o que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal; e jurídico-penal-amplo, toda a comunidade que sofre as consequências do crime". Conforme, MOURA BITTENCOURT, Edgar de. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971, p. 51.

[477] A guisa de exemplificação, no Código Penal em vigor, o uso do termo vítima e do ofendido ocorre indistintamente, art. 59: "o juiz atendendo à culpabilidade (...), bem como ao comportamento da vítima estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"; perdão do ofendido, art. 105:"o perdão do ofendido (...)". BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

[478] Nesse sentido, a vítima passa ser entendida como a pessoa física ou jurídica (Estado, entidades coletivas, família, sociedade etc.) que sofre as consequências da infração ou é titular do bem jurídico tutelado (difuso ou coletivo) lesionado ou ameaçado de ofensa grave. Prescinde-se da noção sacral que os agrupamentos e religiões primitivas lhe atribuía, admitindo-se o caráter interacionista da relação entre vítima e agente no desenrolar da relação contenciosa Conforme, BETTIOL, Giuseppe. ***Diritto Penale***. *Parte generale*. Milano: Giuffré, 1958. p. 529- 534; e BERISTAIN, Antonio. ***Victimología.****Nueve palabras clave*.Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.p.456-457.

(inspiradas na Criminologia e as classificações de criminosos). Conforme um dos precursores, o vitimólogo Hans Von Hentig[479], "o direito deve fazer uma distinção clara entre quem pratica e o que sofre. Olhando para a gênese da situação, em um número considerável de casos, encontramos vítimas que consentem tacitamente ou mesmo que cooperam, conspiram e provocam explicitamente o delito". Não se pode fechar os olhos para esse titular do bem jurídico, que, não escassas vezes, reveste-se "tal qual as ovelhas que atraem os lobos nos campos"[480], de caráter instigador à própria vitimização.

Lembramos, que esse *insight* da chamada vitimologia, com a pretensão de sistematizar os conhecimentos empíricos relativos à vítima, aproximou-se mais de um estudo classificatório de tipologias da vítima (tomando como parâmetro a sua maior ou menor contribuição para gênese delitiva), do que da busca por soluções concretas acerca da complexa questão da relevância jurídico-penal da sua conduta (sua possível co-responsabilidade a influir na imputação de outrem).

De todo modo, a partir de tais estudos primeiros, a vítima passa a constituir informação nas discussões das ciências penais, como fator desencadeante, em certas circunstâncias, na etiologia do crime. O que desencadeia o desenvolvimento de outros padrões conceituais ao vocábulo vítima. Assim, "é preciso deixar de lado o preconceito da inocência da vítima. O sujeito passivo, morto, humilhado, física ou moralmente, não é sempre sinônimo de inocência"[481], podendo esconder potencial deflagrador da conduta delitiva em prejuízo, inclusive, próprio, como detalharemos abaixo.

3.3.1 Coexistência de paradigmas conceituais sobre a vítima na dogmática jurídico-penal moderna: o titular do bem jurídico entre a passividade e o potencial de contribuição na criminogênese

Criar a equação que categórica e genericamente defina lados oponentes cerrados de benfeitores e malfeitores é fantasiar, semelhante a preconceber transviados irreversíveis e superanjos de eterna brandura. Não se pode olvidar o terreno movediço do desenlace

---

[479]HENTIG, Hans von. ***The criminal and his victim***. *Studies in the sociobiology of crime.* New York: Schocken Books, 1979. p.384 ("the law makes a clear-cut distinction between the once who does and the one who suffers. Looking into the genesis of situation, in a considerable number of cases, we meet a victim who consents tacitly, co-operates, conspires or provokes", original).

[480]OLIVEIRA, Edmundo. Novos rumos da vitimologia: o crime precipitado pela vítima. *Boletim* **IBCCRIM**. São Paulo, v.9, n.107, p. 17, out. 2001. Para o referido autor tem-se que a inércia pode perfeitamente inexistir na conduta da vítima, posto que há casos em que a mesma interatua com o agente e o meio, dominando o crime e gerando ou programando as coordenadas para sua vitimização. Origina-se disso o chamado crime precipitado ou a chamada precipitação vítimal.

[481]NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 25.

interativo possível entre ambos os protagonistas do crime em dados contextos. A vítima também é dotada de singular plasticidade, sua definição não se reduz a uma configuração unívoca, é passível de modulações ampliativas ou restritivas, a depender da força que permeia o debate vitimológico. A vítima pode, paradoxalmente, vítima não ser, sem que se acarretem grandes enigmas ou anátemas, apenas se observem latências no universo da imputação clássica penal, com a possibilidade, nada incomum, de uma permuta de papéis perfeitamente fungíveis, ou ainda, pode ser o simples caso de uma situação de falta propriamente de vítima nos moldes penais[482].

No mundo real (construído), os papéis desempenhados por pessoas não se encaixam com nenhuma fixação e simplicidade nesses moldes de bem *versus* mal. No processo penal, menos ainda essa realidade é real, já que as partes relutam arduamente em busca de meios (provas, construções permeadas de latências) para criar uma observação, que lhes seja favorável, e, assim, convença ou coloque o intérprete em dúvida. A verdade real é a verdade construída e arrematada nas decisões judiciais, que podem ter correspondência com as comunicações dogmáticas manejadas convincentemente pelas partes. Essa é uma verdade possível da dinâmica do crime e da própria vida, que nem sempre retratará fidedignamente a linha que separa a construção de uma personagem tida como autor e outra como vítima.

Todavia, afora essas ficções reais (realidades construídas à sombra de ilusões ou ilusões construídas a sombra de realidades) produzidas pelas comunicações no palco do processo penal, a vitimologia renova a ideia de delito, como intercâmbio entre ofensor-vítima. Esse setor em crescimento no século XX aduz que o estudo da vítima, no âmbito dos estudos penais não é novidade, apesar de sua pretérita exposição ser pouco metódica. Sendo assim, atualmente estaríamos apenas a revigorar, de forma organizada, o olhar ao objeto, a fim de se construir outras arestas pouco exploradas sistematicamente antes, embora já existentes.

De forma bem sucinta, os vitimólogos destacam três momentos histórico-culturais da presença da vítima em situações conflitivas: (1) "idade de ouro ou protagonismo vitimal", caracterizada pela ausência de um poder regulador diverso da própria vítima e seus familiares, que retribuíam (*revindicta*), em busca de vingança privada, produzindo reiteradas guerras grupais, com exacerbada violência gerada por essa "justiça com as próprias mãos". Gradativamente, surgiram meios de mitigação dessa lei do mais forte (*homo homine lupus*), como a *compositio* (composição do dano) e punições proporcionais, ainda que violentas,

[482] Nada impede que um observador reconheça na atitude ativa do titular do bem jurídico, que sozinho e livremente o arriscou, como um caso de um não-crime, logo, sem autor e sem vítima nos moldes tradicionais penais. É apenas uma perspectiva diversa para a consideração da ideia de "vítima de si mesma".

como a lei do Talião; (2) "neutralização/ostracismo da vítima": em meados da crise feudal, ideais de pacificação social, objetividade, imparcialidade e equitativa e semânticas afins ganham força e iniciam-se os contornos da justiça pública, do conceito de bem jurídico e, assim, interesses dos reis passam a controlar a vingança privada e garantir seus interesses, neutralizando-se o "papel" da vítima na solução dos conflitos; e (3) "redescobrimento da vítima", no pós-segunda guerra, retorna-se (ou realmente nasce) uma cultura vitimológica, tanto de questionamento da participação (por exemplo, com a vitimodogmática), bem como com viés de proteção de interesses de direitos, compreensão de processões e traumas pelas vitimizações e reparação às vítimas e seus familiares[483].

O citado descobrimento da vítima seria justamente reflexo do advento da Escola Positiva e os primeiros estudos criminológicos, uma vez que surgem as intuições de vítimas provocadoras, destacando-se, com isso, a importância de se estudar as interações entre a dupla penal autor e vítima e as possíveis razões da vitimização. Lombroso e Garofalo expuseram preocupações sobre a influência das emoções violentas acarretadas pelo comportamento da vítima nas ações autores do crime. Já Ferri indiretamente mencionou que o pseudo-criminoso viola a lei em uma necessidade inevitável de autodefesa, por reconhecimento de condutas de vítimas provocadoras[484].

Apesar do aspecto controversos dessas supostas causas biológicas, antropológicas, sociais, psicológicas e afins[485], como primeiras classificações de vítimas predispostas, houve um impulso para a amplicação e criação propriamente ds tipologias vitimais mais consistentes

---

[483] SCHAFER, Stephen. ***Victimology: the victim and his criminal***. Virginia: Reston Publishing Company, 1977, p. 6-7; e MORENO, Myriam Herrera. ***La Hora de la víctima. Compendio de Victimología***. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996. p.86.

[484] Segundo Wolfgang a atenção aos homicídios provocados pela vítima, no início do séc. XIX, ganha consistência, inclusive, na literatura satírica francesa e americana: por exemplo DEQUINCEY, Thomas. ***De l'assassinat considere comme um des Beaux-Arts***. Gallimard, Paris, 1963 e GIBRAN, Khalil ***The Prophet***, Editora A.O, 1978). Ainda, segundo o autor, Gabriel Tarde protestou contra os "erros legislativos" derivados do fato de não considerar os elementos indicativos de uma inter-relação entre a vítima e criminoso e sublinhou a possível responsabilidade da vítima relativa a algumas ações por ela tomadas (TARDE 1912 *apud* WOLFANG, Martin E. *Victim precipitated criminal homicide*. In: ***The journal of criminal law, criminology and police science***. New York, 1957. vol. 48/maio. p. 2-11). Os estudos não apenas penais, mas em áreas de psicologia, de psiquiatria e afins, expressavam a convicção de que determinados indivíduos possuíam algum traço característico de predisposição à vitimização (MOURA BITTENCOURT, Edgar de. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971, p.14 e GULOTTA, Guglielmo. ***La Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore,1976, p. 3). Nesse diapasão, Anselm Feuerbach atribui, referindo-se a um caso de parricídio, à vítima a quase totalidade da responsabilidade do delito. Em termos exatos, "foi ela própria a autora culpada de tudo que a vitimou". Tratava-se de uma situação em que o pai molestava o filho por anos, depois vindo a ser vítima de sua vítima (*apud* PAASCH, Fritz R. *Problèmes fondamentaux et situation de la victimologie*. *In*: **Revue Internacionale de Droit Pénal**. n. 1 e 2. 1967. p. 121).

[485]Em meados de 1952, F. Tennyson Jesse destaca em *Murder and its Motives* um conceito de predisposição vítimal, cunhando *murderees* ("assassinável") para designar "um tipo de ser humano que é predisposto a ser assassinado". GULOTTA, Guglielmo. ***La Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore,1976., p.4.

e de forma mais delineada. Nesse caminho, Hans von Hentig[486] e Benjamín Mendelsohn[487], em 1947, registraram classes de vítimas. O primeiro publica diversos grupos de vítimas e segrega as resistentes das cooperadoras. O segundo destaca a conveniência de se estudar a vítima, sob ângulos diversos: de direito penal, psicologia e psiquiatria.

Ademais, este último examina conjuntamente cinco produtos vitimais, cujo ponto de partida compõe-se por dois lados distintos: o da vítima inteiramente inocente (vítima ideal, desprovida de colaboração para o evento danoso) e o da vítima inteiramente culpável. Neste, inserem-se: a vítima infratora (comete a infração e termina como vítima, a exemplo, do homicídio em legítima defesa); a vítima simuladora (exemplo, imputa falsamente a prática de um delito a outrem); e a vítima imaginária (supõe ter sido vítima por psicopatia) [488].

Ainda, Mendelsohn segue qualificando, de modo mais detalhado, a vítima conforme o respectivo grau de influência na etiologia do crime, criando categorias distintas: aquela de culpabilidade menor (a ignorante que dá o impulso involuntário ao crime, expondo-se ao risco); aquela tão culpável quanto o autor (a voluntária que adere à conduta ou a sugere, como no suicídio por adesão e na eutanásia); e aquela provocadora, que por sua própria conduta incita o autor à prática do crime contra seu bem jurídico ou por imprudência dá causa ao mesmo[489].

---

[486] Hentig, pesquisador alemão radicado nos Estados Unidos, já em 1941, reconhecer as vítimas contributivas, na nossa perspectiva, o autor não facilita a identificação de vítimas que interagem ou não com o criminoso e com o meio social, no sentido de não aclarar o "como" ocorreria tal interação. Apesar disso, destaca os diversos grupos de vítimas coletivas e sua necessidade de proteção, dedicando-se, pois, a vertente de função de tutela da vítima ideal. Porém, ele reconhece que a vítima pode torna-se vítima apenas aleatoriamente, mas por influências externas, pressupõe, por assim dizer, um determinismo para perfis de vítima. HENTIG, Hans von. ***The criminal and his victim*** *(1948). Studies in the sociobiology of crime*. New York: Schocken Books, 1979.

[487]Mendelsohn, advogado de origem israelense, é, para a maioria dos estudiosos, considerado o primeiro a utilizar a expressão vitimologia, uma vez que em seus trabalhos de sociologia jurídica (1947, 1956 e 1957) publicou obra exatamente com este título; e anteriormente (1947) pronunciou uma conferência de Bucareste (no Hospital do Estado), sob o título "Um horizonte novo na ciência bio-psico-social: a vitimologia. (A esse respeito, *PAASCH,* Fritz R. *Problèmes fondamentaux et situation de la victimologie*. *In*: **Revue Internacionale de Droit Pénal**. n. 1 e 2. 1967. p.124 *e* MOURA BITTENCOURT, Edgar de. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971*,* p.15-16).

[488] Há controvérsias sobre o pioneirismo no uso do termo vitimologia, há quem atribua a Mendelsohn (*vide* PAASCH, Fritz R. *Problèmes fondamentaux et situation de la victimologie*. *In*: **Revue Internacionale de Droit Pénal**. n. 1 e 2. 1967. p. 623), há quem atribua a Hentig, tal prerrogativa, *(*JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La llamada victimologia. In:* ***Estudios de Derecho Penal y Criminología***. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1961, p.19-41; e NEUMANN, Elias. **Victimología**. *El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 31); já segundo Gulotta (**La *Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore,1976, p.5 e 9) aduz ter sido o psiquiatra americano F.WERTHAM em sua obra "*The show of violence"*, publicada em 1949, o primeiro a usar em debates a expressão vitimologia.

[489] Esse caráter interacionista da vítima é abordado de modo mais específico em *"Remarks on the interaction of perpetrator and victim*" *apud* SCHAFER, SCHAFER, Stephen. ***Victimology: the victim and his criminal***. Virginia: Reston Publishing Company, 1977, p. 35-42.

Outras tipologias, como a de Fattah[490], falam em vítima *provocadora* ativa (consciente) e passiva (não consciente), ambas incitam o autor, mas, respectivamente, de modo direto e indireto; e das *participantes* ativas ou passivas, que funcionam no curso da execução do crime, contribuindo ou não com o resultado. Já segundo Gulotta[491], as vítimas distribuem-se em *falsas* e *reais*. As primeiras subdividem-se em *simuladoras* (incriminam um inocente por vingança, recato ou outra motivação) e *imaginárias* (sem consciência da não ocorrência do crime, sustentam falsas acusações em decorrência de psicoses, paranoias, histerias etc.). Enquanto as segundas dispõem-se em: *acidentais/fortuitas* (vitimizadas por fenômenos naturais – terremoto, ciclone, vulcão etc.); *indiscriminadas* (vitimizadas por terrorismo, fraude no comércio, crimes ambientais etc.); *alternativas* (que se expõem a certo evento como possíveis ofensores ou vítimas – duelos, rixas etc.); *provocadoras* (aquelas de crime de sedução e estupro); e *voluntárias* (que praticam suicídio, eutanásia, pacto de morte, havendo normalmente um consenso).

Por fim, Neuman[492] divide seu rol em vítimas individuais, familiares, coletivas, sociais (ou do sistema social). Na primeira categoria há a separação as vítimas sem atitude contributiva e lesiva ao seu bem (chamadas de inocentes ou de resistentes), das com *atitude vitimal culposa* (provocadoras, cooperadoras ou solicitantes) e as com *atitude vitimal dolosa*. Com isso, reforça-se, uma vez mais, a existência de vítimas capazes de colaborarem com o surgimento do delito, interatuando com o presumido autor.

Nesse cenário produzido a partir do enfoque etiológico acerca da vitimização, surgem também outras expressões e semânticas, a saber: dupla-penal[493], precipitação vitimal, *iter victimae*[494] e da periculosidade vitimal. A primeira enunciação proposta por Mendelsohn[495]

---

[490]A esse respeito, insta mencionar que o autor utilizando-se do termo "passiva", o qual imprime significação de inércia, evidencia o seu intuito de demonstrar que há vítimas que permitem a ocorrência do risco a si, posicionando-se em relação ao crime, mesmo que por omissões ou atos maliciosamente sutis, como a incitação, instigação ao presumido autor. FATTAH, Ezzat. ***La victime est-elle coupable?*** Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1971. p. 53-56.

[491] GULOTTA, Guglielmo. ***La Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore, 1976.p. 33-44 (os grifos no corpo da tese são nossos).

[492] NEUMANN, Elías. ***Victimología***. *El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, principalmente, p.31-32 e p 56-64.

[493]Válida a menção de que a referida "dupla-penal" (*pareja/couple penal*), cujos interesses são antagônicos, pode-se converter em "dupla-delinqüente" (*pareja criminal*) quando os interesses são harmônicos e agem em consenso, vítima e agente (sobre isso, MANZANERA, Luiz Rodríguez. ***Victimología: estudio de la víctima***. México: Porrúa, 1990, p. 55-56).
p.128-129 e JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo I. 5ed. Buenos Aires: Editorial S.A, 1950. p. 164).

[494]Acerca do tema recomenda-se: OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**. O crime precipitado ou programado pela vítima. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 123-136.

[495]PRITTWITZ, Cornelius. *Contribution de la victimologie aux sciences criminelles*. In: ***Revue de Droit Penal et Criminologie***. 1959, p. 587. [s.d.].

trata do par delinquente-vítima, que possuem interesses pouco antagônicos, atuando ambos em direção do resultado ofensivo. A segunda expressão, cunhada por Wolfgang[496] (*victim-precipitated*), diz respeito às situações em que a vítima contribui (aderindo à conduta do autor ou com esta colaborando) vastamente para a ocorrência do crime, de modo que, ausente sua precipitação, o fato não se constituiria. A terceira, por seu turno, reflete a trajetória interna e externa traçada pela vítima até atingir sua autovitimização. Por derradeiro, tem-se o estado psíquico e comportamental da vítima, que estimula a sua própria vitimização[497].

Diante da evidência de que nem todo réu é culpado e nem todo sujeito passivo é passivo e inocente, reforçada pelas mencionadas tipologias, segundo Prittwitz[498], a dogmática penal, com certa mora, extrai consequências programáticas e normativas dessa sugestão. Trata-se da invenção denominada de vitimodogmática (*viktimodogmatik)*, uma tentativa de doutrina sobre a conduta da vítima ou dogmática de orientação à vítima. Por outra senda, o direito penal enxerga macrovitimizações (por influência também dos pós-guerras, nazismo, genocídios e das bandeiras de direitos humanos), como, por exemplo, as familiares, de crianças maltratadas e exploradas economicamente, mulheres agredidas, vítimas de delito conjugal etc.; as coletivas, as vítimas de alta traição, conspiração, golpes, sedição etc.; e as do sistema social, os excluídos, exilados, homossexuais etc.

Em suma, a elaboração das classificações das vítimas, por influência da Criminologia, em primeiro plano, enuncia a possibilidade de uma corrrelação entre comportamentos da dupla penal na precipitação do evento criminoso. A possibilidade de correspondência de atitudes geradoras do evento leva às pautas de discussões, nas chamadas ciências penais, a revisão da passividade como marca identitária da vítima. Se o sujeito não é passivo, os olhares para adentram em níveis mais profundos para averiguar em que medida ocorrem as contribuições e cooperações do titular do bem jurídico. Assim, ao lado da vítima ideal, inocente, passiva, a semântica vítima contributivia, participativa, interativa, favorecedora, cooperadora passa a integrar o universo comunicativo do direito penal. Essa memória da concepção da vítima como comunicação ampliada culmina com uma abertura de subsetores dentro própria vitimologia, por assim dizer, duas ramificações especializam-se.

---

[496]WOLFANG, Martin E. *Victim precipitated criminal homicide*. In: ***The journal of criminal law, criminology and police science***. New York, 1957. vol. 48/maio. p. 2-11.

[497] MANZANERA, Luiz Rodríguez. ***Victimología: estudio de la víctima***. México: Porrúa, 1990, p. 146. A aludida expressão, periculosidade da vítima, sofreu inúmeras críticas por atribuir "culpa" a vítima, sugerindo a substituição pelas expressões "vulnerabilidade da vítima" ou "participação da vítima".

[498]PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de La víctima em La teoria penal. In:* ***La víctima en el sistema penal.*** *Dogmática, proceso e política crimina*l. Lima: Grijley. p.65.

De um lado, a vitimologia lança seu enfoque nos debates internacionais sobre a violação de direitos (humanos) das vítimas. Trata-se de um campo de estudos voltados aos interesses de assistência jurídico-processual-penal da vítima. A função é propiciar formas de resguardar maior participação da vítima nos processo penais, sua inserção, de formas diversas, no próprio modo de pensar o controle social e a solução de litígios. Sob esse aspecto, desenvolvem-se pensamentos político-criminais de transação, mediação e até uma justiça restaurativa na busca pela satisfação e proteção dos direitos das vítimas e familiares.

De outro lado, a vitimologia especializa-se de tal forma que reveste-se de outras nomenclaturas. Esse setor percorre uma via direta de análise dogmática acerca papel da conduta das vítimas na ocorrência do crime. Agrupam-se, assim, diversas tendências teórico-dogmáticas para refletir sobre a possibilidade do caráter relacional autor-vítima, quanto ao evento ofensivo, influir na construção do juízo de imputação penal do outro interveniente. Começa-se a pensar no comportamento da vítima como comunicação relevante para a tomada de decisão a respeito da atribuição e distribuição da responsabilidade penal pelo evento delitivo. Ingressa no discurso dogmático as informações sobre a conduta da vítima repercutir no abrandamento de penas ou até produzir a ilegitimidade da intervenção penal – como é o caso da denomidade vitimodogmática, assunto que desenvolveremos em continuação.

3.4 VITIMODOGMÁTICA: A INVENÇÃO DA AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA COMO PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO-DOGMÁTICO GERAL

A vitimodogmática é uma intuição teórica específica sobre o tratamento da conduta contributiva da vítima a partir de uma perspectiva dogmático-penal. A finalidade é enquadrar esse comportamento vitimal como medida geral para o tratamento da corresponsabilidade penal entre autor-vítima frente à gênese do crime. Busca-se, assim, integrar o fator desencadeador da atitude da vítima na criminogênese à valoração jurídico-penal do comportamento do sujeito interveniente, ou seja, vincular a causa vitimal à análise acerca de imputação penal do agente[499]. Trata-se de uma postulação direcionada à programação

[499] Possivelmente, o primeiro estudo conhecido do público, com componentes dogmáticos específicos sobre a vítima foi de Hans Schultz (em 1956), *Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer* ("Observações criminológicas e criminais sobre a relação entre o perpetrador e a vítima", tradução nossa). Muito embora já fosse conhecido o trabalho *Die Anreizung des Täters durch den Angegriffenen* ("O incentivo ao agressor pelo agredido" In: Festival em Munique de Karl von Birkmeyer, em 27 de junho de 1917. Aalen: 1992, tradução nossa), a favor da criação de um critério geral de medição da pena, em atenção à comissão do fato por incentivos e por contribuições advinda da parte da vítima (*Vide*: CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal.*** *Estudio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima e autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p. 223. Apesar das raízes vitimológicas de Hentig e Mendelsohn, como citamos antes, a específica vitimodogmática, sob

condicional da interação autorresponsável, livre e consciente da vítima no crime. A proposta é de equiparação dessa atitude autônoma ou consentida da vítima a uma concausa do evento prejudicial aos seus próprios bens jurídicos. Por isso, requer sua incorporação como critério dogmático absolutizante (inserção na teoria do crime), para compor o rol de valores do juízo de imputação penal do terceiro, aquele envolvido com o titular do bem jurídico-penal em questão[500].

A pretensão mais ousada da vitimodogmática culmina com a criação de um dever de autoproteção da vítima, com a pretensão de que seja alçado a tal categoria de princípio geral do direito penal. É a composição do princípio vitimológico de aurresponsabilidade da vítima (*selbstverantwortungsprinzip*)[501]. Essa estrutura principiológica-vitimológica é o álibi-mestre da vitimodogmática, cuja função central vincula-se à restrição da interpretação teleológica dos tipos penais, com a consequente inferência pela não atribuição da imputação penal aos terceiros envolvidos na interação com a suposta vítima. Para fins penais, ocorreria uma

---

o registro desse termo, apenas é inaugurada ao final do século XX, em meados da década de 1980, com SCHÜNEMANN, em 1978 (*apud* PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de la víctima en la teoria penal. In:* ***La víctima en el sistema penal.*** *Dogmática, proceso e política criminal*. Lima: Editora Jurídica Grijley); também, *vide* SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas. In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, principalmente, p. 115-117.

[500]Mormente na Alemanha e Espanha, essa tendência teve como origem empírica reflexões sobre o crime de estelionato, no qual se identificou uma atuação livre, voluntária, consciente e participativa da vítima (por exemplo, com fornecimento de dados, facilitação da entrega de bens, senhas etc.). Também, constatou-se um intuito recorrente do titular do bem de obtenção vantagens, configurando o chamado estado de torpeza bilateral: o autor engana a vítima, oferecendo-lhe benefício, a vítima cai no engodo, pensando no suposto prêmio, e fornece o instrumental ou mesmo seu bem (*Vide*: SCHÜNEMANN, Bernd. *Teoria de la imputación objetiva*. *In*: **Revista de política criminal e ciências penais**. n. I, especial. Mexico, 1999. p.33; e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Reflexiones sobre la victodogmatica en la teoria del delito*. In: **Revista brasileira de Ciências Criminais**. v 25. p.23-57. São Paulo: RT, 1999, p.24). Amelung afirma que a dúvida concreta do sujeito passivo, ante a conduta enganosa devia excluir a existência de um erro relevante, pois o direito penal não deve proteger quem está capacitado para evitar erros sem dificuldade (*apud* TAMARIT SUMALLA, Josep M. ***La víctima em el derecho penal****. De la víctimodogmática a uma dogmática de la víctima*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988. p.21). Hungria considerava que a torpeza bilateral descaracterizava o estelionato, posto que o direito penal não podia prestigiar má-fé e o "crime patrimonial sem lesão antijurídica contra o patrimônio é uma *contractio in adjectis*". (s.d *apud* OLIVEIRA, Edmundo. Novos rumos da vitimologia: o crime precipitado pela vítima. *Boletim* **IBCCRIM**. São Paulo, v.9, n.107, p. 17, out. 2001, p.135). Houve quem aduzisse que, com essas primeiras reflexões, realizava-se uma espécie de culpabilização da vítima (***blaming the victim***). Endossando tal pensamento, LARRAURI PIJOAN, Elena. *Vicitmologia: qui són lês victimes? Quins son els seus drets? Quines sin lês seves necessitats?* In: BUSTOS RAMIREZ, LARRAURI PIJOAN. ***Victimologia:*** *presente y futuro* (*hacia um sistema penal de alternativas*) Barcelona: PPU, 1993. p.133. Contrariamente, Oliveira entende que vitimodogmática é bem mais que uma nova versão da ultrapassada concepção de *blame the victim* (culpa da vítima), mas visa a justa distribuição da pena e/ou para a descriminalização da própria conduta lesiva. (*Vide*: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal.** Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.135).

[501] Segundo Bernd Schünemann tal princípio passaria a desempenhar uma dupla função: inspirar futuras reformas legislativas (perspectiva de *lege feranda*) e presidir a tarefa interpretativa dos tipos penais, propiciando restrições teleológicas dos mesmos, com a consequente exclusão de certas condutas da esfera do penalmente relevante. (perspectiva de *lege lata*), do chamado alcance normativo do tipo. (SCHÜNEMANN 1982 *apud* SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *La victima em El futuro de la dogmática. In:* BERISTAIN, Antonio, DE LA CUESTA, José Luis (ed.). ***Victimología***. San Sebastián, 1990, p 158-159).

consideração axiológica negativa das condutas do titular do bem jurídico-penal frente ao respectivo tipo penal, uma vez que a vítima, dentro dos limites de seu agir autorresponsável (livre e consciente), expôs seus próprios bens a perigo ou ofensa renunciando a proteção do direito penal. O comportamento da vítima é considerado alheio à área geral de abrangência conceitual da norma penal (*Begriffhot*), o que justificaria o não merecimento de pena para tais hipóteses, e, portanto, para quem interatuou com a vítima[502].

A explicação da base justificadora dessa radical tendência dogmática sobre a vítima perpassa por concepções político-criminais, ou seja, pelos chamados pressupostos materiais mínimos da tutela penal. Para fortalecer ou forjar a validade e a legitimação da categoria-mestre da vitimodogmática, o seu princípio vitimológico da autorresponsabilidade, utiliza-se dos princípios limitadores da intervenção penal, *do ius puniendi*. Queremos dizer, que esse setor cria um princípio cuja criação é fundamentada a partir de outros princípios. Sabemos que da natureza subsidiária do poder penal depreende-se seu caráter secundário, ou seja, quando existirem meios menos gravosos para solucionar o problema criminal, como a existência de outras áreas jurídicas, é defesa a interferência penal. Porém, não sabíamos, até que os "vitimodogmáticos" (estudiosos da vitimodogmática) explicitassem, que, no seu lugar de fala, se incluem dentre aqueles meios, não somente as formas de controle social e formal

---

[502] A diferença entre interpretação teleológica e redução teleológicas é considerada entre os próprios vitimodogmáticos. Sabemos que a intenção de ambos procedimentos metodológicos concerne em eliminar da esfera da tipicidade hipóteses que não são entendidas como previstas no texto. À luz da filosofia analítica da linguagem, podemos distinguir o núcleo do conceito (*begriffkern*) e a área do conceito (*bregriffhot*), os elementos seguramente atribuíveis ao conteúdo da normas são elementos positivos (*positive Kandidaten*) e pertencem ao *Begriffkern*; já aqueles elementos sobre os quais se há dúvida sobre sua atribuição ao tipo são tidos como elementos neutros (*neutralen kandidaten*) e pertencem ao *Bregriffhot*; por sua vez, os seguramente alheios e estranhos ao conteúdo da norma são considerados elementos negativos (*negativen Kandidaten*). A partir dessas ideias, podemos dizer que os teóricos que tratam da interpretação teleológica limitam-se a operar sobre os elementos negativos ou neutros; já os que se valem da redução teleológica índice sobre os elementos positivos para eliminá-los também do núcleo de conceito do tipo (*Begriffkern*). Nesse sentido, há divergência entre os próprios teóricos alemães. Por exemplo, M. Ellmer (*Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, p.287) amplia a ideia vitimodogmática porque justamente trabalha com a ideia da redução teleológica à tipicidade do delito de estelionato. Afirma que nos casos em que a vítima podia evitar sem esforço particularmente gravoso, são hipóteses de análises de elementos positivos propriamente, que por meio do procedimento metodológico da redução, devem ser colocados à margem do núcleo de significado da conduta típica (No sentido dessa discussão e sobre à menção de M.Ellmer, *vide* DEL TUFO, Valeria**. *Profili critici della vittimo-dommatica*. *Comportamento della vittima e delitto di truffa.*** Napoles: Jovene Editore, 1990. p.66-74). Hillenkamp (*Vorsatztat um Opferhalten, Göttingen*, 1981, p.153 e 192 e ss,) critica esse critério de diferenciação e fala que é comparável à fragilidade da explicação da diferença entre analogia e interpretação extensiva, situações em que dificilmente tipificável pela mesma indeterminação dos vocábulos e, assim, muito flexível seriam os limites entre os conceitos a serem individualizados. Por isso, critica esses procedimentos metodológicos (interpretação ou redução) usados pelos vitimodogmáticos, considerando-os contrastantes com o princípio da legalidade – mesmo *in bonam partem* seriam ilegítimos, porque remeteriam a legalidade que, como princípio protetor da liberdade do cidadão frente ao arbítrio do Estado, daria um valor prevalente à tutela da liberdade do autor em detrimento da vitima (*apud* CAGLI, Silvia. ***Condotta della vittima e analisi del reato***: profili problematici e di teoria generale, p.1148-1193. In: ***Revista italiana di diritto e procedura penale***. Nuova Serie a.43 n.3.Ano XLIII (Luglio-Settembre), Milano: Giuffrè, 2000, p.1172.

do Estado, senão às possíveis medidas de autotutela da vítima potencial. A *ultima ratio* é chamada para embasar a tese hermenêutica limitadora tipo objetivo penal na seguinte lógica: a intervenção do direito penal torna-se desnecessária quando a vítima por si só possuir meios menos gravosos à sua autoproteção[503].

Trata-se da aplicação do critério da autorresponsabilidade que põe em evidência pelo menos duas consequências, a saber: (1) o dever e a necessidade de adoção de meios hábeis, possíveis e exigíveis de proteção por parte do próprio titular do bem jurídico-penal; (2) o desmerecimento e a desnecessidade de amparo penal frente a não realização da autotutela nos padrões sobreditos com correspondência ao não merecimento e não necessidade de pena para o fato e o interveniente. A emenda justificativa desse raciocínio gira em torno do argumento de proibição de um paternalismo desmedido[504]. Entende-se que, em sendo a última medida resolutiva de conflitos, a esfera penal não deve ultrapassar as oportunidades individuais de autodefesa da vítima, bem como não deve interferir nas escolhas privativas de disposição dos próprios bens. Se o titular autorresponsável pelo bem não se autoprotegeu, quando devia e podia fazer, ou consentiu/optou pela sua disposição, o agente que com ele interegiu, não é imputável porque o fato é atípico. O evento prejudicial é uma construção causal atribuída preferentemente ao referido titular – como não se trata de uma categoria de culpabilização, evidentemente, não há que se falar em reprimenda penal para o titular do bem jurídico, mas apenas na presença de uma causa de exclusão da tipicidade para o terceiro envolvido[505].

Sem pretender se desfazer de toda a fórmula do princípio vitimológico, porém alterando sua natureza jurídica, desenvolve-se, ao interno da tendência vitimodogmática, uma

---

[503] Schünemann afirma que não cabe apelação genérica a respeito da proteção do bem jurídico, o que faria supor que a norma estabelece uma proteção indiferente ao bem. Por isso, deve-se considerar o princípio vitimodogmático, pelo qual o direito penal não tem razão de intervir tipificando e sancionando uma conduta que não resulta contrária a escolha autorresponsável, livre e consciente do titular do bem jurídico envolvido. *Vide*: SCHUNEMANN, Bernd. *Sistema del dereho penal y victimodogmática*. In: DIEZ RIPOLLES, José Luís (et.al.). ***La ciência del Derecho Penal ante el nuevo siglo***: *libro homenaje al professor doctor José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p.166 e ss.

[504] Paternalismo direito no direito penal é a utilização de sanções penais para a criminalização de conduta de uma pessoa que autolesionar ou que tenta se autolesionar, ou seja, uma violência coercitiva estatal acionada para impedir autolesões. Diferentemente, o paternalismo indireto concerne ao uso do direito penal para proibir comportamentos que auxiliam um outro a lesionar-se. No direito penal alemão, evita-se o paternalismo direto, por exemplo, suicídio assistido e autolesão dolosa são atípicos; mas segue-se com alguns paternalismos indiretos, como matar a pedido ou lesionar a pedido, continuam típicos. Não há outros aprofundamentos a respeito das razões para se afastar o paternalismo, para além da ideia de autodeterminação da pessoa. Para aprofundamento do debate, vide: HIRSCH, Andrew von. **Paternalismo direto**: autolesões devem ser punidas penalmente? In: **RBCCRIM**. N.67. julho-agosto de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.11-28.

[505] Sobre essa questão de merecimento e necessidade, *vide*: CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal****: Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor em actividades arriesgadas*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 249-253; também, *vide* SCHÜNEMANN, Bernd. ***Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.*** Madrid: Tecnos, 2002.

linha de pensamento moderada, porque circunscrita às fronteiras da dosimetria da pena[506]. Em crítica aos critérios metodológicos e ao tratamento radical – consideração da atitude da vítima pela via da exclusão da tipicidade – buscam tão somente considerar que, a partir da sua autorresponsabilidade, dentro das condições limites, sua contribuição para a ocorrência delitiva, ensejará uma mitigação da sanção penal para o autor. Logo, considera ilegítima à extrapolação dos limites da previsão legal, com a imposição geral do referido princípio como excludente para as infrações penais, mas vislumbra repercussões da correlação entre comportamentos vítima-autor em termos de proporcionalidade da pena[507].

Segundo a postura de moderação, nos delitos culposos, pode se afirmar uma espécie de concorrência de uma imprudência da vítima juntamente com a do autor. A consequência seria rebaixar o grau do dever de cuidado da infração, quando da aplicação da pena. Mas, não se descarta a possibilidade pontual de configuração da corresponsabilidade (*mitverschulden*) da vítima, com afastamento a imputação do resultado para o autor. Essa concepção é aplicável por extensão aos delitos dolosos. Ora, se de modo simultâneo ou posterior à conduta do autor há uma intervenção da vítima, mediante ações ou omissões dolosas ou gravemente imprudentes, as quais agravam o resultado previsível, este não é imputável objetivamente ao autor. Entende-se que, em certas ocasiões, o comportamento provocador ou concausal da vítima pode diminuir o conteúdo de antijuridicidade (dano social) do fato do autor ou a culpabilidade do mesmo (possibilidade de receber em condições normais a motivação da norma)[508].

---

[506]Sobre essa posição, TAMARIT SUMALLA, Josep M. ***La víctima em el derecho penal***. *De la víctimodogmática a uma dogmática de la víctima*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988 p.42 *e ss; também* SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *La victima em El futuro de la dogmática. In:* BERISTAIN, Antonio, DE LA CUESTA, José Luis (ed.). ***Victimología***. San Sebastián, 1990, p. 107e ss. Em termos gerais, a ideia dessa vertente moderada é que os tribunais, quando da realização da sentença, encaixem a conduta contributiva da vítima como fator para baixar (sentido amplo) a sanção.

[507]Sustentada por Hillenkamp, Arzt, R. Hassemer e Kratzch, essa posição considerada majoritária em adesão pelos teóricos da vitimodogmática. É comum a aceitação dos postulados para explicar os acidentes de trânsito, po exemplo, um acidente provocado pela imprudência de determinado condutor, que ao bater em outro veículo atinge uma vítima que não utilizava a cintura de segurança. As consequências sofridas por esta não se imputam em sua totalidade ao autor, deve-se considerar também à imprudente omissão de medidas de autoproteção da vítima. Sendo assim, o intérprete deverá considerar essa atitude para balizar a aferição da pena *in concreto*. *Vide*: TORIO LOPEZ, Ángel. Significacion dogmática de la compensacion de culpas, em derecho penal. In:***Estudios penales en memória el profesor Agustín Fernandes-Albor***. Santiago de Compostela, 1989 p. 709 e ss.

[508]Javier Remesal aduz que essa a posição moderada prevalece entre os teóricos, que defendem os efeitos do comportamento da vítima à atenuação da responsabilidade penal do autor. Posição justificada pelo seguinte enunciado jurídico: nos crimes culposos, as culpas do autor e vítima não se compensam, mas podem concorrem em termos de dosimetria. Reafirma grandes críticas sobre a posição mais extrema, no que diz respeito ao aspecto metodológico (restrições típicas *contra legem*, opostas ao princípio de segurança jurídica) e de política criminal, desconfiança em relação ao Direito e retorno à justiça privada (*apud* CARVALHO, Alexandre Victor. Vítima e Dogmática, In: SÉGUIN, Élida. **Vitimologia no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3).

Para tanto, Hassemer afirma que é preciso se pensar em uma noção sobre a possibilidade de autotutela (*selbstschützmöglichkeit*), o que deve ser feito pelo exame da capacidade da vítima de evitação de perturbações. Por sua vez, essa aptidão passa a depender do estado de formação social e da intensidade do perigo gerado ao bem jurídico-penal. Assim, a vítima potencial não pode ser forçada a adotar medidas de autoproteção que impossibilitem sua participação no processo social, no marco estabelecido e desenvolvido histórico e cuturalmente. Portanto, somente há a subsunção ao tipo penal as condutas suscetíveis de neutralizar as possibilidades de defesa, exigíveis, possíveis e praticáveis, à disposição da vítima[509].

Diante de tudo que foi colocado antes, notamos que as ideias vitimodogmáticas circundam a valoração da conduta da vítima para fins de responsabilidade penal do outro ator do crime. Seus postulados afirmam uma autonomia e autodeterminação do titular do bem jurídico-penal, baseando-se nessa fonte de liberdade, interpretam restritivamente à tipicidade ou transportam as concausas das atitudes tomadas pela vítima para o campo da aplicação da penal. A intuição vitimodogmática tem como questão de fundo a reflexão sobre o "até que ponto e em que termos" é cabível a manutenção da intervenção penal quando se reconhecimento da existência de vítimas interativas, que interagem, dolosa ou culposamente, no *iter criminis*, contra seu próprio bem jurídico, Ou seja, colocam em destaque a discussão do modo como essa atitude da vítima pode conduzir a afirmação de que as mesmas são corresponsáveis pelo prejuízo ao seu próprio bem jurídico penal – e, a partir disso, influir, diminuindo ou excluindo no juízo geral de imputação penal de outrem.

3.4.1. Inoperatividade do princípio vitimológico da autoresponsabilidade: a frouxa fundamentação teórica e a imprecisa diferenciação entre os crimes de relação e os crimes de intervenção

De acordo com os "vitimodogmáticos", o âmbito de aplicação da autorresponsabilidade da vítima apresenta-se limitado a algumas figuras delitivas. Sendo assim, deve-se proceder uma diferenciação entre os nomeados delitos de relação e os delitos de intervenção/agressão, na qual se leva em conta justamente essa interação ou não entre os sujeitos autor-vítima da especificação típica do crime[510].

---

[509] R.Hassemer *apud* TAMARIT SUMALLA, Josep M. ***La víctima em el derecho penal****. De la víctimodogmática a uma dogmática de la víctima*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988, p.24-25.

[510] Sobre essa diferenciação, *vide* DEL TUFO, Valeria**. *Profili critici della vittimo-dommatica***. *Comportamento della vittima e delitto di truffa.* Napoles: Jovene Editore, 1990. p. 30 e ss.

Na concepção de Schultz, a categoria dos delitos de relação abarca aqueles fatos que derivam de uma atual e direta relação (interpessoal) autor-vítima ou foram motivados decisivamente por esse contato. Para sua consumação, faz-se necessária certa contribuição da vítima, na realidade, o próprio tipo penal requer colaboração fática. Inversamente, nos delitos de intervenção, o tipo não pressupõe que a vítima participe no comportamento criminoso, ou seja, o autor pode intervir nos bens jurídicos protegidos sem mediação relevante de seu titular. Assim, não trazem em seu bojo a presunção da participação da vítima, influindo no comportamento do autor, como exigência para conclusão do evento[511].

De forma um pouco distinta, Hassemer trabalha, primeiramente, com uma classificação prévia entre crimes congruentes, de forma livre, em que todas as condutas prejudiciais ao bem protegido entram no âmbito da norma incriminatória; e crimes incongruentes, de forma vinculada, no qual apenas algumas condutas podem ser recolocadas no alcance do tipo penal. Estes últimos é que subdividem em crimes de relação (*beziehungsdelikte*) e delitos de intervenção/agressão (*zugriffsdelikte*)[512].

Nos primeiros exige-se a necessária contribuição da vítima e nos últimos não se faz necessária qualquer interação entre o autor e a vítima. Enquanto nos crimes de agressão a conduta da vítima só passa a ser relevante na medida em que possa afetar a origem do perigo (por exemplo, aumento de danos pessoais, lesões); em crimes de relação (fraude, usura, apropriação, estelionato etc.), a contribuição da vítima afeta em concreto a intensidade do perigo gerado ao bem. Por isso, importa considerar a possibilidade ou não de autotutela como um critério decisivo para a existência do fato típico. Nessa classificação, há, pois, consideração do aumento ou diminuição da capacidade defensiva da vítima, representando o parâmetro para a determinação do caráter típico da atividade do autor. Logo, à medida que aumenta o perigo concreto em razão do comportamento da vítima, diminui a necessidade da tutela penal ao seu bem jurídico[513].

---

[511]Conforme o autor, um exemplo típico de delito de relação é o estelionato, diferentemente do furto que não se encaixa na definição supracitada (SCHULTZ 1956 *apud* CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal****: Estúdios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor em actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001, p.239).

[512] H. SCHULTZ. (*Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer*, . In: *SchwCtr*, 1956, p.171 e ss) *apud* DEL TUFO, Valeria**.** ***Profili critici della vittimo-dommatica****. Comportamento della vittima e delitto di truffa.* Napoles: Jovene Editore, 1990, p. 37. De forma similar Pedrazzi argumenta, dentro do âmbito dos delitos patrimoniais, que existem crimes classificáveis como de "usurpação unilateral" e de "cooperação artificiosa". O autor justamente defende que nos crimes cuja tipicidade já traz explicitamente uma relação necessária entre autor-vítima, o magistrado não poderia deixar de considerar o comportamento da vítima na análise do tipo e mesmo da pena (Conforme, PEDRAZZI, Cesare. ***Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio***. Milano: Giuffrè, 1995, p.40.

[513]Desse modo, é nos incongruentes, que existem possibilidades de afetação que não são abarcadas pelo preceito penal, serão alheias ao alcance do tipo. Hassemer assevera que no âmbito dos delitos de relação basta com que a

Diante de nossas pesquisas, percebemos que a vitimodogmática encerra suas considerações assim. Sem maiores explicações a respeito do modo como determinar em que condições há maior ou menor probabilidade de a vítima se defender e as razões sobre há uma obrigação dessa autodefesa; ou como o merecimento ou necessidade de pena do autor vincula-se ao merecimento de proteção da vítima. Se essa tese fosse escrita em uma perspectiva dogmática, algumas reflexões desse cariz poderiam ser lançadas, assim como quem provoca a dogmática por meio do seu próprio pensamento dogmático, querendo encontrar as perdidas fundamentações materiais: (1) o Estado deve se retirar do âmbito conflitivo, quando (e porque) a vítima renuncia seus bens, convertendo-o, portanto, em assunto privado? (2) o afamado princípio, que, por si só, já representa que o direito penal é o direito do fracasso, a *ultima ratio,* como programa dirigido ao legislador e ao intérprete, poder gerar obrigação autodefensiva a vítima, sem se delinear qualquer arremedo sobre as condições? (3) por que e o quando o comportamento da vítima autodefensivo converte-se em fato menos grave para habilitar a não incidência do direito penal? (4) a partir de que ideia se infere que o legislador tenha querido fazer depender, com caráter geral, o merecimento ou a necessidade de pena das medidas de autoproteção exigíveis à vítima (que medidas são essas)? Enfim, a afirmação de que a vítima tenha precipitado o delito parece não contestar a pergunta decisiva de se a vítima tinha o direito ou podia comportar-se como o fez, dentro de um direito penal. Pensamos que esses poderiam ser alguns pontos de debates entre os próprios vitimodogmáticos[514].

Apesar de não ser o nosso foco as aproximações às provocações acima, inferimos, de todo modo, que vitimodogmática apresenta uma proposta para obrigar a vítima potencial – por si mesma e por meios próprios – a impedir a sua possibilidade de se tornar vítima. Dessa forma, o princípio vitimológico da autorresponsabilidade funciona para negar-lhe a proteção do tipo penal, quando ela cria, incrementa, expõe ao perigo/risco o seu bem jurídico. Portanto, em certos casos (imprecisos) a ideia de controle social é imposta ao titular do bem jurídico-penal. Nesse sentido, caberia aos tribunais levar em conta o comportamento da vítima para

---

vítima deixe de tomar medidas de autoproteção razoáveis para que desapareça a necessidade de proteção, enquanto que nos delitos de agressão a necessidade de proteção segue existindo enquanto não seja a vítima a responsável pelo risco gerado. Isso não significa que nesses últimos inexista relação entre vítima e autor, mas que esta não é pressuposto do tipo, em que se supõe uma atitude passiva da vítima. Neles cabe comprovação das possibilidades de autodefesa da vítima, pois se trata de situações em que não somente deixaria de haver perigo relevante para o bem jurídico, senão que podem dar-se eficazes medidas de autoproteção. HASSEMER, Raimund HASSEMER, Raimund (*Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag Zur Auslegung des Irrtumsmerkmals*, Vulnerabilidade da vítima e dogmática da vítima no direito penal: uma contribuição para a interpretação do critério do erro, p.66*apud* BONET ESTEVA, Margarita. ***La víctima del delito****: la autopuesta en peligro como causa de exclución del tipo de injusto*. Madrid: Ciências Jurídicas-McGraw Hill, 1999, p. 67-68.

[514] Para outras críticas de cariz dogmático (não sistêmicas) sobre as pretensões vitimodogmáticas em RAMÍREZ, Juan, LARRAURI, Elena Pijoan. ***Victimología***: *presente e futuro*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993, p.93 e ss.

escolher entre impor a pena com mitigação ou mesmo excluí-la, como já ocorre em algumas situações de consentimento, em relação aos agentes que atuam com a vítima.

Todavia, as propostas vitimodogmáticas, usando um termo bem dogmático, de *lege ferenda,* para os crimes em que a lei desenha a possibilidade de interação autor-vítima (em que há um contato ou a necessidade da vítima propriamente no desenrolar do crime, delitos de relação), parecem servir, em tese, para debater as análises empíricas dos danos/riscos aportados pelas próprias vítimas com seu próprio agir típico. O que significa, em suma, é que, graças ao desenvolvimento dessas tendências, tornou-se possível levar ao plano da argumentação jurídica uma comunicação sobre a conduta da vítima na dogmática penal – se não pela semântica exclusiva da "vitimodogmática", por outras, tal como a imputação objetiva e suas variantes sobre a postura da vítima na análise funcionalista do tipo penal, a seguir explicadas.

3.5 AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO CONSENTIDA: DIÁLOGO CRÍTICO ENTRE AS POSTURAS DE CLAUS ROXIN E AS LEITURAS DE LUZON PEÑA

Em despedida ao ontologismo e ao dogma causal[515], como centros de excelência e de suficiência[516] para a construção do juízo imputação penal (para a análise do tipo objetivo), as perspectivas funcionalistas lançam seus argumentos sobre a própria epistemologia do direito penal, a partir, principalmente, de critérios normativos (filtros valorativos) da chamada teoria da imputação objetiva.

Já pelos idos de 1973, Claus Roxin[517], por meio de reflexões sobre a proteção do bem jurídico como função do direito penal, à luz da política-criminal, formula a sua distinção-mestra: de um lado da forma, a criação de um risco permitido/ não-proibido (critério de não-imputação penal) e, do outro, a criação de um risco não permitido/proibido (critério de imputação penal). Na realidade, a teoria é desenvolvida de modo tópico, no senso que é pensada a partir de grupos de casos, com a enunciação de argumentos valorativos em aproximação a uma tese de não-imputação da responsabilidade penal, justamente, para os indivíduos que agem dentro do âmbito de permissividade do risco[518].

---

[515]Em tempos clássicos, neoclássicos e no finalismo (mesmo que de forma um pouco diversa, pois houve um primeiro filtro ao tipo objetivo, apesar de sua imprecisão, a adequação social, *vide*: WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Alemán. Parte General***. *Traducción* por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.66 e ss) predominava o citado dogma causal. Teorias como a equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada e da relevância jurídica determinaram (e ainda determinam, para intérpretes jurássicos) o argumento causal como reitor da imputação. Podemos falar, em certo sentido, de um movimento pendular na epistemologia da teoria do delito: oscilação entre o ontologismo e o normativismo, quando pensamos em termos de trajetória sobre as ideias do naturalismo, neokantismo, finalismo, e, doravante, funcionalismo. Em síntese, "partiu-se de um conceito de imputação baseado estritamente em critérios empíricos (teoria causal da ação) até chegar a uma concepção fundamentada normativamente (teoria da imputação objetiva)". (SCHÜNEMANN, Bernd, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken.* In: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*/ Introdução ao pensamento sistemático do direito penal. In: questões básicas do sistema de justiça criminal moderno. Walter de Gruyter. Berlin-NewYork, 1984, p.18 e ss *apud vide*, DÍAZ, Cláudia López. ***Introducción a la imputación objetiva***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p.19 e ss, tradução nossa).

[516]Ressaltamos que a insuficiência da causalidade material é constatada pelo próprio §1º do art. 13, do Código Penal vigente, limitando a teoria da equivalência por meio de considerações valorativas. Com base nisso, inclusive, surgiram classificações das inúmeras concausas, o que pode ser tratado à luz da imputação objetiva.

[517] O próprio autor assume que desde 1973 (em *Festschrift Gallas*, p.241 e ss) a sua invenção da heterocolocação é um dos temas mais debatidos e controvertidos da parte geral de sua obra. *Vide*: *La polémica em torno a la heteropuesta em peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidade en derecho penal* (In: ***Indret***. N.4. 2013, p.1); o mesmo em Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.129.

[518] Roxin é peremptório no sentido de que é insuficiente que o sujeito queira destruir o bem jurídico, deve haver risco proibido e seu resultado deve estar no alcance do tipo. Assim, relata o famoso caso do sobrinho que queria matar o tio, encaminhando-o um local propenso a queda de raios (como a Floresta Negra, na Alemanha), cuja ação é atípica. As ações *ex ante* perigosas é que merecem proibição, e, mesmo assim, nem todas (fabricação de arma, por exemplo). Além de arriscada, a ação deve ultrapassar o risco permitido (fabricar armas é permitido, desde que siga normas jurídicas e técnicas). Isso é analisado pela ponderação entre liberdade dos indivíduos e os bens jurídicos tutelados de outrem. Após essa análise, verifica-se se o risco foi criado pelo autor (político-

Na perspectiva do referido autor, os bens jurídicos, apesar de serem funcionalmente os cernes (a própria missão) do direito penal, eles não são coisas intangíveis e imodificáveis. Assim, cumprem função determinada de facilitar a interação social, mas, diante da sociedade de risco, podem existir dadas ofensas que não serão penalmente relevantes. É nesse sentido que o autor desenvolve seu conceito de risco permitido, como aquele inerente e pertencente ao normal desenvolvimento da contemporaneidade, sendo imanente ao contato e imprescindível ao progresso sociais[519]. Desse modo, há situações da vida moderna que não tem significado jurídico-penal suficiente e, portanto, não requer a aplicação da imputação (objetiva), mesmo que ofenda bens caros ao indivíduo[520].

Dentro desse raciocínio, tal conceito de risco permitido aproxima-se da ideia de sociedade de risco (à luz de Ulrich Beck[521]), mas sem maiores delineamentos. Sobre o conceito de risco não permitido, esse passa a ser inferido pela via negativa (de exclusão), ou seja, sobrando-lhe a correspondência àquele que será desaprovado pela sociedade, os que estão fora do estabelecido pelos critérios normativos[522] da própria teoria da imputação objetiva formulada. Todavia, é possível encontrar algumas institucionalizações específicas de uma possível identificação do risco permitido e/ou do risco não permitido, a saber: normas

---

criminalmente, no conhecido caso da ambulância, ou do médico que erra ao operar vítima lesionada pelo autor, as finalidades de prevenção geral positiva não surtiriam efeitos). Assim, incide uma norma de valoração *ex post*: examinar se o risco se realizou ou não no resultado, desde que previsível. Por último, investiga-se se o resultado está no alcance do tipo. Por exemplo, a norma proíbe ultrapassagens perigosas para evitar colisões, se o motorista ultrapassado sofre, em virtude de um susto, um ataque cardíaco, tal resultado encontra-se alheio ao âmbito da norma. Se se punisse tal conduta em nada aumentaria a segurança dos bens, quem tem um coração passível de ataques poderia morrer com qualquer outro susto (Sobre o tema, ROXIN, Claus. ***Derecho penal. Parte General***. t.I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conllevo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977, p.345 e ss).

[519] *Vide* ROXIN, Claus. O injusto penal e o risco não permitido. In: **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.39-45.

[520] Do simples ato de falar e apertar das mãos (mesmo antes do Covid-19), que pode ocasionar transmissão de doença; passando pelo tráfego dos veículos, que pode produzir acidentes, construção civil, fabricação de armamentos, até atividades industriais, nucleares e outras.

[521] Para Beck o risco aparece como inerente à civilização, no sentido que a ordem normal e o progresso exigiram sempre esse estado, infinitamente reprodutíveis, pois acompanham às decisões, como produtos da busca pelo controle, opondo à noção de segurança. A insegurança aparece como um elemento da liberdade. Pode parecer paradoxal, mas, para o autor, é também uma forma de democratização: é a escolha, continuamente renovada, entre diferentes opções possíveis. A mudança decorre desta escolha insegura (Sobre o tema, *vide* BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidade***. Barcelona: Paidós, 2001, principalmente, p.96 e ss).

[522] Em razão de um necessário recorte teórico, mencionamos aqui, mas não detalharemos, o primeiro grupo de critérios normativos atinentes à própria criação do risco, a saber: o seu incremento ou diminuição, o princípio da confiança, a proibição de regresso e os cursos causais hipotéticos. Nosso foco está noutro grupo, vinculado aos critérios voltados à realização do risco proibido no resultado. Neste, há a análise sobre o nexo de aumento do risco proibido no resultado (pelo qual se faz um juízo sobre o comportamento hipotético correto do suposto agente) e há situações que tocam o alcance do tipo. É propriamente nesse âmbito, que, analisando-se se o risco proibido materializa-se no resultado ofensivo ao bem jurídico, que entram os casos da influência da conduta da vítima para o juízo de imputação – assunto de nosso interesse. Para compreensão do tema, *vide* ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

jurídicas[523], técnicas[524], *lex artis*[525], modelo diferenciado[526], dever de advertir sobre o perigo e dos deveres de informação[527], do significado social do comportamento[528] e do princípio da confiança[529].

Ademais, a teoria de não-imputação teleológica-racional roxiniana traz estudos sobre grupos de casos, que, para além da atenção específica à produção do risco não permitido em si, relaciona-se com o momento subsequente a este, qual seja, aquele da realização do risco juridicamente (leia-se risco não permitido) relevante no resultado alcançado pela norma. A ideia refere-se a situações em que há, *a priori*, a criação do risco juridicamente desaprovado, mas o resultado (o evento ofensivo) não se encaixa no âmbito de evitação da norma penal. Se

---

[523] As expectativas normativas são sim parâmetros que nos ajudam a entender os limites do proibido. Por exemplo, as normas de trânsito.

[524] São regulamentações, via de regra vinculados a noção de segurança no âmbito laborativo, que podem ser utilizadas pelo intérprete para verificação em concreto da responsabilidade. Por exemplo, as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), das associações profissionais, como a OAB, CREA (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia), CRM (Conselho Regional de Medicina) etc.

[525] São regras de conduta atinentes ao exercício das profissões. Por exemplo: condutas médicas, que, moldam-se continuamente para aprimorar tratamentos dos pacientes.

[526] Esse modelo aparece na inexistência das normas de cuidado anteriores e consiste nos padrões de conduta exigível de um "homem diligente", no mesmo âmbito de relação em que se encontrava o autor presumido. Assim, considera-se não qualquer homem, mas o titular da arte, ofício desempenhado por quem executou a conduta. Ilustrando: doméstica realiza comportamento perigoso, as expectativas são inferidas das condutas gerais que são exigíveis a qualquer pessoa titular dessa função (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Teoria da imputação objetiva*:*** estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 13).

[527] O referido dever correlaciona-se à valoração das condições da conduta que será desempenhada, ao cálculo do provável desencadeamento do curso causal dos fatos, incluindo a capacidade do agente que a executará. Trata-se de um dever de exame prévio a respeito da situação. Por exemplo: médicos devem buscar exames técnicos das vítimas para proceder dado tratamento; um arquiteto deve ter conhecimentos para realizar certa construção, se não os tem, deve se informar, e se ver que não tem capacidade para tanto não deve realizá-lo (DÍAZ, Cláudia López. ***Introducción a la imputación objetiva***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p.117)

[528] No que respeita ao significado social do comportamento, releva ponderar a permissão de se pôr em risco um bem jurídico e o benefício (utilidade) social desta criação de perigo. Logo, a permissão de por em perigo um bem jurídico é diretamente proporcional ao benefício obtido. Quanto maior a utilidade social da ação, maior a permissão do perigo. Nesse ritmo, é ilegítimo criar grandes riscos nos casos em que o benefício é insignificante. Por exemplo: caso das técnicas tradicionais de medicina que se tornam inaptas para salvar vidas, e, por isso, permite-se o risco de novas condutas médicas, que, embora arriscadas, apresentam-se hábeis a salvar vidas. Assim, mesmo que alguma sequela seja causada ao paciente, o médico, agindo dentro do risco permitido, pratica ato atípico, à margem do direito penal; competições desportivas etc. (DÍAZ, Cláudia López. ***Introducción a la imputación objetiva***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p.118).

[529] O princípio da confiança, criação jurisprudencial alemã, baseia-se na concepção de que todas as pessoas são responsáveis e devem agir de modo a não prejudicar terceiros. Assim, espera-se que nos moldes sociais normais todos satisfaçam as expectativas de seus papéis, cumprindo seus deveres na realização de suas atividades, permitindo o regular desenrolar da vida em comunidade. Desse modo, criam-se diretrizes de comportamento social – por exemplo, para o tráfego de veículos, trabalho de equipe de profissionais e realização de conduta culposa ou dolosa por parte de terceiros – sobre as quais todos se organizam confiando que, em contrapartida, os outros se comportem também. Aqueles que respeitam normas de trânsito esperam que os outros condutores também o façam. Já quem trabalha em equipe, como nos procedimentos médicos, também espera que os demais integrantes do grupo cumpram suas obrigações sem a necessária vigilância sobre eles. Quanto aos que agem culposamente estes não podem responder pelo comportamento doloso ou mesmo culposo de outrem, como no caso do delegado que descuidadamente deixa sua arma sobre a mesa e dada pessoa aproveita para matar outrem (Segundo Jakobs foi Stratenwerth que ajustou a essa ideia ao âmbito penal, JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal.** Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003. p. 85-86).

o tipo não abarca esse resultado, não há imputação penal para o indivíduo que interatuou com o titular do próprio bem[530].

Em decorrência da chamada relação de risco (ou nexo de antijuridicidade) não ocorrer, nesses grupos de casos, não se pode falar, em conduta típica. Supõe-se, assim, uma interpretação restritiva e teleológica do tipo objetivo justamente com base em resultados não coincidentes com a sua pretensão de evitamento. São nessas situações de análise do alcance do tipo, em que é possível considerar a influência da conduta da vítima para a realização do juízo de não-imputação da responsabilidade penal – para o indivíduo que interagiu com ela, enquanto titular do bem jurídico afetado. Trata-se de hipóteses classificadas em: autocolocação dolosa da vítima em risco e heterocolocação em risco consentida pela vítima[531];

A autocolocação dolosa da vítima em risco com a cooperação de terceiros torna-se realidade (jurídica) de decisões judiciais, na década de oitenta, nos tribunais alemães. Foi justamente pela influência de Schünemann (discípulo de Roxin e juiz), que se confirmou jurisprudencialmente a tese roxiniana, pela qual quem facilita ou possibilita a realização de risco pelo próprio titular (consciente, livre e autorresponsável) do bem jurídico não é imputável penalmente[532]. A partir desse giro, o engenho passou, em um primeiro momento, a ser considerado em três ocasiões principais, quais sejam: o compartilhamento de drogas por toxicômanos, vindo um a falecer (por exemplo, uso de heroína abarcando inclusive possíveis infeccção pela divisão da mesma agulha e transmissão da síndrome da imunodeficiência

---

[530] Sobre o tema, *vide*: ROXIN, Claus. ***Derecho penal.*** *Parte General*. t.I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conllevo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977, principalmente, p. 377- 398.

[531] Na ideia do alcance do tipo também há o tratamento da imputação de um evento no campo de responsabilidade alheia. Apesar de não ser nosso foco, explicando-o, brevemente, podemos dizer que o alcance do tipo não abarca os resultados que deveriam ser evitados por um terceiro, isto é, cuja evitação recai na esfera de responsabilidade profissional de outrem. Por exemplo, quando alguém se incumbe do dever de impedir o dano, o responsável inicial deixa de sê-lo, "A", motorista, dirige um caminhão sem iluminação traseira e, por isso, é interceptado por policiais em uma barreira. Um dos policiais coloca luz vermelha na pista atrás do caminhão e ordena que o motorista dirija-se ao posto de gasolina, informando que uma viatura irá logo atrás o protegendo. Ao retirar a lanterna da pista, antes de partirem, um veículo atinge o caminhão provocando a morte do passageiro que estava no mesmo. O resultado não é imputável ao motorista, afinal, os policiais assumiram o controle. *Vide*: ROXIN, Claus. ***Derecho penal.*** *Parte General.* t.I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conllevo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977, principalmente, p.398 e ss.

[532] Tratou-se, nesse ensejo, de um caso de compartilhamento de drogas, sobre a entrega de heroína a outro membro do grupo de usuários, que, após receber a droga e injetá-la em si mesmo, veio a falecer. Antes, o tribunal alemão considerava a imputação para aquele que entregou a droga o crime de homicídio via imprudência, desprezando a autocolocação. Com Schünemann passou-se a entender diversamente. O próprio Roxin narra esse percurso sobre o giro (vitimológico), *vide* ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**.t.I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conllevo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977, p. 389 e ss

adquirida); a participação em suicídio (descriminalizada na Alemanha)[533]; e a transmissão de SIDA por via sexual, quando o parceiro consente na conjunção, mesmo previamente advertido dos riscos pela pessoa infectada.

De modo geral, os fundamentos da consideração da conduta da vítima como fator de análise do tipo giram em torno de sua autodeterminação ou de seu consentimento (a terceiro) quanto à exposição arriscada do seu próprio bem. Nessa perspectiva, quando a vítima é autorresponsável, não é vulnerável, não é coagida, não está em erro, age livre e conscientemente, tendo informações suficientes para entender sobre sua própria conduta arriscada ou consente para a conduta arriscada de terceiro a seus bens, não há que se falar em tutela penal (por exemplo, quando vítima dispara contra si, sem intento suicida, apenas correndo o risco na chamada "roleta russa", com a arma carregada entregue pelo outro jogador). Logo, frente ao conhecimento da vítima sobre os riscos a que ela mesma se sujeita (por ato próprio com cooperação de terceiros ou por ato de terceiro com consentimento seu), o direito penal não deve intervir, evitando o já falado paternalismo, o qual deve ser evitado do ponto de vista político-criminal.

A ideia de autodeterminação é a mesma invocada pelo princípio da autorresponsabilidade (da tendência vitimodogmática), pela qual a vítima é responsável por seus próprios atos e consequências, como corolário ao livre-arbítrio. Assim, os seus defensores partem do conceito filosófico de liberdade humana e sua correlação com a responsabilidade (derivada, por exemplo, do imperativo categórico kantiano)[534] ou do modelo de ordenamento jurídico que, por sua vez, parte do conceito de pessoa como titular do seu âmbito de competência e auto-organização[535]. É com base nessa noção que se deduz que o indivíduo tem responsabilidade primária ou preferente nas suas escolhas e, portanto, na proteção de seus bens jurídicos.

---

[533]No Brasil, a participação ao suicídio ainda é crime punível quando ocorrem os resultados morte ou lesão grave (e gravíssima) para o suicida, art.122 do CP.

[534] Nessa trilha, Rainer Zaczyk é apontado por Cancio Meliá como o autor que mais detalhadamente elaborou o conceito de autorresponsabilidade no âmbito de intervenção da vítima na exposição de seus bens. Para Zaczyk "se tal liberdade (de base kantiana) é a base da autorresponsabilidade, então de nenhum modo fica ao arbítrio a decisão de um ordenamento jurídico o reconhecer ou o rechaçar essa determinação fundamental de uma pessoa" (p.267) (*apud* CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal.*** *Estudio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima e autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p.266-73).

[535] Nessa trilha, a pessoa é vista a partir do seu desempenho comunicativo, como autorrepresentação que se adapta às convenções e expectativas sociais, ou seja, representa um papel social, uma referência para a comunicação, conforme JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: JAKOBS, Günther, CALLEGARI, André Luís, CANCIO MELIÁ, Manuel, LYNETT, Eduardo Montenegro. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.36-39; para entender a base dessas ideias, *vide* LUHMANN, Niklas. *Appartenenza e motivi*. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p.65 e ss.

Com base também nesse conceito de autorresponsabilidade, Cancio Meliá cria sua versão sobre a imputação a vítima. Sucintamente, podemos aduzir que ele desenvolve seus critérios normativos: a noção de organização conjunta e a concepção de responsabilidade preferente. Assim, para os casos em que a vítima participa ou é corresponsável pela ordenação da conduta juntamente com um terceiro, o fato é atípico. Desse modo, se atividade de risco pertencer ao âmbito da organização conjunta, se o titular for aurresponsável (livre de coações, erros e consciente) e se o autor não tiver obrigação especial (de cuidado) frente aos bens jurídicos, fala-se em "imputação preferencial/preferente à vítima", o resultado de seu próprio comportamento é responsabilidade sua, não havendo imputação a terceiros intervenientes[536].

Normalmente, quando ocorre um dano, uma lesão, em caso de autocolocação em risco ou mesmo na heterocolocação consentida em risco, a conduta do terceiro quanto ao resultado é visto pela ótica da culpa, já que o terceiro não era sequer consciente do perigo ou se consciente do perigo não queria ou não aceitava a lesão (culpa inconsciente e a consciente, respectivamente). Mas, o terceiro pode agir com dolo eventual em relação à lesão, ainda que a vítima somente aceite o risco, sem aceitar ela mesma a sua possível lesão por dolo eventual. Nesse caso, ao ocorrer a lesão, o terceiro realizará uma participação dolosa com consentimento da vítima quanto ao risco.

Isso exemplifica como as condutas tanto da vítima como do terceiro nem sempre são tão simples como *a priori* podem parecer. Sendo assim, a ideia de favorecimento/cooperação em uma autocolocação em risco (quando o titular coloca-se ele mesmo em risco sem vontade de lesionar seu bem jurídico) pode ser vista diversamente da ideia de favorecimento a uma tentativa de autolesão (quando o titular pretende lesionar seu bem jurídico). De modo similar, a heterocolocação em risco consentida diverge da heterolesão consentida. Diante desses detalhes, encontramos na doutrina alguns posicionamentos diversos construídos sobre as primeiras ideias de Roxin, que em regra defende a atipicidade dos casos sobreditos.

---

[536] Trata-se da atividade repartida entre autor-vítima, criadora de contexto comum, de um mesmo significado objetivo, determinado conforme padrões normativos: somente são conjuntos, aspectos da organização que se apresentam como um elemento inerente à atividade escolhida pela vítima, com sua autonomia. Não há organização conjunta quando a conduta do autor introduz elemento adicional aos fatores de risco presentes no contexto comum (fator de risco extra). Se houver, o ocorrido deve ser imputado como conduta típica do autor (ou se tratará de um acidente). Por exemplo: alguém ao sair de um bar em companhia de outrem embriagado, despreza tal fator de risco e estimula o ébrio a conduzir dado veículo e segue de carona tentando orientá-lo. Caso haja acidente, não poderá a conduta do ébrio ser-lhe imputada, já que a pretensa vítima organizou a situação arriscada expondo-se livremente. Outro exemplo: quem participa de uma competição irregular de motocicletas não pode reclamar que os riscos por ele assumidos sejam atribuídos a quem intervém junto a ele em caso de dano. Pois não pode existir garantia normativa algum que expresse que quem realiza tal conduta não sofra dano algum (CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal.*** *Estudio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima e autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p.287 e ss).

Sabemos que Roxin defende que, tendo em vista que não se pune autolesões e participação em suicídio (na Alemanha), pois o fim da norma penal não abarca tais resultados, não se pode punir o favorecimento ou cooperação em autocolocação dolosa em risco. Nesses casos, o autor reforça seu entendimento pelo argumento sistemático a *maiore ad minus* (do maior ao menor)[537], se não se pune o mais grave, não se deve punir o menos. Dessa forma, como mencionamos, nos casos de heterocolocação em risco consentida equiparáveis ao favorecimento em autocolocação em risco, pugna pela atipicidade, desde que: a vítima tenha conhecimento, seja consciente, do risco na mesma medida que o agente que a expõe ao risco; que o resultado seja consequência do risco que a pessoa aceita correr; e que a pessoa colocada em risco tenha a mesma responsabilidade pela atuação comum que aquela que a expõe ao risco (não podendo existir coação, erro, vulnerabilidade etc.)[538].

Todavia, naquele caminho de releituras ou mesmo de desleituras da visão de originária roxiniana[539]. Luzón Peña inicia suas explicações com uma primeira provocação: tendo em vista a gravidade maior do auxílio à autolesão, da heterolesão consentida e de alguns casos de hetecolocação em risco consentida não se equipararem à autocolocação (em termos de gerar atipicidade), deve-se analisar a conduta da vítima a partir de dois outros princípios, quais sejam: princípio da alteridade ou identidade frente o princípio da autorresponsabilidade. Além do que, como nem sempre é possível a citada equiparação (entre autocolocação com a heterocolocação em risco), o critério de conhecimento do risco pela vítima não é suficiente para gerar atipicidade, devendo ocorrer um controle compartilhado do risco entre a vítima e o terceiro para que se chegue à não-imputação.

3.5.1 Princípio da alteridade na criação do risco: imputação da autoria em heterocolocação em risco consentida e não-imputação da cooperação em autocolocação em risco da vítima pelo critério do controle compartilhado do risco

---

[537] Nesse sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Curso de derecho penale***: *parte general I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p.378 e ss.

[538] Exemplos estimular o condutor de um barco a cruzar um o rio, mesmo ciente de muita tempestade; ser passageiro de motorista que sabe dirigir sempre em excesso de velocidade ou está visivelmente ébrio; ter relação sexual com outrem que sabe ter doença transmissível; agir como "sufistas de automóveis" (equilibrar-se em carros), quando acorda com o motorista, por exemplo, uma velocidade média, de 80km etc. ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.130-132.

[539] Outra corrente propõe resolver os casos envolvendo a conduta da vítima pela teoria da acessoriedade. A conduta do terceiro seria atípica porque lógica consequencial: já que a conduta principal do próprio titular será, a de quem o auxiliar, equiparado à ideia de partícipe, também, deverá ser atípicaDIAZ, Miguel, CONLLEDO, Garcia (et. al.) ***Relevancia de la actuacion de la victima para la responsabilidade penal del autor.*** (p.45-86). Universidad de León. 2004 p.47. (s.d.)

Segundo Luzón Peña é acertada a atribuição de atipicidade roxianiana para os casos de cooperação de uma autocolocação em risco ou autolesão. Porém, critica a justificativa *maiore ad minus*, como argumento formal que não condiz com ordenamentos que trazem a regulação de participação ao suicídio ou autolesões. Além disso, o crítico considera que somente casos excepcionais, é que a heterocolocação equipara-se à autocolocação podendo excluir a tipicidade. Assim, inverte a lógica: a hetercolocação para a ser exceção e não regra de não-imputação[540].

O autor baseia-se nos diferentes graus de risco. Afirma que a cooperação a uma autocolocação em risco é diferente do que um favorecimento ao suicídio. Na primeira, o grau objetivo do risco *ex ante* é bem menor ("precisamente pela atitude do sujeito que geralmente vale-se de meios para evitar o resultado, já que não o quer"[541]) do que o risco daquele que se vale de meios efetivos para ajudar outrem a retirar a própria vida.

Em sua visão paternalista, o teórico revive o princípio da alteridade[542] ou da não-identidade entre autor e vítima da lesão (sua versão negativa) para justificar a tutela da vítima, mesmo que ela consinta para o risco realizado por terceiro. O princípio implica o respeito a outrem (alteridade), não se podendo expor ou colocar outrem em risco, não se podendo lesionar terceiros, em respeito à sua integridade, mesmo que este não se importa. A função estatal, do direito penal, como uma relação externa imprescindível, não se alteraria em razão dessa disposição da vítima, que estaria meramente no seu âmbito interno da moral[543].

O autor inverte a lógica da responsabilidade pelo viés da moral paternalista, para justificar a punição de um terceiro, apesar do consentimento da vítima (para a heterecolocação em risco). O fundamento principal reside na ideia do domínio, do controle ou da determinação objetiva (capacidade de influência) do curso arriscado. Assim, se a vítima, ao consentir para o risco, continua classificando-se como sujeito passivo, não atuando com domínio ou

---

[540] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.p.67.

[541]LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.p.70.

[542] Ou "*alterum non laedere*" ou "*ajenidad de la lesión*" (no senso de não lesionar/prejudicar outrem) que, segundo o autor, é uma fórmula retirada lá de Ulpiano, acolhida depois no Digesto e considerada também na Idade Média por S. Raimundo de Peñafort na *Summa Iuris*. [542]LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.p.70.

[543] A fórmula advém de Ulpiano, acolhida depois no Digesto e considerada também na Idade Média por S. Raimundo de Peñafort na *Summa Iuris* (p.70).

capacidade de determinação sobre a situação, o terceiro é imputável como autor do fato doloso ou mesmo culposo.

Desse modo, não é possível dividir a responsabilidade pela ocorrência entre autor e vítima, já que esta não compartilha com o autor do risco a capacidade de gestão (a vítima não domina, não cria, nem determina objetivamente o risco). Essa seria a regra geral para os casos de heterocolocação consentida da vítima e aplicável também às heterolesões consentidas: responsabilidade por autoria para o terceiro que controlava o risco e provocando sua ofensa. Eis o critério da alteridade, da proibição de expor outrem a risco como justificativa para a imputação penal[544].

Do contrário, em casos de autocolocação em risco, em que a vítima aceita o risco e não a lesão, com a cooperação de um terceiro, por mais que este auxilie ou facilite, ele não o controla em absoluto a situação. É o próprio titular que tem em suas mãos o controle ou a determinação objetiva (inclusive o domínio, se tem consciência sobre o risco e maneja voluntariamente) o curso arriscado. Assim, só o titular poderia modificar, aumentar, diminuir, cessar e, portanto, é o único responsável pela autocolocação do próprio bem jurídico em risco. Não há passividade para o titular, mas há simples participação não determinante para o terceiro. Por isso, não seria aplicável o referido critério da alteridade, senão incide o princípio da identidade entre autor e vítima, com a atribuição da ocorrência ao próprio titular e a não incidência de imputação para o partícipe de sua conduta. O mesmo estende-se para caso de auxílios em autolesões.

Sucintamente, aplica-se o princípio da alteridade ou da não-identidade para os casos de heterocolocação ou heterolesão consentidas, havendo normal juízo de imputação penal para o terceiro que controlava a situação; e aplica-se o princípio da identidade ou da não-alteridade[545]para os casos da simples participação em autocolocação em risco ou autolesão, havendo a atribuição do resultado ao âmbito de responsabilidade da vítima, sem juízo de imputação penal para o seu partícipe[546].

Ainda, podem existir situações de equiparação da heterocolocação com a autocolocação em risco, casos em que se aplicaria a regra do princípio da identidade, logo, com a ideia da não-imputação penal para o terceiro.para tanto, não bastaria o que Roxin exige,

---

[544] Ressaltamos que isso, como já práxis, pode ser excepcionado para as situações em que o instituto do consentimento é previsto autonomamente nos ordenamentos como causa de justificação ou mesmo de atipicidade para certas condutas. Nesses casos, não estaríamos tratando de imputação objetiva e seus desdobramentos.

[545] O autor lembra que não existia em Roma a máxima proibitiva de "*se ipsum non laedere*" ou "*se ipso periculum non inicere*", ou seja, não havia a vedação de se autolesionar ou de não se autocolocar em risco (p.71).

[546] O autor lembra que a lei pode especificamente punir essa participação, caso em que pela relevância do bem jurídico não cabe falar em atipicidade ou outra excludente, como no caso da participação ao suicídio com resultados graves (no nosso caso o art.122 do CP).

que o titular seja capaz, livre, consciente e tenha conhecimento do risco. Mas, é preciso que tudo esteja na esfera do que a vítima, em tese, sabia, controla, não podendo o outro interveniente ultrapassar o esperado, o conhecido, indo mais além do que aquilo que a vítima aceitou a se submeter. Porque quando há essa conduta do terceiro, por assim dizer, extra, a vítima já não estaria na divisão ou compartilhamento do controle. Assim, não seria um caso de equiparação da heterelocoção à autocolocação. Seria um legítimo caso de heterocolocação sob o domínio ou determinação do terceiro[547].

Em termos outros, o que Luzón Pena faz é uma assimilação da heterocolocação com a autocolocação em risco em casos, valendo-se da analogia, de coautoria entre autor e vítima, quando ambos dividem o controle da situação. Diferentemente, se o terceiro tem uma atitude prevalente sobre o risco ou ofensa, a regra é pela imputação penal. O que se destaca nessa tese de Luzón Peña é a ideia de assumir a vítima poder assumir o papel primário, principal, no manejo do risco (também da ofensa) ou dividir por igual com a outrem para que se evite a imputação a esse terceiro[548].

Do exposto, supomos que no favorecimento à autocolocação em risco (ou autolesão) em que, apesar do auxílio por terceiro, é o próprio titular autorresponsável pela exposição ou lesão, atuando com consciência, conhecimento ou controla desse curso prejudicial a seu bem. Situação que doutrinariamente (entre os teóricos da matéria) parece haver certa concordância em se atribuir à própria vítima a responsabilidade pelo ocorrido e não responsabilizar quem com ela interagiu. Mesmo que os fundamentos variem entre princípio da autorresponsabilidade, conhecimento do risco/lesão ou controle da situação. Apesar de subsistir para alguns teóricos a possibilidade de responsabilidade quando o ordenamento pune autonomamente esse favorecimento do terceiro como se conduta principal fosse, como por exemplo no caso do induzimento ao suicídio.

---

[547] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.p.76-77.

[548] Situações de equiparação da autocolocação com a hetercolocação, com base nos notórios exemplos roxinianos; aceitar a relação sexual com outrem portador de SIDA (autocolocação); caso do condutor de embarcações que sugere não seguir viagem por más condições e o titular insiste; o mesmo para condutores de veículos incitados pelo titular a aumentar a velocidade etc. Situações de não-equiparação: aceitar ir com motorista ébrio, a vítima não controlaria reações do primeiro; caso dos "surfistas de automóveis", em que a vítima que vai na parte superior do carro, não tem controle igual ao condutor. [548] Ou "*alterum non laedere*" ou "*ajenidad de la lesión*" (no senso de não lesionar/prejudicar outrem) que, segundo o autor, é uma fórmula retirada lá de Ulpiano, acolhida depois no Digesto e considerada também na Idade Média por S. Raimundo de Peñafort na *Summa Iuris*. [548]LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.p.77.

Por outro lado, os casos de heterocolocação em risco consentida e heterolesões que são para Roxin, situações não abarcadas pelo alcance do tipo, geram controvérsias. Assim, o terceiro, via de regra, continua sendo imputável, quando controla por si só a conduta arriscada ou lesiva contra o bem jurídico da vítima. Porque mesmo que ela expressasse seu consentimento, esse não seria suficiente para retirar do interveniente a condição de autor do fato. Além do que, o ordenamento não permite lesões a outrem frente o ideal de exclusiva proteção de bens jurídico, falando-se, assim, em princípio da alteridade (Luzón Peña). Porém, excepcionalmente, quando a vítima dividir o referido controle da situação nos casos de heterocolocação, equipara-se à autocolocação e permite-se a aplicação do princípio da identidade entre autor e vítima, com a não-imputação para outrem corresponsável.

De se ver que essa tese funcionalista de Roxin propiciou maior amplitude ao debate acerca da inserção da conduta da vítima, não sendo, pois, mérito exclusivo da tendência vitimodogmática. Roxin desenvolveu argumentos mais detalhados sobre a opção dogmática ao comportamento da vítima, promovendo, em certa medida, uma renovação na própria sistemática do delito, na metodologia de análise da imputação penal, passando-se a ventilar um caráter dinâmico aos seus componentes.

Nessa raia, revisou-se o estudo sobre o tipo objetivo, passou-se a dar mais atenção aos chamados elementos normativos, afinal, a teoria roxiniana explicitamente elencou vários, como o da possibilidade de contribuição da vítima (no caso do Brasil, para além do art.59 do CP, como elemento de primeira fase de dosimetria de pena). Destacou-se a insuficiência do velho materialismo da relação causal, pela incitação de agregação da causalidade normativa em prol de uma não-imputação, repercutindo bastante, a ponto de gerar desdobramentos para a própria matriz epistemológica funcionalista – a qual se viu bifurcada entre os alinhados ao teleológico racional (aos critérios Roxin, ainda que seus próprios críticos) e a visão funcionalista radical, de Günther Jakobs, que lançou outro olhar para o sistema penal e a vítima de crime, como veremos em sequência.

3.6 ATUAÇÃO A PRÓPRIO RISCO: ÂMBITO DE COMPETÊNCIA E DE AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA NO FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS

O olhar funcionalista de Günther Jakobs sobre a análise do sistema de imputação penal coincide com os demais funcionalistas no que diz respeito à criação de elementos normativos, em torno da distinção risco permitido e não-permitido, para evitar a ocorrência do tipo objetivo. Todavia, o referido discípulo de Hans Welzel rompe definitivamente com o

finalismo (e seus ontologismos)[549], uma vez que ancora suas concepções na teoria sistêmica de viés luhmanniano (mormente a construção da comunicação e sua dupla contingência), como sua central tese sobre a função do direito penal: vigência das normas penais por meio da aplicação da sanção penal[550].

Para Jakobs, a função penal garante a manutenção dos mecanismos que funcionam na estabilização da identidade social, que evitam sua desintegração. O autor muda a perspectiva diretamente vinculada ao bem jurídico e o insere nessa ideia de identidade da sociedade[551]. Pelas lentes funcionais sistêmicas, o autor enxerga o bem jurídico não como um dado ôntico, um dano naturalmente perceptível (por exemplo, cegar alguém), mas o vê normativamente como um evento dentro de uma necessidade de estabilização contrafática das expectativas normativas por eles frustradas.

Podemos, em síntese, dizer que: se a sociedade estrutura-se por meio de normas, enquanto esquemas representativos de orientação; se a pessoa (não o indivíduo em suas idiossincrasias) estrutura-se como endereço de papéis sociais (padrões de funções e de comportamento relevantes socialmente) a cumprir; se essa pessoa autorresponsável decide contrariar a comunicação desses preceitos (do papel que lhe cabe), a resposta comunicativa do sistema penal, por meio de suas decisões judiciais, funciona para manter o próprio sistema, sustentar a sua força (vigência) normativa, aplicando a pena[552] para "contradizer a contradição da norma"[553].

---

[549] "A sociedade é construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso" (contingente) "visto que se trata de uma configuração e não de uma constatação de um estado natural, a identidade da sociedade se determina por meio de regras de configuração" (normas) e não estados ou bens", "não podem se representar como leis naturais, e atualmente tampouco como leis reveladas, mas apenas como normas feitas" (JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p.10-12).

[550] Sugerimos a leitura de JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: JAKOBS, Günther, CALLEGARI, André Luís, CANCIO MELIÁ, Manuel, LYNETT, Eduardo Montealegre. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.36-39.

[551] "A partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade", conforme, JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p.3.

[552] Sobre o tema, *vide*: JAKOBS, Günther. ***Derecho penal***. *Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

[553] O crime é visto como uma comunicação que perturba a norma, contraria sua expectativa, logo, o direito penal restabelece sua vigência ao responder com a sanção. Esta resolve o problema do sistema penal em si, retomando a identidade social. Esperanças de produção de consequências psico-sociais ou individuais são de outra alcança, não são de uma lente de observação de como o sistema funciona, como as visões sistêmicas . "A prestação que realiza o direito penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das nomas determinantes de identidade da sociedade". Conforme, JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p.4.

Porém, tratando-se especificamente do alvo desse estudo, o comportamento do titular do bem afetado, Jakobs encontra no mencionado conceito de pessoa vinculado ao de papel social[554] a chave para o desenvolvimento do seu chamado âmbito de competência da vítima.

Como vimos, o ponto de partida é a função do direito penal de estabilização da norma com a imposição da pena, mas para analisar os casos em que ela pode incidir, parte-se da ideia de pessoa. Assim, o sistema de imputação penal entende essa pessoa enquanto representação de incumbências sociais, analisadas a partir de seus atos comunicacionais dentro de seu papel social e normativo. A sociedade já organiza mínima e previamente por meio de suas normas as atribuições de papéis, o funcionamento dos contatos (genericamente, em grau ideal e anônimo)[555]. Por isso, importa estudar o papel social como evento comunicativo por ocasião de um determinado contato com as demais, é dizer, cumpre analisar as condições de competência (possibilidades) e, por conseguinte, os limites de suas responsabilidades (deveres) à medida que se desempenha funções relevantes no contexto comunicativo social.

Desse modo, pela consideração da realização das atribuições do papel social, a pessoa pode ser responsabilidade nos limites dessa margem específica de realidade. Por tal razão, o papel social desenvolvido por cada pessoa, em determinados espaços de interação (professor, advogado, mãe, motorista de aplicativo, policial, juiz, médico etc.) define o alcance de sua responsabilidade na organização de cada ato comunicativo social. É esse papel que funciona para identificar a pessoa no âmbito de seu agir no mundo social, servindo para criar expectativas de expectativas: cada um atua com uma expectativa mínima sobre o atuar do outro, ou seja, é possível se ter uma ideia (expectativa) sobre aquilo que se pode esperar do outro (expectativa), a partir da atribuição sobre os papéis sociais[556].

Em outras palavras, a pessoa deve ser pensada como ator e interveniente a partir do ponto de vista do sistema social e jurídico. O papel torna-se instrumento de identificação dessa pessoa no âmbito social e sua função, sua utilidade social, é a de representar para outros as incumbências expectáveis, em nível de reciprocidade, reduzindo a complexidade social,

---

[554] "Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é uma máscara, vale dizer, precisamente não é uma expressão da subjetividade d seus portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível". JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p.30 e ss.

[555] Jakobs constrói sua ideia de pessoa como lugar de representação social, noção diversa da subjetividade. Porque "a subjetividade de um ser humano, já *per definitionem* nunca é acessível a outro de modo direto, mas sempre por meio de manifestações, vale dizer, de objetivações que devem ser interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes". JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003, p.31.

[556] Polaino-Orts discípulo de Jakobs segue ideia similar a respeito da concepção de papel social e aduz que é uma espécie de "*etiqueta en la solapa*" (etiqueta na lapela) da pessoa (*vide*: POLAINO-ORTS, Miguel. *Imputación objetiva: esencia y significado*. In: KINDHÄUSER, Urs, POLAINO-ORTS, Miguel, CORCINO BARRUETA, Fernando E., NAVARRETE, Miguel Polaino. ***Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal.*** Lima: Grijley, 2009, p. 19-20).

frente aos múltiplos contatos possíveis da modernidade. Assim, pode-se pensar nas competências de cada pessoa responsável e portadora do papel, porque "nem tudo é assunto de todos"[557], o que é fundamental para o sistema de imputação jurídico-penal, a separação de áreas de responsabilidade[558].

Na realidade, não é que um padeiro deva controlar todos os usos que o seu pão vendido poderá ter; não é que um motorista de aplicativo deva controlar as atividades do passageiro no seu destino ou mesmo controlar condutas de outros condutores no tráfico viário; não é que um médico deva forçar seu paciente (consciente e responsável) a permanecer no hospital e submeter-se a seus cuidados e tratamentos etc.

Nesse sentido, a sociedade premia (moral, ética e juridicamente) o mérito dos que se comportam na dentro da margem permitida de sua posição social, reconhecendo-o como exímio padeiro, bom motorista, ético médico etc., bem como não lhes aplica sanções pelo regular cumprimento de seus padrões comportamentais. Por outro lado, ela reprova aquilo que infringe essas fronteiras, esses *standards*, essas funções, essas estruturas objetivas e normativas relevantes juridicamente. É nesse limiar que se deve verificar se houve conduta dentro ou não do papel, se houve respeito ou defraudação das expectativas derivadas dessa posição social. Portanto, cada área da organização corresponde a todo um conjunto de direitos e obrigações a que todo portador desses padrões juridicamente está sujeito, desde que exerça e ou pretenda exercer a respectiva função. Este é o conteúdo material do papel social, o que delimita as esferas de responsabilidade de seu titular, como base conceitual para se pensar nos limites de sua competência enquanto ator social[559].

No sistema de imputação de Jakobs, o caráter autônomo da pessoa desempenha uma característica fundamental, de modo que se torna um ponto de referência para a sua própria construção dogmática. Assim, parte-se da autonomia na esfera organizacional, que significa

---

[557] "A imputação objetiva nada mais é do que a verificação de quem é garante de quê. Nem tudo diz respeito a todos, mas ao garante diz respeito ao que resulta da falência da sua garantia", conforme JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza.* In: ***Estudios de Derecho penal***. Traducción Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles. Madrid: Civitas, 1997, p. 211.

[558] Sobre as posições sociais, *vide* JABOKS, Günther. *Personalidad y exclusión en derecho penal*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). ***El Funcionalismo en Derecho Penal***. *Libro Homenaje al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.71- 90.

[559] Predica-se uma dupla face do papel social, qual seja: um lado formal e outro material. O primeiro concerne à posição concreta ocupada pela pessoa no conglomerado social, é a "máscara" ou "rótulo" a que se fez refere Jakobs. Já o aspecto material, citado na tese, diz respeito justamente àquele feixe de expectativas sociais que estão vinculadas, em uma dada sociedade, ao comportamento dos portadores de papéis. Ou seja, o papel abrange tanto a posição, a representação da titularidade (médico, juiz), como as atribuições e incumbências (ser responsável pela cirurgia, ser responsável pela soltura do preso) (Sobre o tema: POLAINO-ORTS, Miguel. *Imputación objetiva: esencia y significado*. In: KINDHÄUSER, Urs, POLAINO-ORTS, Miguel, CORCINO BARRUETA, Fernando E., NAVARRETE, Miguel Polaino. ***Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal.*** Lima: Grijley, 2009, p. 22)

que cada pessoa, como titular de certos âmbitos de competência e de responsabilidade (portadora de papéis, a quem são dirigidas expectativas), que administra o exercício de atividades, assumindo possíveis consequências nefastas como imputação[560].

Trata-se do sinalagma que permeia, como um todo, a teoria de Jakobs: de possibilidade (liberdade) de atuação e a correspondente responsabilidade (deveres) pelas consequências[561]. Assim, a posição social ocupada por cada pessoa autorresponsável é um fator normativo com dupla função: de delimitação do espaço de competência e de organização, para o respectivo portador do papel; e de estabelecimento das bases da sua imputação, diante de quebras das expectativas e deveres inerentes ao papel, ao modelo de orientação normativa. A imputação, portanto, limita-se ao dever defraudado decorrente da função, do âmbito da posição social, não podendo ultrapassar tal âmbito de organização.

Assim, a imputação penal de uma conduta ou resultado depende do âmbito de competência por organização. O que significa que nos espaços de interação social são reconhecidas possibilidades de configuração/administração autônoma. Mas, para sua delimitação deve-se delinear a posição social, por assim dizer, a posição de garantia do interveniente, que pode advir da criação de um risco ou de papéis propriamente institucionais e deve-se verificar os deveres que daí surgem.

Nesse cenário, em que se estabeleceu antes o elemento da posição, do papel, outros quatro filtros funcionam para construir o juízo de não-imputação[562]. De modo breve, essas estruturas regulatórias do comportamento, que surgem da função de expectativas normativas, são: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e o comportamento da vítima arriscado/ofensivo aos próprios bens. A presença de algum destes representa atipicidade da conduta para quem agiu dentro da permissividade do risco.

Desta feita, nota-se que Jakobs defende a imputação objetiva como teoria de análise do tipo objetivo alicerçada na concepção de injusto como perturbação social incompatível com a

---

[560] "O âmbito de autonomia que desfruta um cidadão é equivalente a seu âmbito de responsabilidade". FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. ***Imputación objetiva en Derecho penal***. Lima: Grijley, 2002, p. 84.

[561] Jakobs aborda esse sinalagma a partir da liberdade de organização *versus* deveres de ocupar-se que não seja lesiva. Conforme, JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en Derecho penal***. Traducción Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997, p.21.

[562] De modo similar à distinção de Roxin, também aqui na teoria de Jakobs, pode-se pensar na imputação objetiva pode ser do comportamento, para determinar se a conduta do suposto autor do crime corresponde à hipótese concebida pela infração penal, inerente à função penal (de manter normativamente as expectativas sociais) ou da verificação do resultado, que já pressupõe um risco não permitido, devendo-se determinar se o resultado prejudicial é a materialização desse risco criado pelo autor, para que haja relevância jurídico-penal. Portanto, um resultado antijurídico causado por conduta humana só é imputável se essa conduta tiver criado um risco juridicamente desaprovado para a realização do resultado e se esse risco também tiver sido executado no evento específico que causou o resultado. *Vide*: CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Líneas Básicas de la Teoria de la Imputación Objetiva***. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 71.

norma jurídica. Essa agitação desenrola-se em dois níveis de imputação: o primeiro subdivide-se em quatro etapas e serve para qualificar o comportamento como típico, integrando a imputação do comportamento; posteriormente, verifica-se se o evento foi produzido pelo comportamento imputável, resultando na imputação objetiva do resultado ─ adstrita aos delitos de resultado. Nesta última fase há, na realidade, a identificação da ocorrência de uma atuação arriscada desvalorada pelo ordenamento jurídico, analisando-se, com isso, se essa conduta realmente originou o evento danoso[563].

O primeiro momento correspondente à verificação da qualidade da conduta social (se se trata de um risco permitido ou não permitido) e vincula-se a uma dada sociedade considerada concretamente, ou seja, àquela que deve estabelecer quais os riscos que devem ser por ela suportados (inerentes à organização social) e quais os puníveis (risco desaprovado juridicamente). Isso porque existem condutas que mesmo passíveis de lesionar os bens jurídicos, são socialmente toleradas, tendo em vista o dinamismo e o progresso das relações sociais[564]. Quanto a esses conceitos não há nada de diverso daquilo explicado anteriormente na imputação roxiniana.

No que tange ao risco permitido, entende-se que se trata daquele criado por comportamentos tidos como socialmente normais, aceito como natural ao desenvolvimento da sociedade[565]. Ensina o próprio Jakobs que se refere ao "estado normal de interação, ou seja, o *status quo* de possibilidades de atuação vigentes, desvinculado da ponderação de interesses que deu lugar ao seu estabelecimento" [566]. Assim, a fonte de valoração do risco permitido é o papel que o autor exerce na configuração da sociedade[567], inerente à concreção da adequação

---

[563] GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A **Autocolocação da Vítima em Risco***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81-83.

[564] JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.22 e ss.

[565] Ressalta-se que o risco permitido para Jakobs também não integra o âmbito das causas de justificação, como conduta autorizada socialmente, a tipicidade nem chega a se afirmar. Além do mais, as condutas que ensejam riscos permitidos não se inserem em contextos específicos para serem autorizados, como ocorre nas causas de justificação, em que os comportamentos, que, *per si* são perturbadores, só são admitidos pelas circunstâncias em especiais nos quais se enquadram (JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, principalmente p. 34-52 e 54-72).

[566] Conforme o mesmo autor, os agentes das condutas sociais devem se basear nas normas jurídicas para não incorrerem em ações típicas e inexistindo normas jurídicas deve-se considerar o juízo portador de um papel para se saber se o comportamento criou um risco especial e se expôs outrem a um risco que exceda o cotidianamente inevitável. Ilustrando, Jakobs cita o exemplo do médico que na realização de um curativo, esteriliza o ferimento e usa materiais limpos para evitar infecções na área, apontando que esta é a conduta espera pela sociedade. Contrariamente, não se espera o mesmo de uma mãe que faz curativo com tecido para estancar o ferimento do filho, pois ela age dentro do risco permitido por não ter conhecimentos especiais de primeiros socorros, principalmente, se inserida numa sociedade pouco desenvolvida, sem noções de higiene básica.

[567] Nesse ponto, percebe-se o descarte que Jakobs realiza dos conhecimentos especiais do autor presumido quando seu próprio papel social não lhe exige tais saberes.

social e, por conseguinte, à garantia da liberdade de cada indivíduo dentro da sociedade, visto que todos se beneficiam com a permissão desses riscos.

Para Jakobs, o risco permitido também libera a responsabilidade penal, distinguindo-se, pois, condutas que implicam na infração penal e aquelas que devem permanecer fora de seu alcance, mesmo que tenham produzido causalmente o resultado lesivo. Porque há riscos inerentes a toda interação social, assim, "nem toda criação de um risco de um comportamento ou resultado pode estar sujeita a uma proibição do direito penal, pois isso significaria uma limitação intolerável da liberdade de ação"[568].

Tratando-se do princípio da confiança, Jakobs aduz que, diante do enlace dos comportamentos humanos, não integra o papel de o cidadão controlar permanentemente todos os outros seres, o que obstaria, de modo geral, a realização normal das atividades de trabalho e sociais. Destarte, pressupõe-se a divisão de tarefas e a responsabilidade de cada um dos integrantes do grupo social, no cumprimento de suas incumbências, sem a necessidade da constante vigilância pelos demais. O princípio aplica-se às hipóteses em que o autor cumpre seu papel confiando na ação anterior de um terceiro e àquelas em que o autor inicia uma atividade em observância às normas jurídicas e/ou sociais que lhe são exigidas, e, por isso, não é responsável pelo modo inadequado que um terceiro dá continuidade à tarefa[569].

Em outras palavras, implica que o portador de sua função, que realiza uma atividade arriscada (mas lícita) pode confiar (ter expectativas) na atuação de outros atores dentro de suas competências e de deveres. Trata-se de confiança não no senso psicológico ou sentimental, mas de cunho social, que possibilita a realização dos contatos sociais: pessoas podem confiar que outros se comportam da mesma forma, responsável conforme padrões socialmente estabelecidos, ou seja, atendendo às expectativas normativas[570].

---

[568] Como vimos, o risco permitido pode ser suposto por meio de certas circunstâncias, como a positivação, regulamentação expressa (exemplo situações do tráfego rodoviário, do campo industrial, das competições desportivas, jogos de azar autorizados etc.), ou deveres de cuidado traduzidos no *lex artis* (por exemplo, na prática médica). Ainda, há comportamentos arriscados mas com normalidade/adequação social (com insignificância jurídico-social ou frágil vínculo com o consequente resultado, por exemplo, o famoso caso do sobrinho que envia seu tio para uma caminhada numa área propicia a queda de raios). Nesse sentido, JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 42 e ss.

[569] A título de ilustração, tem-se, respectivamente, o caso do cirurgião que confia no trabalho dos auxiliares responsáveis pela esterilização dos equipamentos. Logo, se o responsável não esterilizar corretamente, o resultado lesivo decorrente desse fato não pode ser atribuído ao médico; e o caso do anestesista que age corretamente, porém o médico-cirurgião atua com imperícia, sendo este o responsável pelo dano.

[570] Imaginemos o caso de um motorista, que conduzindo seu veículo, após o sinal abrir para ele, depara-se com alguém inesperadamente cruzando seu caminho. O motorista confia que pedestres, em geral, ao visualizarem o semáforo verde irão aguardar e não irão atravessar na frente dos carros em movimento. Assim, há uma permissão legal para confiar em terceiros. (Sobre o princípio, JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 29-31).

Quanto à proibição do regresso, diz-se que uma conduta considerada inofensiva, socialmente adequada, mesmo que incorpore um vínculo com outra atividade não permitida, não pode configurar uma participação ou co-autoria desta, posto que o sujeito exerceu sua atividade de forma regular, dentro do risco permitido. Em outros termos, o direito penal não pode reprimir ações socialmente inócuas ou estereotipadas, que carecem de sentido penal, mesmo quando posteriormente outra pessoa as utiliza para realizar condutas não autorizadas[571]. Nesse sentido, a proibição auxilia na definição de limites de uma atividade conjunta[572], na realidade, por meio dela é possível estabelecer a inexistência de uma organização em comum no delito – o que é diverso da imputação à vítima, na qual se busca determinar se existe atividade conjunta entre terceiro-vítima, de modo a atribuir preferentemente ao seu próprio âmbito à autorresponsabilidade, como trataremos a seguir.

3.6.1 Defraudação do dever de autorresponsabilidade pela vítima: âmbito de competência próprio como fundamento da atipicidade da conduta de terceiros intervenientes

Os teóricos funcionalistas, geralmente, buscam apresentar as razões pelas quais um determinado evento ou seus efeitos são atribuídos à vítima. Jakobs, por seu turno, procura definir essas razões de modo incisivamente normativo[573]. Parte da ideia de defraudação dos chamados deveres[574]de autoproteção e do consentimento[575].

---

[571] Aquele que assume com outro um vínculo estereotipado é inócuo, não quebrando seu papel de cidadão, mesmo que o outro encarne esse vínculo em uma organização que não é permitida. Consequentemente, existe uma proibição de retorno, cujo conteúdo é que o comportamento "estereotipadamente inócuo" que vai limitar a participação em organização ilegal. Seria o caso do padeiro que simplesmente vendeu o pão mesmo sabendo da intenção delitiva do seu freguês de envenenar o produto da compra e matar outrem (Sobre a referida proibição, JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 31-32)

[572]Imaginemos o caso de um motorista de aplicativo que visualiza alguém que cometeu uma inicia a subtração ilícita e adentra em seu veículo pretendendo escapar de vítimas/seguranças para consumá-la. Por conta própria, o motorista decide deliberadamente dirigir mais velozmente para sair daquelas redondezas e garantir os objetivos do criminoso. O motorista não ajustaria mais seu comportamento ao seu desempenho adequado e inócuo do seu papel social. Mas, não é a conduta do motorista que define ou não como permitido o risco da conduta de terceiro. O motorista, apesar de não alterar o conteúdo do risco (já é proibida a subtração), parte de uma contribuição inicialmente inócua (transportar passageiros a seus destinos) e vincula-se à consumação (sair do local rapidamente) de um curso prejudicial subsequente, de uma conduta já em risco não permitido (tentativa de roubo/furto, por exemplo). Além do que, independentemente do aspecto cognitivo (subjetivo) desse motorista, há a exibição de seus efeitos de forma contrafatual, ao acelerar (Sobre a esse incremento que afasta a ideia da proibição, JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 33-34).

[573] O autor fala em modalidades de explicação propriamente normativos da atuação em próprio risco pela vítima. Isso porque também tece críticas à heterocolocação em risco consentida, por trazer resquícios de ordem naturalistas, que seria a "consciência" da vítima ao se deixar correr riscos, como fundamento para a aticipicidade da conduta do terceiro (na heterocolocação). Sobre o tema, *vide*: JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en derecho penal***. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 34 e ss.

[574] Os teóricos discutem a questão de ordem técnico-terminológica, no âmbito de imputação à vítima, entre incumbências de proteção, enquanto meras possibilidades próprias de se auto-organizar, quanto à gestão de seus

Desse modo, a imputação à vítima é tratada normativamente a partir de sua consideração enquanto destinatária de expectativas normativas e, por conseguinte, enquanto titular deveres[576] de autoproteção. Para tanto, considera-se que ela tem pleno exercício de sua autonomia (ou do seu consentimento) na administração do seu âmbito de organização. Por isso, em ocorrendo uma atuação a próprio risco, defeituosa ou pelo menos inócua (do ponto de vista da norma penal), em relação à segurança de seus bens, as consequências permanecem no seu próprio âmbito de competência, de responsabilidade. Essa autorresponsabilidade é a base pela qual cada pessoa responde preferentemente por seus atos (autônomos ou consentidos) ofensivos aos próprios bens.

Essa perspectiva sistêmica, vale-se da distinção: responsabilidade em virtude da organização (responsabilidade baseada em deveres gerais) e responsabilidade em virtude de competência institucional (responsabilidade baseada em deveres especiais). De modo bastante sintético, podemos dizer que o *status* geral é inerente à competência pela organização. Organização, aqui, é a representação da pessoa, que como sinalagma do seu direito de gestão (possibilidades de decisões, consentimento e autonomia), deve garantir que, em contato com outra organização, a sua própria (organização) permaneça dentro do risco permitido. As competências institucionais são as inerentes às chamadas relações positivas: estas têm como conteúdo, por assim dizer, otimizar o estado de organização (de outra pessoa) ou o estado de uma instituição estatal.

Desse modo, separam-se: (1) os deveres de todos, no simples papel de pessoa (construção social), gerando uma relação negativa: o portador não pode ultrapassa o risco permitido, quando em contato com outra pessoa; e (2) os deveres especiais, gerando uma

---

bens, como critério objetivo de determinação de suas áreas de competência; e propriamente "deveres" (legais) de proteção atribuídos institucionalmente (mediante poder).

[575] Frisa-se, uma vez mais, quanto ao consentimento, em virtude de a participação em suicídio não ser punível na Alemanha, pode-se estender o referido pensamento aos crimes que envolvem bens indisponíveis (como a vida). No Brasil, pela proibição da aludida conduta, torna-se difícil pensar ainda a figura do consentimento (válido, livre de erros, coação, sujeito capaz) ultrapassar os limites da antijuridicidade, chegando à atipicidade como se permite no cenário germânico – a não ser que o dissenso seja elemento do tipo, como no caso do delito de violação de domicílio (art. 150 do CP), por exemplo.

[576] García Cavero, em seu livro sobre direito penal econômico, faz também a crítica sobre a opção "deveres" e cita uma situação questionando justamente se a vítima teria o "dever" ou se haveria apenas uma possibilidade de agir com mais cautela e atenção aos seus bens. Trata-se de um exemplo simples em que de o banco (o funcionário) paga um cheque, mesmo diante de identidade duvidosa da assinatura, de quem se faz passar pelo beneficiário; ou o caso de o sacador (vítima) deixar espaço suficiente em branco no valor a ser pago e o beneficiário acrescenta outros valores aumentando a referida quantia. Cavero defende a ocorrência do crime, porque não é dever da vítima se autoproteger de fraudes posteriores de outrem, ela não teria essa possibilidade nessas situações, mas sua conduta, se comprovadamente descuidada, poderia ser valorada pelo juiz quando da dosimetria de pena. Assim, não há regra que tipifique a ação da vítima, e, ao que consta, a função da imputação à vítima é de dar relevância dogmática à autonomia para fins da análise comparativa com os atos do autor que com ela interveio. Nesse sentido, GARCÍA CAVERO, Percy. ***Derecho penal económico***. *Parte general*. Lima: Grijley, 2007, p.12.

relação positiva: frente a outras pessoas, quando revestidos de papéis especiais, o portador do papel deverá agir conforme certas atribuições[577].

Os deveres da vítima encaixam-se nos primeiros, os deveres gerais inerentes a todos os atores sociais. Assim, cabe ao titular, a cada pessoa, a gestão de suas escolhas autonomamente, e, em caso de exposição a risco ou afetação de si mesma por atuação própria ou favorecida por outrem, dá-se uma defraudação do próprio dever de proteção. Logo, permanece preferencialmente no seu âmbito de competência (de organização) os efeitos autogerados.

Nessa dinâmica normativista-sistêmica, a ordem social constrói e regula as expectativas sociais atribuídas às pessoas, nas vestes de atores a cumprir seu papel, suas incumbências. Dentre estas, o dever mínimo imposto a cada portador é o de não prejudicar outro, nem querer lhe impor as consequências de sua administração defeituosa atinente aos próprios bens, como no caso da imputação à vítima. Isso não se justifica porque há propriamente uma expectativa do próprio sistema social de que todos convivem harmonicamente (em consenso, integrados etc.). Na realidade, a sociedade continua apenas criando suas expectativas e operando para manter em níveis toleráveis as perturbações entre as organizações.

As pessoas podem moldar (organizar) seus âmbitos, mas ainda vivem em espaços já moldados (com instituições), nos quais há expectativas normativas dinamicamente estáveis. Se há expectativas, é necessário também que todos mantenham seu círculo organizacional em minimamente em ordem, para que evitar prejuízo alheios e perturbação à identidade social como um todo. Aliás, se há alta probabilidade de que muitos defraudem as expectativas, porque todos podem moldar seus âmbitos de competência autonomamente, é necessário que a sociedade mantenha sua dinâmica de estabilizar essas expectativas, mesmo em caso de desapontamento.

---

[577] Desses deveres e sua classificação Jakobs retira diversas criações que enlançam suas ideias. Por exemplo, também é possível verificar duas maneiras de vincular-se a um evento delitivo: (1) por meio de uma organização, do estabelecimento de condições que constituam uma contribuição importante para o ato (crimes comuns, de domínio do ato ou em virtude da responsabilidade organizacional); ou (2) por vinculação a determinado dever especial, por meio da relação positiva, aquela que requer o seu cuidado especial (crimes de violação de dever ou em virtude de responsabilidade institucional). No primeiro caso, nos crimes de domínio (virtude da organização), é o comportamento entre as pessoas que as tornam próximas formando a relação autor-vítima, por exemplo. No segundo dos casos, nos crimes de violação do dever (virtude de responsabilidade institucional), a própria condição da vítima ou da instituição vincula a relação positiva (de promoção e assistência), sendo anterior ao ato criminoso. (Sobre essa classificação, JAKOBS, Günther. ***Derecho penal***. *Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995).

Dito de outro modo, como há autonomia de organização interna, que compete a cada pessoa responsável, há sujeição ao sinalagma: a pessoa deve cuidar para que os processos causais prejudiciais criados por si não saiam do seu âmbito de organização. Eis que é nesse lugar, de auto-organização e de violação de deveres de autoproteção, que Jakobs constrói sua ideia de competência da vítima.

Dessa maneira, se a vítima descumprir seus deveres gerais de autoproteção, não pode reivindicar a responsabilização de outrem, uma vez que o evento não saiu do seu âmbito próprio de competência. Ou seja, se a pessoa goza de autonomia para se auto-administrar, assume, por consequência, a própria responsabilidade pelas consequências de uma administração deficiente[578]. Segue o dito sinalagma: entre a própria administração e a própria responsabilidade. Os deveres negativos são, portanto, o resultado do nexo autonomia de organização/ responsabilidade pelas consequências da organização defeituosa – compõe o âmbito da organização do comportamento em geral, do papel comum[579].

A instituição negativa "*neminem laede"* (não prejudicar os outros) é, ao mesmo tempo, óbvia e não-óbvia. Desde os romanos temos sua institucionalização e desde de muito antes até a atualidade a sua defraudação continua a mover o sistema jurídico[580]. Nesse sentido, o direito penal funciona manter o sentido dessa estrutura normativa da sociedade. Seu funcionamento apesar de garantir a proteção a bens ou propiciar ausência de prejuízos a terceiros, senão opera para garantir que, frente a expectativas (de não-violação de expectativas) violadas, haja reação e reafirmação dessa expectativa (de não violar expectativas) por meio da pena.

Junto com a proibição de "não prejudicar", há o correlato mandato afirmativo de: "eliminar riscos que surgem do seu âmbito de organização", do contrário, "arcar com eles". Disso nasce a atuação por sua própria conta e risco, com a defraudação das incumbências de autoproteção, acarretando a não-imputação penal para eventuais terceiros. Chega-se à competência da vítima, que pode ser vista, nesse aspecto, como critério de efeito comum a teoria com a vitimodogmática (Schünemann) e as conclusões do funcionalismo teleológico (Roxin). Dessa forma, em termos de natureza jurídica, todas essas tentativas de análise da

---

[578] Sobre essa autonomia e deveres no âmbito da organização, a partir de uma visão sistêmica,ver a partir do subtópico "Sobre los delitos de organización y los de infracción de deber", LESCH, Heiko H. ***Intervención delictiva e imputación objetiva***. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1995-30091100972. Acesso: 04 janeiro 2019.

[579] JAKOBS, Günther. ***Injerencia y dominio del hecho***. *Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*. Traducción Manuel Cancio Meliá, 2001, p.15-16.

[580] JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoó Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, principalmente, p.20 e ss.

vítima na valoração da conduta de terceiros que favorecem ou atuam com base em seu consentimento resultam na atipiciade. Assim, o próprio comportamento da vítima pode fundamentar uma atribuição a ela mesma do efeito ofensivo.

Contudo, exige, para que a atuação da vítima exclua a responsabilidade de terceiro, que a mesma seja auto-responsável (decide sobre si e sobre a atividade perigosa [581]); que a vítima, consciente e voluntariamente, posicione-se sobre o risco (que deverá ser conhecido ou conhecível), sendo capaz de valorar o significado de sua conduta (as conseqüências e as dimensões do perigo); e que o terceiro não tenha uma especial situação que o ponha em situação de garante em relação à vítima[582].

Pelo exposto, vimos que Jakobs concebe como missão do direito penal a garantia da identidade social. A premissa maior encontra-se na expectativa de que cada integrante da sociedade, incluindo as vítimas potenciais, desempenhe o papel que exerce dentro de um padrão pré-determinado e, nos casos das transgressões, a sanção penal ratificará a vigência dessa norma.

Em síntese ocorre assim: como não estamos em estado de natureza, de grau zero de interação, é possível saber minimamente o que se pode expectar, esperar de outras organizações. É nessa linha dos reflexos da dupla contingencia da comunicação que Jakobs amarra sua ideia: frente a quebra desses deveres (em relação a expectativas normativas expectáveis ora violadas), a racionalidade normativista-sistêmica ativa-se e há interferência do direito penal, há o juízo de imputação dos comportamentos sociais frustrantes. Isso porque o sistema de imputação penal é, por assim dizer, repartido conforme os papéis sociais, supondo que cada um é responsável por seus atos (âmbitos de organização) e é, justamente, o não

---

[581] Dessa exigência geram-se três situações: conduta vítimal posterior a do terceiro, resta claro o domínio da decisão da produção lesiva pela vítima; simultânea a do terceiro, aceita-se nesse caso uma ação a próprio risco, mas se seu domínio acaba antes que o do terceiro, a partir disso, responde este como autor da heterolesão; e conduta do terceiro posterior a da vítima, tendo esta capacidade de impedir que o terceiro produzisse o resultado e não o fez, atribui-se o fato ao âmbito de responsabilidade da vítima. Logo não é porque se atuou por último que receberá imputação pelo fato, há de se verificar quem tenha capacidade de impedir o resultado no momento em que o risco se realiza. Assim, pode a vítima criar uma conduta perigosa e com sua omissão não evitar a concretização do perigo, não sendo o resultado imputado a terceiro. Exemplo: "A" e "B" pactuam se suicidarem por intoxicação com gás de automóvel por meio de tubo conectado a uma janela do carro, permanecendo as duas sentadas no veículo com vidros fechados. Se é "A"que tem a última ação de conectar o acelerador que permite a saída do gás letal, não será por si só sua conduta relevante à imputação, pois, depois de sua conduta de "A", "B" manteve-se omissa ficando voluntariamente no carro. Portanto, considera-se o domínio sobre a decisão que, nesse caso, está dentro da competência da vítima para evitar o resultado. Se se salva "A", não se pode castigá-la pela morte de "B" (pessoa responsável) que se colocou em risco (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 9, n. 107, p. 7-9, out. 2001, p. 30-31).

[582] Não pode o terceiro ser garante, pois se o for, já que ele criou o risco desaprovado com conduta anterior, tem o dever de revogar (ingerência) o risco. A exemplo, quem atropela alguém tem que prestar socorro, sob pena de crime de omissão se a pessoa morrer por falta de atendimento médico (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 9, n. 107, p. 7-9, out. 2001p. 31)

cumprimento (ou cumprimento defeituoso) dessa posição social que atrai a força sistêmica de se manter funcionando, de se manter em vigência (com a sanção). Logo, diversamente do viés roxiniano, não é a atenção ao bem jurídico em si que se torna primordial, mas o abuso aos modelos de conduta que a norma jurídica estabeleceu, as estruturas jurídicas, as expectativas normativas de cunho penal.

3.7. CONCLUSÕES TÓPICAS: NA LABIRÍNTICA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL RESTA APENAS A DIABÓLICA MEMÓRIA COMO GUARDIÃ DAS BIFURCAÇÕES ARGUMENTATIVAS DOS SENTIDOS SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME NA MODERNIDADE

Partimos de um "mundo vasto mundo, abandonado por Deus"[583], em que o direito deparou-se com sua própria aquisição evolutiva: a positividade. O mundo como mecanismo de produção do estado de coisas a partir do estado de coisas (*aggregatio corporum*) desvelou-se como potencial de surpresas ilimitado, de informações flutuantes e virtuais. Ao mundo jurídico resta-lhe o dom de dar sentido às suas próprias seleções, simplificar essa vastidão[584]. Travestido de função-memória, o demônio recai sobre a porta regulatória das pertinências do sistema jurídico. Analogamente ao demônio de Maxwell[585], passa a controlar as bifurcações temporais das estruturas jurídicas dissipativas[586], formuladas por argumentações labirínticas[587]

---

[583] Alusão ao modo como poetizava Drummond em "Poema de Sete faces" (1930), em que o indivíduo é seu próprio referencial insatisfeito e desajustado (anjo torto, *gauche*), deparando-se com a morte e abandono de Deus, nesse mundo de tantos mundos, acabando comovido com o diabo, depois de beber e relembrar sua condição de não ser Raimundo (sábio), o que tampouco solucionaria seus problemas, só rimaria com o vocábulo mundo (ANDRADE, Carlos Drummond de. Poema de Sete faces. **Alguma poesia**. Posfácio Eucanaã Ferraz. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p.11-12).

[584] Referência à ideia de mundo e sentido de LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 30.

[585] De acordo com a segunda lei da termodinâmica, a entropia de um sistema isolado não diminui, só aumenta ou permanece constante. Para mostrar que tal lei tem caráter apenas estatístico, contradizê-la, James Clerk Maxwell, em 1871, idealizou o famoso "demônio", sugerindo-o como figura ideal dotada de talento necessário para monitor um orifício, na divisória entre dois recipientes cheios de ar e controlar a temperatura a partir de moléculas que são lançadas em direção a tal abertura. O dispositivo funcionaria de forma que cada vez que chegasse uma molécula lenta (mais fria) da parte quente ou uma molécula rápida (mais quente) da parte fria, o demônio abriria seletivamente a passagem. Só nessas condições abria e fechava a porta entre os sistemas, para passar, caso contrário, mantinha o sistema fechado. Por consequência, o recipiente do lado frio ficaria cada vez mais frio, pois perderia moléculas quentes, enquanto o quente esquentaria mais ainda, pois perderia as frias. Esse demônio seria o filtro para a troca de energia/químicas entre os dois sistemas térmicos e, sem nenhum dispender trabalho, o que elevaria a temperatura do lado quente e baixaria a do lado frio, contradizendo a 2ª lei da termodinâmica Frisa-se que, Leo Szilard (1929) mostrou que a 2a lei mantém-se íntegra, pois o demônio precisaria receber energia para observar as moléculas, o que deveria ser considerado no cálculo. Por sua vez, a prova de Szilard admite exceções que novamente violam a 2ª lei. Enfim, a questão física contemporânea ainda suscita constantes discussões. O que não altera nossa analogia ao dispositivo para o sistema jurídico, quanto à ideia de seleção da informação e desta no tempo sistêmico (*vide*: FOERSTER, Heinz von. *Sui sistemi auto-organizzatori e i loro ambienti*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.60-61).

[586] Porque em equilíbrio precário, em estabilidade dinâmica, se preferirmos, em invariância ou uma instabilidade relativa.

[587] Porque transcorre os caminhos de veredas que se bifurcam entre variação e redundância.

entre as inúmeras tentações de variação e as frequentes perseguições de redundância. Sem escapar do paradoxo da probabilidade improvável, assim, constrói-se a dogmática e os sentidos do direito.

O truque de onipresença diabólica da memória sistêmica passou a funcionar[588]:

(1) como filtro entre o direito e outros sistemas, controlando seletivamente a "troca", a adaptação ou a exaptação, por acoplamento, o fluxo de informação ou de complexidade. Assim, o sistema jurídico (e sua dogmática) permanece encerrado, mas em função de distinções de distinções sucessivas, permanece cognitivamente aberto. Assim como o *Canon per Tonos* de Bach[589], o direito opera suas harmônicas-oscilações de entrelaçamentos criativos e bifurcados entre a reprodução normativa e a capacidade de aprendizagem cognitiva; e

(2) como crivo para as próprias comunicações atuais, decidindo entre estruturas já existentes (dimensão do passado) as que devem ser esquecidas (mantidas em latência) e as que seguem para lastrear as subsequentes operações (projeção do futuro). Assim, o sistema jurídico assimetriza as justaposições das comunicações, inventa seu "instante-já"[590], tremeluzente como "pirilampo que acende e apaga, acende e apaga"[591] impulsionando e conectando as reentradas do tempo no tempo, das decisões nas decisões, testando em continuação sua consistência[592], aliàs, sua indecisão.

---

[588] Foerster inventou um segundo observador ao sistema, *il demonietto nipotino di quello di Maxwell* (o demoniozinho, sobrinho daquele de Maxwell), o qual selecionava o domínio de pertinência e de possibilidade do sistema, logo, tal figura é também o observador. O sistema resiste ao ruído ambiental até o ponto que o transforma em fator de organização, por isso, o princípio do *order from noise* é chave de leitura de sistemas auto-organizadores. No caso da nossa análise do direito, apreendemos tal demônio analogamente à função-memória sistêmica, enquanto aparato seletivo, não só no âmbito do acoplamento estrutural, mas das próprias comunicações internas, que precisam de assimetrização temporal. Sobre essa inspiração, FOERSTER, Heinz von. *Sui sistemi auto-organizzatori e i loro ambienti*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.60-61.

[589] *Vide* nota de rodapé n.445 e página correspondente.

[590] À luz de Clarice Lispector, o instante-já é o fugidio presente, que, aqui, é a contigente construção do real, a invenção de realidades temporalizadas. Sobre essa menção já no corpo da tese, v*ide* p.91 e também a nota de rodapé n.345.

[591] "Mas o instante-já é um pirilampo que acende e apaga, acende e apaga. O presente é o instante em que a roda do automóvel em alta velocidade toca minimamente no chão. E a parte da roda que ainda não tocou, tocará num imediato que absorve o instante presente e torna-o passado". LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. Rio de Janeiro: ArteNova. 1973,p.16.

[592] O sistema jurídico realiza justiça adequando complexidades, verificando a consistência entre as decisões. Por exemplo, a ideia do princípio da justiça, da igualdade perante a lei etc. não vincula o direito positivo a critérios de comparação pré-estabelecidos, mas apenas àqueles que ele mesmo estabeleceu a partir de decisões e que podem mudar. Desse modo, o sistema garante a tais princípios uma flexibilidade suficiente para levar em consideração papéis diferentes e mutáveis e, assim, simplificar a complexidade. O conceito de justiça relativiza-se na dependência de decisões contingentes, com base em seleções normativas adotadas pelo legislador. A justiça é a própria adequação da complexidade pelo sistema.

Em outras expressões, "*el diablo sabe por diablo pero más sabe por viejo*"[593]. Tanto a função-memória pode ser tida como a medida da racionalidade da *autopoiesis* jurídica, como é a própria experiência comunicativa produzida em autoexperiência sistêmica. Porque regula o processo funcional-estrutural sistêmico: cria a identidade do direito e inventa (frente à flecha do tempo[594]) a temporalização das comunicações atemporais, realizando seleções de "dessimultaneização" das dimensões de sentido. É capaz de aumentar ou de restringir o número de informações jurídicas de modo seletivo, sem aumentar, ao final do círculo dos mecanismos evolutivos (com a restabilização), a entropia[595]. Eis o diabólico *modus operandi* da memória: como um dispositivo adicional capaz de produzir a *re-entry* do tempo e de decisões jurídicas, apresentando-se como "uma referência ao caminho do se (re)tornar"[596].

Todavia, vimos que é com a tendência à reimpregnação de sentido que o demônio da memória "bloqueia sua própria função curativa de esquecimento"[597] recorrente e mantem o direito em negação de entropia, em negação de variação, em negação da probabilidade de mudança, mas em condições de seguir a partir da repetição que lhe é presente. Nessa arena movediça, a dogmática jurídica representa a probabilidade das improváveis expectativas normativas: é vista justamente pela emergência da redundância de comunicações, é a equação

---

[593]O diabo sabe por ser diabo, mas também por ser velho": não basta a astúcia, serve a experiências, as consistências geradas pela memórias. Esse foi um dos conselhos do velho Vizcacha para Fierro, em um poema dentro da obra gauchesco *"La vuelta de Martín Fierro"* de José Hernández (1879). Nossa leitura foi a partir de BORGES, Jorge Luis, GUERRERO, Margarita. ***El "Martín Fierro"***. Madrid: Alianza Editorial, 2008; para versão bilíngue, português-espanhol, disposível no artigo de CULLETO, José Guillermo. **Análise da tradução para o português do poema "El Viejo Vizcacha", do livro *La Vuelta de Martín Fierro,* de José Hernández**. p.10. Disponível em https://nanopdf.com/download/analise-da-traduao-para-o-portugues-do-poema-el-viejo-vizcacha_pdf. Acesso: 20 janeiro 2019.

[594]"Somente na medida em que o tempo aparecer como irreversível, ele pode ser interpretado como presente contínuo em relação a uma diferença entre futuro e passado" LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales**: lineamientos para uma teoria general*. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p.63.

[595] A função-memória permite temporalizar as estruturas, as expectativas, pois observa a contingência do presente em relação ao seu entorno e conforme essa observação e a partir complexidade estruturada (suas expectativas internamente disponíveis), seleciona quais expectativas devem ser atualizadas no estado atual. A observação dos próprios horizontes internos (a autorreferência) funciona como uma redução da complexidade ambiental (não estruturada). Disso, deduz-se que os sistemas não conseguem se auto-observar inteiramente, por isso, entra em cena a figura diabólica que realiza uma seleção criadora de um passado relevante, mas sempre restrito ao presente, que direciona as operações atuais, que servirão para dar sequência a essas reentradas, essas recorrentes distinções (permitindo a morfogênese sistêmica).

[596] Podemos pensar da seguinte forma, o direito parte do seu estado neguentrópico, pode passar por estágios de variação, mas retorna à neguentropia (neguentropia-entropia-neguentropia ou redundância-variação-redundância ou variação-seleção-estabilização). A citação consta em: FOERSTER, Heinz von. *Glosario*. In: ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987, p.235; e reconhendo essa invenção demoníaca de Foerster e possibilidade do *re-entry*, o próprio LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p. 154.

[597] Luhmann cita Foerster (1948) para aduzir que a forma de superar a própria função fundamental da memória que é esquecer, deve-se proceder à reimpregnação, à familiarização, à redundância (LUHMANN, Niklas. **A causalidade do sul**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Revisão de Raffaele De Giorgi e Giancarlo Corsi. *s.d*., p.10 (disposição do texto no *microsoft word*). Ademais, lembra que memória não se lembra de esquecer, afinal, se lembrasse não esqueceria (LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000, p.126).

de instabilidade mitigada ou estabilidade dinâmica de sentidos jurídicos, enquanto condição inicial para a aplicação do algoritmo direito e não-direito da decisão judicial.

A dogmática apresenta-se como autorreflexão do direito, no intuito de especificar sentidos e na tentativa de corrigir possibilidades de desvio, mas, jamais reproduz todas as experiências do texto legal. É auxílio ao princípio do *non liquet* e tentativa de dar fluidez o código binário. São inegáveis pontos de partida que levam a si mesmos por caminhos que se bifurcam entre: a certeza da incerteza sobre o hermetismo argumentativo e interpretativo (porque é labiríntica) e a incerteza da certeza da segurança jurídica (porque tudo pode ser de outro modo). É modelo redefinido pela semântica da seletividade e da contingência, os autovalores da complexidade jurídica. Produz reestabilização evolutiva, sem operar com um centro de certitude. Normas são tão somente estruturas que canonizam a forma de esperar uma forma esperável do agir alheio. Nem estabilizar expectativa é certificado de sua garantia, nem o processo de formação dogmática de conteúdos condicionais é um projeto acabado, nem suas plataformas já minimamente estáveis são pré-definições fixas e rígidas do senso normativo de decisões. Se pensamos em uma verdade é que "desde que a sociedade moderna começou a considerar-se moderna, as características da modernidade estão em mudança contínua"[598].

Entre labirintos e desilusões, não assistimos o tempo do direito passando e, assim, construindo uma memória. Apenas observamos as estruturas jurídicas a transladar-se entre reentradas do tempo presente (inventado entre passado e futuro) no tempo presente (inventado entre passado e futuro). Não assistimos a vítima no passar do tempo do direito penal, construindo uma memória da vítima de crime. Apenas observamos a estrutura de passividade da vítima a transladar-se para áreas de confins com outras classificações vitimais[599].

Insurgiram comunicações variantes que se condensaram sob a semântica de vítimas relacionais, vítimas contributivas, vítimas cooperativas, vítimas participativas, vítimas colaborativas e assim por diante. Todas vítimas de sua própria influência na etiologia do crime. A Vitimologia que havia pensado em seguir os passos da Criminologia, aproximando-se, principalmente, de propostas de compreensão das causas de vitimização e da elaboração de propostas criminais-vitimológicas protetivas, tornou-se favorecedora da vitimodogmática e congêneres. A dogmática da vítima invadiu os debatos espanhóis e alemães, em busca de

---

[598] DE GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade do risco. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.227.

[599] "O que chamamos de tempo é o movimento de evolução das coisas, mas o tempo em si não existe. Ou existe imutável e nele nos transladamos". LISPECTOR, Clarice. **Um sopro de Vida (Pulsações)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978, p.5.

transformação desse potencial da vítima, desencadeador da criminogênese, em critérios de análise da imputação penal.

Na busca por desdobrar a improbabilidade da novidade em probabilidade de sentido penal[600], a tendência vitimodogmática (Schünemann) elaborou o princípio da autorresponsabilidade da vítima. A vítima seria condenada a não mais ser vítima em nome de sua liberdade. Sua autonomia passou a lhe atribuir deveres (possíveis) de cuidar dos próprios bens jurídico-penais. Visto por outro ângulo, sua autodeterminação passou a lhe permitir dispor dos próprios bens jurídico-penais. A *ultima ratio* passou a incluir nas suas razões de não intervenção, os próprios meios individuais da vítima. Por isso, supondo-se situações nas quais a vítima podia proteger seus bens e optou, de modo autorresponsável, livre e consciente, não fazê-lo, ou consentiu para que um terceiro o fizesse, com seu consentimento, estariam afastados o merecimento e a necessidade de reprimenda do fato e do agente interveniente. A vítima perde o merecimento e a necessidade de proteção em troca do desmerecimento e desnecessidade de pena do autor.

Essa tendência, na sua versão originária, tentou delimitar o campo de atuação aos denominados delitos de relação. Quando a tipicidade do crime descrever condições de possibilidade da interação autor-vítima, o intérprete estaria vinculado ao absolutizante princípio vitimológico. Em todas as situações dessa categoria de delito, o juiz ficaria incubido de verificar a contribuição da vítima. Em caso de confirmação de sua possibilidade de autoproteção não exercida, o magistrado deveria interpretar restritivamente o tipo penal, desconsiderando a conduta como parte do conteúdo proibitivo da norma, não atribuindo responsabilidade penal alguma porque se daria a atipicidade do evento. Outros vitimodogmáticos propuseram moderação na utilização do referido princípio, no sentido de tratar a contribuição da vítima, via de regra, apenas na realização da dosimetria da pena. Essa comunicação parcimoniosa prevaleceu e a conduta da vítima entrou em sentenças penais como razão de abrandamento da reprimenda do autor.

Chegamos ao sentido: as comunicações remetem a outras comunicações reiteradamente. Os debates vitimodogmáticos remetem às especifições de setores das teorias funcionalistas da imputação objetiva. A recorrência da redundância da autorresponsabilidade da vítima remete à semântica da autocolocação da vítima em risco e à heterocolocação em risco consentida pela vítima de Roxin. O que significou que diante do conhecimento e do

[600] Por exemplo, a ideia de vitíma relacional em algum instituto jurídico, como uma excludente, uma minorante, um princípio etc.

consentimento[601] sobre o risco pela vítima não há resultado penalmente relevante alcançado pelo tipo objetivo. As criações roxinianas remetem à variante de mesmo fim, a organização conjunta e corresponsabilidade preferente da vítima de Cancio Meliá. O que remete às críticas por meio do princípio da alteridade para punir a autoria em heterecolocação consentida e ao princípio da identidade entre autor-vítima para desonerar quem auxilia a vítima na autocolocação em risco por ela mesma controlada[602] à luz de Luzón Peña. O que remete ao papel geral de autoproteção e deveres de cada pessoa na gestão de seus bens penais, que quando violados permanece no âmbito de responsabilidade da própria, conforme a observação de Jakobs. O que nos remeterá a outras observações, tecidas no próximo capítulo, para analisar a redundância ou a sua variação desses argumentos dentro do sistema penal brasileiro à luz de outras observações para além das dogmáticas.

O direito não precisa, assim, "levar um linha pra passear"[603], pois parece conseguir acompanhar uma linha ou controlar-reduzindo várias, que se definem, mas também se perdem neste labirinto argumentativo de construção dogmática; e distintamente do fio de Ariadne[604], não funcionaria para garantir reversões, diante da força da flecha do tempo, o direito apenas se interessa por atar recursões fractais. As mudanças da semântica são correlatas às mudanças estruturais. O fenômeno do sentido liga-se à semantização do mundo e a dimensão do tempo, apresentando um duplo aspecto: por um lado, é explosivo, incontrolável e dissolvente; por outro, construtivo, criador de novidade e diferença. Na medida em que tudo remete para horizontes plúrimos, a experiência semântica do mundo é proliferante: o sentido é sentido como excedente de remissões. Como no "Livro de Areia" borgeano, sem início, sem final, sem única informação, mas que, a cada observação, abre novas perspectivas, novas possibilidades de sentido, em que as linhas e entrelinhas jurídicas vão tecendo essa trama estrutural e semântica da modernidade em um livro onde nenhuma é a primeira página, nenhuma, a última[605]

---

[601] Lembrando que o consentimento deve ser livre de coações, erros, portanto, autorresponsável.

[602] Luzón Peña equiparou alguns casos de heterocolocação à autocolocação para excluir a tipicidade. Assim, quando a vítima, mesmo só consentindo divide com o autor da conduta o controle na gestão do evento, podendo decidir, interferir, mudar etc, o curso causal, poderá ser aplicado o princípio da identidade autor-vítima e excluir a tipicidade do fato.

[603] Alusão ao aforismo do expressionista naturalizado alemão Paul Klee (1879-1940).

[604] Alusão ao mito cretense de Ariadne, porque voltamos ao minotauro das primeiras conclusões provisórias. Se na mitologia grega, Ariadne, filha de Minos, do rei cretense, ajuda seu amor Teseu, a sair do labirinto do Minotauro seguindo um novelo de lã, o "fio de Ariadne". O truque do direito é que ele cria e recria suas infinitas linhas mantendo a sua arquitetura labiríntica intática. Vale-se do fio apenas para perpetuar a ilusão de um fim.

[605] BORGES, Jorge Luís. O livro de areia (p.95-99). In: **O livro de areia**. São Paulo: MEDIAfashion (Coleção Folha), 2012, p.95.

A dogmática moderna confirmada, ao final de tudo, pelas decisões, é reflexo dessa rede de argumentações jurídicas labirínticas. Essa é a imagem da realidade do direito, aquela de "o jardim de veredas que se bifurcam", entre redundância e variação. Para além do fascínio estético dessa imagem-metáfora, ela funciona para evidenciar a ausência de um centro, o que criativamente tem uma vantagem estratégica, que salta aos olhos: é uma rede que pode se ramificar em múltiplas direções, em que cada ponto seria articulado com outros pontos (eis os fractrais), ou, ainda, cada bifurcação, cada nó da rede, leva a outros, na sucessão de escolhas sempre contingentes. Retornamos ao minotauro das nossas primeiras conclusões tópicas: o importante é manter às ocultas o truque dessa paradoxalidade de um direito sem saída porque toda saída lhe é de direito, como o labirinto de Ts'ui Pên[606], entregue aos vários futuros em ruptura com o *post hoc ergo propter hoc*, assim como fez Dimitri ao suicidar Getúlio, assim como, frente à causalidade e à imputação, fez a conduta da vítima de crime no direito penal moderno.

[606]Sobre o labrinto de Ts'ui Pên presente no conto "*El jardin de los senderos que se bifurcan*" de Borges, v*ide* a nota de rodapé n.437, deste capítulo.

4 ORDENS DE OBSERVAÇÃO CONTINGENTES ACERCA DA CONDUTA DA VÍTIMA NO SISTEMA PENAL MODERNO À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO

"No sertão, se Deus vier, que venha armado"[607]. Talvez, não só no sertão da lei sem lei, da força dos que inventam a força, inclusive, da lei, no nordeste de Rosa, mas, alhures, nem Deus, se vier, seja mais forte do que os homens da lei, senão vejamos:

"Há contra ti uma denúncia bastante grave. És Catarina?", disse o policial à mulher, porque dela um forasteiro se aproximou e ela lhe deu um pedaço de pão e lhe indicou o caminho. "Fazer caridade, agora, é pecado?", espantada, ela cochicha com seu irmão, Cosme, que devolveu ao policial: "Para o senhor, dar um pedaço de pão é proibido, desde quando?". O policial, aumentando a voz, fala: "Não percebeste que era inimigo?". Cosme: "Inimigo de quem?". O policial: "Nosso inimigo", irritando-se emendou: "Vosso inimigo, também!". "É filho de Deus. Estava com fome. No que eu precisava pensar?", esclarece Catarina. "Em outras palavras, admites o fato", diz o policial. Cosme gagueja: "Catarina não admite nada!". O policial finaliza: "Sinto muito, mas escreverei um relatório...". Após meses, o policial reaparece, sorrindo, diz a Catarina: "Aquele fato pelo qual tu serias culpabilizada, não é mais incriminação". Cosme grita: "O que mudou? As pedras permanecem duras. Damos duro pra poder comer!". O policial explica: "Nossos inimigos agora são aliados. O que, há alguns meses, parecia ser um delito..." Catarina cansada interrompe: "De novo! Era um simples pedaço de pão. O homem tinha que morrer de fome?". "Ao contrário. És benemérita. Ajudaste um inimigo que, agora, é aliado. Por sua coragem mereces uma recompensa!" Cosme retruca: "Nem foi coragem, nem medo, o homem tinha fome. Era um simples pedaço de pão". O policial: "Vocês são ignorantes. Para as autoridades de hoje, foi heroísmo. Mudaram até o modo de decidir se um fato é bom ou mau..." Catarina, uma vez mais, interrompe: "Mudaram o bem e o mal?". Cosme, em dúvida, complementa: "E se mudarem de novo?" Constrangido, o policial exclama: "Estás renunciando a medalha?" Catarina encerra: "A medalha do ano santo de 1900, que recebi em Roma como peregrina, não é suficiente? Já temos medalha na família"[608].

"Como julgar que posso punir baseada apenas em que o meu critério de julgamento para tonalizar tal ato como criminoso ou não, é superior a todos os outros critérios?". Questão

---

[607] Alusão a fala de Riobaldo em ROSA, João Guimarães. **Grande sertão** – veredas. Volume II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p.19 " (...) Sertão é onde manda quem é forte, com as astúcias. Deus mesmo, quando vier, que venha armado! E bala é um pedacinhozinho de metal..."

[608] Trechos a partir de SILONE, Ignazio. *Un pezzo di pane*. In: ***Una manciata di more***. Milano: Mondadori, 1998. Parte do libro está disponível em: https://www.panarchy.org/silone/more.1952.html. Acesso: 12 julho 2019.

essa de Clarice, que, em auto-observação, já denunciava: "Não há direito de punir. Há apenas poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte que ele", e completa: "a guerra, grande crime, não é punida, porque se acima dum homem há os homens acima dos homens, nada mais há"[609]. Ora, em apenas "*Un pezzo di pane*", entre a beleza de uma doação e a brutalidade de uma incriminação, entre a liberdade sonhada e o pesadelo da inventada imputação, demonstra-se a sutil marca-limiar que tenta desunir os lados da unidade e a clara evidência de que o mundo do crime e o seu universo do punir não se tratam de nada além de construções, de comunicações.

As comunicações são produtos da própria sociedade, enquanto eventos genuinamente sociais e não psíquicos[610]. A psique funciona apenas como pressuposto ambiental para o sistema social, assim como o sistema social é apenas pressuposto ambiental para os sistemas psíquicos[611]. Nem a sociedade, através da comunicação, atravessa e adentra a multiplicidade de consciências individuais, tampouco alguma consciência individual, através de seu pensamento, atravessa e adentra na sociedade ou em outra consciência individual (afinal, cada uma constitui uma verdadeira "caixa-preta")[612]. Ambos os sistemas não se excluem, do contrário, correlacionam-se pelo chamado acoplamento estrutural[613]: os sistemas sociais

---

[609] LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o direito de punir (p. 43-49). **Outros Escritos**. Organização de Teresa Montero e Lícia Manzo. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, todos os trechos, p. 43 (publicação originária do artigo, In: **A Época**, revista de 1941).

[610] A comunicação é exclusivamente social não só porque envolve participantes (em termos sociológicos: *ego* e *alter ego*), mas porque ocorre somente quando é compreendida pelos "destinatários". A intenção de dizer ou escrever algo é insuficiente transformar tal comportamento uma comunicação. É necessário que se compreenda, pois somente aquele que compreendeu pode, em seguida, algo a comunicar. Por isso, a comunicação é definida como a diferença entre informação, compartilhamento e compreensão. (CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. p. 181-198. In: **Tempo sociológico**. Revista da USP. vol.27 n.2. São Paulo Jul/Dec. 2015. p.183).

[611] A consciência nem é sujeito, nem substrato da comunicação. Por isso, a metáfora da transmissão do conteúdo semântico, já nas se adequa, visto que somente a comunicação pode comunicar. A comunicação constitui uma realidade emergente *sui generis*. O sistema psíquico é um mundo em si mesmo, autopoiético, autorreferente e repleto de individualidade, não depende de influências externas para operar a sua consciência, apenas de decisões para seguir sua *autopoiesis*. Assim, o homem não constitui uma realidade independente da observação (Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società*.** Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 33).

[612] "Não há comunicação da consciência, não há comunicação entre indivíduo e sociedade. Somente a consciência pode pensar e somente uma sociedade pode comunicar. E em ambos os casos tratam-se de operações específicas de sistemas operativamente fechados, determinados pelas suas estruturas" (DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società*.** Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 34). Todavia, um é para o outro como uma terceira perna, que não se faz útil para caminhar, mas, tendo em vista a acomodação anatômica, se retirada desequilibra, pode fazer cair. (Alusão à metáfora usada por LISPECTOR, Clarice. **A paixão segundo G.H**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p.9, "(..)assim como se eu tivesse perdido uma terceira perna que até então não me impossibilitava de andar, mas que fazia de mim um tripé estável").

[613] Luhmann trabalha acoplamento estrutural (influência de Maturana e Varela, 1987), deixando de usar o termo a interpenetração (parsoniano em meados de 1992), para indicar a conexão entre sistemas autopoiéticos e autorreferentes, em que ambos põem à disposição sua complexidade pré-constituída (indeterminabilidade, contingência, e pressão seletiva). Cada um é pressionado a reduzir autonomamente a complexidade alheia desordenada. Não se trata de um nexo de prestações, mas de autoconstituição, pelas estruturas próprias. Cada um

operam em conexão estrutural com os sistemas psíquicos, que operam em conexão estrutural com os sistemas sociais, pelo *medium* específico da linguagem[614].

A linguagem é meio de autodescrição e auto-observação da comunicação. Organiza temas, amplifica a capacidade de ressonância do sistema às irritações ambientais, aumenta a capacidade conectiva, simplificando o próprio acoplamento intersistêmico, e, por conseguinte, reduz a complexidade externa ao condicionar formas de percepção e ação social. Como meio para a consciência e para a comunicação, a linguagem mantem tais sistemas acoplados em "sintonia", mas não em regime de inclusão/fusão, apenas funciona na "generalização de sentido com o auxílio de símbolos, que – distintamente da designação de alguma outra coisa − são eles mesmos aquilo que representam"[615].

Hegel lembrava que a filosofia não podia pressupor seus próprios objetos, estes deviam ser mostrados em sua necessidade e provados em seu ser. Mesmo que expostos e de algum modo representados pela linguagem, os conceitos não seriam o que são, ou seja, conceitos, se se deixassem reduzir às meras representações, que remetem sempre à exterioridade, à empiria dos objetos determinados desta ou daquela maneira. Se há alguma legalidade interna nas representações, é apenas de natureza psicológica, e a psicologia nunca pode definir critérios apriorísticos[616]. Por isso, a dificuldade de se começar com conceitos, que não pressupõem outra coisa senão a si mesmos. Um começo, sendo algo imediato, forma um pressuposto, aliás, é ele mesmo um pressuposto. Por exemplo, somente depois que a enciclopédia desdobra-se em toda sua forma, como totalidade do conhecimento, ela se inicia. Os conceitos, enfim, mostram seu poder explicativo como articulações internas do conhecimento[617].

---

pode mudar seus estados e estabilizar dinamicamente suas instabilidades, garantindo a contínua produção de potencialidades. Nesse sentido, ; também, LUHMANN, Niklas. In: **Sistemas Sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p.117.

[614] Em termos de contexto evolutivo, a linguagem é um tipo de rumor extremamente improvável, que justamente por essa condição, possui chance altamente complexa de especificação. Quando esta se torna possível, há a construção de estruturas da comunicação complexas, como regras e as semânticas, que favorecem a reativação de possibilidades comunicacionais, sem perder a possibilidade de cair em desuso. Assim, as unidades sonoras ou palavras são meios que passam a funcionar na comunicação apenas quando estão acopladas a enunciados dotados de sentido (formas). Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. *Chiusura operativa e accoppiamenti strutturali*. ***Teoria della società*.** Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 36 e p. 68 e ss.

[615] LUHMANN, Niklas. Interpenetração. In: **Sistemas Sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 194.

[616] Assim, nem as categorias lógicas de pensamento são derivadas de alguma suposição sobre o ser, nem a estrutura do ser é deduzida do universo categórico em que os objetos pensáveis se movem, mas a estrutura do ser é o que é mostrado dentro da estrutura lógica do que dizemos sobre entidades particulares. *Vide*: HEGEL, Georg Wilhelm Friedric. ***Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*** (1817). A cura di Benedetto Croce. Roma-Bari: Laterza, 1984, p. 4-5.

[617] Sobre o tema, HÖSLE, Vittorio. ***Il sistema di Hegel***. A cura di Giovanni Stelli. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2012, p. 32 e ss; Hegel e a dificuldade dos inícios é também mencionado pelo professor DE GIORGI, Raffaele. ***Temi di filosofia del diritto*.** Volume II. Lecce: PensaMultimedia, 2015, p. 187.

Notamos que o sujeito hegeliano implicitamente citado desejava se incluir nas próprias descrições (conhecendo a si e ao mundo em virtude de atos cognitivos), mas parecia visualizar somente a mente humana como seu único modelo. Também, a teoria dos sistemas revela-se na forma do que circula dentro do sistema pela comunicação. O saber acontece, pois, enquanto espelhamento de uma produção ininterrupta de sentido sistêmico. Todavia, comparando-se com a análise hegeliana, o pensamento complexo aspira maior generalidade, observando (o modo) como sistemas autopoiéticos, para além dos psíquicos, constroem suas "cognições", realidades, saberes, e se orientam no mundo[618].

Nessa trilha, para a matriz funcional-estruturalista, cada sistema, seja ele uma máquina aprovada no teste de Turing, uma organização ou um *homo sapiens*, pode ser considerado pela sua autorreferência, sendo assim, pode ser observado por um observador de segunda ordem que, por sua vez, é também um sistema autorreferencial e observável. Sem representacionismos ou solipsimos, fundações transcendentais em geral, o pressuposto construtivista é: o saber enquanto constructo entre observadores, que, simultaneamente, são observados e observadores. Eis porque o epistemólogo luhmanniano, ao ser chamado para dar satisfação dos ratos que giram em um labirinto, do qual não temos seu mapa, torna-se ele mesmo mais um rato dentro desse labirinto, cabendo-lhe refletir sobre a posição a partir da qual observa os demais. Nesse papel de observador em observação de outros observadores, o pesquisador deve tentar apenas tornar fluido, desmobilizar, o modo como os dados, relativos ao mundo, estabiliza-se (até aquele momento) e contribui para a criação de arquiteturas (estruturas) do conhecimento com plausibilidade e coerência. Afinal, há apenas uma sociedade, um único sistema complexo para a *autopoiesis* da comunicação[619].

Na realidade, o saber não pode estagnar, porque o não-saber mobiliza-se em outras ordens de observação. Com essas, aspira-se justamente o oferecimento de "fundamentos" enquanto fundamentos circulares, para as descrições do mundo pela contingência. É um

---

[618] Ao fundo dessa ideia de sistemas cognitivos, de sistemas de sentido, que produzem cognição por indicação e distinção, encontram-se as reflexões cibernéticas, na qual a questão de partida não era "o que significa pensar?", mas o que faz um sistema complexo que, aos olhos de um observador, pode ser descrito como uma máquina? Assim, começou-se a estudar os processos de comunicação entre as partes de um sistema ou entre um sistema e seu ambiente. Processos que servem para garantir o autocontrole do sistema independentemente dos materiais ou fluxos energéticos, que nutrem o sistema e o constituem como entidade física. Nesse aspecto, Luhmann acrescenta o fato de que o observador que observa os sistemas está incluído na descrição oferecida por tais sistemas. O conhecimento é produto, assim, das operações de observação e das operações de registração de observações, incluindo, observação de observação, descrição de descrição. (Sobre o tema, *vide*: ASHBY, Ross W. ***Introduzione alla cibernética*** (1957). Eunadi: Torino, 1971; também, LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione.*** A cura di Alberto Cevolini. Roma: Armando Editore, 2007, principalmente, p.60-64).

[619] A sobredita metáfora é de LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione.*** A cura di Alberto Cevolini. Roma: Armando Editore, 2007, p. 68-69. Percebemos que os pressupostos que sustentavam as referidas estruturas voltam a circular, por assim dizer, voltam a fluir para o sistema de conhecimento, perdendo o caráter de pontos fixos, e, sobretudo, externos.

seguir pelas redes de observações possíveis como operações assimétricas (ou que rompem simetrias), porque usam distinções como formas e usam as formas como limites, separando, paradoxalmente, lados interno e externo. O lado interno indicado (marcado) é a referência para as sucessivas operações, gerando um valor designativo e conectivo (positivo). Porém, há uma problemática atinente às observações em si, que não podem escapar de sua forma como moldura de dois lados. Logo, a indicação, por não assumir seu valor reflexivo (negativo), assume seu outro lado: a fragilidade do lado conectivo que indicou, a presença de um olhar contingente cego ao seu ponto cego, portanto, a sua falta de razão fixa, pela presença do efeito da latência, que, ao ser suspensa, torna-se visível mesmo forma do invisível[620].

Em outras expressões, queremos dizer que algo não dito permanece, propiciando uma posição a partir da qual se desconstrói o que foi dito em sua pretensão de fixidade. Assim, toda aquela difundida ideia de sabedoria manifesta-se pelo seu alicerce de paradoxo e não de princípios. "O paradoxo é o indicador visível de invisibilidade"[621]: unidade de distinção necessária para a operação de observação, a qual invisibiliza a operação para si mesma (pelo menos por enquanto), em nível de primeira ordem.

A contingência suspensa, mas não anulada, precisa de outros níveis de observação, como a de segunda ordem, para ser vista. A nova observação não é ideal ou superior, senão com maior reflexividade, vez que observa como os sistemas observam[622]. Para além da observação dos objetos monovalentes, permite um deslocamento contínuo do ponto cego do observador em um contexto multinível, sem cair na arbitrariedade da gênese do sentido[623]. Há apenas uma nova descrição que observa distinções que o observador observado observou, incluindo o que ele viu e o que não pôde ver (a unidade). Assim, continua sendo outra porção limitada de mundo estável, mas coloca entre parênteses os saberes, doravante, desvendados contingentes e historicizados, pela distinção entre meio e forma.

---

[620] Essa classificação em valor positivo, designativo e conectivo *versus* valor negativo, reflexivo, é de Gotthard Günther, lido através de ESPOSITO, Elena. ***L'operazione di osservazione***. ***Costruttivismo e teoria dei sistemi socieali***. Milano: Franco Angeli, 1992, principalmente, p.103-109 e 180-204.

[621] Isso leva à conclusão de que partes do mundo (ou de qualquer outra unidade) têm um potencial reflexivo mais alto do que a própria unidade (que pode nem ter). Esta é uma abordagem absolutamente não holística. Não é uma teoria dialética no sentido hegeliano que termina com o "espírito absoluto" que em si nada mais é do que um paradoxo, ou seja, uma entidade que exclui apenas a exclusão. Mas, de certa forma é uma reconstrução da desconstrução. Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. *Deconstruing as Second-order observing* (p-763-782). In: ***New Literary History***. Vol.24. n.4. Johns Hopkins University Press, 1993, p. 772.

[622] Em termos gerais, é a chamada mídia de massa, que cria a ilusão de que podemos ser observadores de primeira ordem. Sua atuação na comunicação de massa – mormente em notícias/informação em geral, publicidade e entretenimento - colaboram para a produção de uma memória social, de uma imagem coesa do mundo, transformando o artificial em natural etc., sem mostrar que se trata sempre de informações pré-selecionadas, sobre a qual não podemos controlar a seletividade dessa seleção, nem refletir sobre ela. A respeito do tema, LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** São Paulo: Paulus, 2005.

[623] Com base em ESPOSITO, Elena. ***L'operazione di osservazione***. ***Costruttivismo e teoria dei sistemi socieali***. Milano: Franco Angeli, 1992, principalmente, p. 175 e ss.

Do mesmo modo que o pensamento complexo viabiliza observar como observadores observam, por consequência, as observações sobre a conduta contributiva da vítima para a ocorrência do crime podem ser representadas pelos vários percursos comunicacionais (narrativos) de diversos observadores dentro do sistema jurídico-penal. A partir de dessas descrições plurais, sob pontos de vista diferentes, pode-se observar como são construídas as suas realidades de seus sentidos. A ideia não é absolutizar nenhuma observação, apenas destacar as possíveis redundâncias e variações, a partir disso, descrever as considerações sobre o tema desde uma visão periférica da legislação/doutrina até outra central dos tribunais e, posteriormente, expor nossas críticas.

Observar como os legisladores e/ou doutrinadores observam a conduta da vítima e geram proposições influi na formação de outras comunicações produzidas no processo penal. Essas narrações chegam ao exame dos tribunais, que, por sua vez, formam outras observações e constroem a realidade dessa vítima no sistema penal, por meio de decisões judiciais. Ao observar essas decisões, podemos construir outras observações nesta tese, à luz da distinção observada nas bifurcações argumentativas entre a redundância e a variação. Ao final, isso significa que observaremos aqui algumas ordens, níveis ou graus de observação diversos, retomando posturas doutrinárias e legais, passando pelo STJ e alguns Tribunais brasileiros, até atingirmos a nossa observação sobre essas observações precedentes acerca da conduta da vítima de crime.

Em palavras simples, consideramos como primeira ordem de observação as representações dos doutrinadores/legisladores sobre o tema da vítima contributiva no direito penal. Trata-se de empreender uma abordagem sobre discursos redundantes ou variantes entre tais representações, mormente as abordadas no capítulo anterior. A reflexão gira em torno de uma simples pergunta: como é possível observar a vítima de crime a partir da legislação penal brasileira e da doutrina assimilada sobre o tema?

Em termos de segunda ordem de observação, a pretensão é examinar as comunicações levadas aos tribunais, com os argumentos formulados em virtude das observações de primeira ordem, que se tornam decisões jurisprudenciais brasileiras. Trata-se de empreender uma abordagem sobre a realidade produzida desde o centro do sistema jurídico-penal, os tribunais (especificados no respectivo tópico), pelo parâmetro da redundância e da variação dos conteúdos dogmáticos sobre a vítima de crime. A reflexão gira em torno da pergunta: como é possível observar a conduta contributiva da vítima de crime a partir das decisões dos tribunais brasileiros?

A terceira ordem de observação são os nossos olhos sobre todas essas remissões comunicativas. Trata-se, por último, de empreender uma abordagem crítica sobre os resultados encontrados a partir das observações anteriores. A reflexão final gira em torno da pergunta: como é possível observar a conduta contributiva da vítima de crime a partir de uma teoria que se aproxima do que chamamos de pós proteção exclusiva do bem jurídico?

Enfim, o que podemos adiantar em aproximação a tais interrogantes é que posicionar as comunicações sobre a vítima como observações entre diversos níveis de observadores inventa, no espaço da dogmática penal uma metodologia de expansão moldurada da ciência do saber sobre a teoria do delito. Porque a vítima recebe competência para construir observações sobre o evento delituoso, atualizando os pensamentos sobre a causalidade, sobre a imputação, sobre o que legitima o direito penal tradicionalmente. Essa comunicação serve para compor os programas dogmáticos, que são remetidos aos tribunais, entre redundância e variação, constrói-se uma moldura labiríntica para a comunicação da vítima de crime. A ideia de expansão moldurada caminha no sentido de que a autorresponsabilidade ou o consentimento da vítima à luz da ideia legitimadora da teoria da proteção exclusiva do bem jurídico realiza uma ruptura com esse mesmo paradigma. Afinal, não consideramos que aquilo que mobiliza essa possibilidade de comunicação no sistema seja seu direito à autonomia propriamente, mas a imposição social de respeito às expectativas sociais, dentre elas a mais nova, a criação dos deveres de autoproteção da vítma.

4.1 PRIMEIROS OBSERVADORES: O OLHAR DOUTRINÁRIO E LEGISLATIVO NA DAS DEFINIÇÕES PERIFÉRICAS SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME DO SISTEMA PENAL

As semânticas sobre a conduta da vítima de crime, por meio de mecanismos evolutivos da comunicação, ampliaram-se, atingindo a dobra da passividade, o avesso do conceito de sujeito passivo. Sua outra face não era o autor de crime, este lhe é ainda alheio. Porém, o que antes não era a vítima, a vítima contributiva para a etiologia do evento delituoso, era o que é o sujeito passivo em seu estado de dormência. Esse despertar para a outra faceta do mesmo titular do bem jurídico, ou seja, o seu potencial favorecedor para prejuízos/riscos próprios, fomentou a construção do denominado consentimento e da autorresponsabilidade, como critérios legitimadores de diversas teses sobre a dogmática da vítima.

Em nosso ordenamento, o consentimento figura, prioritariamente, como uma das causas supralegal de exclusão da ilicitude, ao lado das demais previstas no art. 23 do Código

Penal. As exigências doutrinárias para sua validade referem-se às condições de seu exercício por parte do titular e ao caráter de disponibilidade do bem jurídico[624]. Assim, o consenso vale quando, sendo o bem penal disponível, a vítima, consciente e autorresponsável (livre perturbações de outra ordem, como erro, coações etc.), decide, previamente ou durante a execução do crime, pela conduta ofensiva[625]. Pode acontecer de o tipo penal trazer o dissenso em sua descrição, situação na qual se verificado o consentimento, ocorrerá a exclusão da tipicidade (por exemplo, art. 150 do CP, crime de violação de domicílio e art. 213, estupro comum).

Nesse âmbito, o consentimento emerge como instituto dogmático de relativização da exclusiva proteção ao bem penal, em razão da autonomia individual. Trata-se da consideração da vontade do titular de bens individuais e disponíveis, acarretando a dispensabilidade da tutela penal diante de sua conduta autorresponsável. Geralmente, é aceito quando proveniente de pessoas (inclusive o representante legal, das pessoas jurídicas) com dezoito anos ou mais e que estejam em pleno uso de suas aptidões mentais. Em suma, a vítima deve ter consciência dos desdobramentos de sua decisão, para dar validade a sua manifestação expressa de vontade ao terceiro que agirá ciente dessa autonomia. Ainda, é possível sua verificação em delitos culposos, imaginemos os casos de acidentes com leves lesões, em que a vítima aceita manobras imprudentes do motorista, pois, justamente, acordou com tal condutor tais demonstrações[626].

---

[624] Tarefa bastante imprecisa é a consideração do *status* de bem jurídico, aliás, sua elevação a tal *status* de interesse ético-social sob tutela estatal. A doutrina expõe dois critérios centrais para tentar mascarar essas dificuldades: (1) a teoria da equivalência/balanceamento de interesses, de origem alemã, que considera disponível o bem particular desprovido de relevância para o bem comum, buscando equilibrar os possíveis interesses entre a norma incriminadora e a situação concreta; (2) a não imediata utilidade social do bem, pela qual o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo sobre bens sem interesse social, os não coletivos. Do contrário, quando a lesão/ofensa pode gerar grande distúrbio no âmbito social, o interesse protegido é considerado como relevante a toda coletividade, passando a ser indisponível. Sobre o tema, *vide*: PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido (na teoria do delito).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 106-117; ver também, ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** Sobre a legitimação das proibições penais. Disponível em: https://docplayer.com.br/21081-Que-comportamentos-pode-o-estado-proibir-sob-ameaca-de-pena-sobre-a-legitimacao-das-proibicoes-penais.html. Acesso em: 30 julho de 2019.

[625] Se a vítima decidir, após a prática do crime, aceitá-lo, como evento prejudicial, nada comunicando ao sistema policial/judiciário, poderíamos falar de efeitos negativos atinentes à punibilidade, o que poderia, em tese, ser equiparado a uma espécie de perdão da vítima ou mesmo sua renúncia quando à ação. Estas são causas de extinção da punibilidade previstas para crimes de ação penal de regra privada. Perdão da vítima pode ocorrer quando da ação em curso, podendo ser processual ou extra, desde que seja bilateral. A renúncia é extraprocessual, logo, obsta a ação penal privada (excepcionalmente, condicionada, pela Lei n. 9099/95), sendo um ato unilateral da vítima que desiste de tomar providências sobre o fato ocorrido.

[626] A doutrina trabalha a ausência de lesividade, compreendida como juízo de desvalor da conduta frente às exigências de proteção do bem. A ilicitude está, pois, na relação de antagonismo de certa conduta com a ordem jurídica vigente e suas consequências danosas ao meio social. Esse consentimento deve ser uma forma inequívoca da manifestação volitiva do titular do bem jurídico (individual e disponível), supondo a ausência de vício (erro, fraude, coação), garantindo a lisura da capacidade natural de compreensão e discernimento do titular

De modo inverso, a legislação penal pátria tem qualificado ou agravado a conduta do autor quando a defesa da vítima resta impossibilitada. Parece que o legislador cogita implicitamente que, de algum modo, a vítima não se resigne diante do ataque a seus bens jurídicos, ou seja, que ofereça certa resistência, protegendo-os, quando possível. Nesse sentido, seria possível seguir o raciocínio de que o legislador espera que ela não renuncie ou não coloque em risco seus bens, pois considera mais grave quando o autor impede o que seria o "normal", essa capacidade de resistência/proteção (por exemplo, há essa qualificadora no art. 121 do CP).

Afora isso, existe ainda previsão legal para a vítima provocadora do evento delituoso. O legislador fala da provocação injusta da vítima, ou seja, de incitações e, geralmente, de condutas verbais desafiadoras, que funcionará como privilégio em crimes contra a vida/integridade (por exemplo, há essa causa de diminuição especial, de um sexto a um terço, no art. 121 e art. 129 do CP)[627]. Também, na ausência dessa disposição específica nos próprios delitos, essa provocação ou atitudes similares favorecedoras do crime por parte da vítima, podem ser consideradas como circunstância judicial (art. 59 do CP), integrando o primeiro momento do sistema trifásico da dosimetria de pena. Ressaltamos que, em termos práticos, essa apreciação da conduta da vítima, nesse primeiro momento da aplicação da pena é bastante limitado. Trata-se de uma limitação propriamente dessa fase, ou seja, o juiz poderá manejar favoravelmente ao réu a referida conduta da vítima, mas dentro dos limites da pena em abstrato, prevista para o respectivo delito.

No que diz respeito à causalidade penal, do art. 13, *caput*, do CP, a clássica doutrina finalista ainda adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais (causalidade simples ou *conditio sine qua non*). Por essa, considera-se causa toda conduta sem a qual o resultado não se teria produzido, ou seja, tudo que contribui para o resultado é causa. Formulação que por si, pela sua imprecisão, pela sua possibilidade de viagem ao infinito, já dispensaria outras críticas. Todavia, a doutrina inventou o método da eliminação hipotética e a voluntariedade, dolo e culpa do agente. Assim, será causa a conduta, que, quando mentalmente suprimida do

---

e o conhecimento do consenso por parte do terceiro. Não obstante, pode ser aceito tácita ou expressamente, desde inconfundível a autorização para praticar fato criminoso. Nesse sentido, *vide* a obra reflexo de sua tese de doutoramento, de COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, *passim*; também, e ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, principalmente, p. 129 e ss.

[627] Remotamente, poderíamos considerar a legítima defesa como um instituto que diz respeito à vítima. Neste o inicial agressor põe em risco os bens jurídicos não apenas da vítima inicial, mas os próprios, afinal, diante de sua agressão (para além da provocação) atual ou iminente injusta, a reação proporcional e moderada defensiva do agredido é previsível e lícita. Em uma perspectiva diversa, pode-se dizer que a vítima potencial desencadeia a reação do presumido autor do evento ofensivo contra si.

contexto fático, excluiria também o ocorrido (nas circunstâncias em que ocorreu), considerando a causalidade psíquica.

Mesmo com as invenções complementares, a causalidade penal não é adequada para decidir em uma sociedade que produz a todo tempo risco solucionar nexos de relevância penal. Por isso, a doutrina alargou a causalidade objetiva, para além do nexo físico (relação causa/efeito), acrescentando o nexo normativo, explicado antes no que toca à realização do risco no resultado e este alcançado pela norma (Roxin e variantes) e realização de uma comunicação contrária ao dever de proteção da norma (Jakobs), tratando aí da conduta da vítima.

O quadro abaixo organiza algumas as principais considerações resultantes de observação de primeira ordem, senão vejamos:

Quadro 1 – Remissões entre comunicações: alargamento da conceituação sobre a vítima e os institutos legais/dogmáticos.

Alargamento do conceito de vítima (contributiva): Informação	**Observações de primeira ordem: Estruturas/Semânticas**	**Programa Normativo Legal/Doutrinária**	**Comunicação construída: Natureza penal**
Manifestação de vontade livre e consciente de disposição de direito individual e disponível.	Consentimento do ofendido	Doutrinária (Costa Andrade e Pierangeli)	Justificante supralegal
Incitação, livre e consciente, verbal ou gestual, desafiadora da reação de outrem para a prática de ofensa a sua vida ou integridade.	Provocação injusta da vítima	Legal art.121 §1º do CP; art.129 §4º do CP;	Minorante específica
Atitudes livres e conscientes que contribuem na etiologia do crime.	Comportamento da vítima	Legal Art. 59 do CP	Circunstância Judicial
Exposição livre e consciente a risco com auxílio de terceiros (ou autolesões); ou consentimento para exposição a risco por terceiros; Exercício da autodeterminação como corolário da dignidade humana e entendimento contrário a necessidade de Paternalismo Penal.	Princípio da autorresponsabilidade da vítima	Doutrinária (Schünemann/Hillenkamp)	Atipicidade (versão originária) Circunstância Judicial (versão moderada)
Exposição livre e consciente a risco com auxílio de terceiros (ou autolesões); ou consentimento para exposição a risco por terceiros; Exercício da autodeterminação como corolário da dignidade humana e entendimento contrário a necessidade de Paternalismo Penal. Conhecimento do	Autocolocação em risco Heterocolocação em risco consentida	Doutrinária (Roxin)	Atipicidade

risco/resultado.			
Exposição livre e consciente a risco com auxílio de terceiros (ou autolesões); ou consentimento para exposição a risco por terceiros; Exercício da autodeterminação como corolário da dignidade humana e entendimento contrário a necessidade de Paternalismo Penal. Conhecimento e controle compartilhado do risco/resultado.	Autorresponsabilidade em autocolocação; Organização conjunta e corresponsabilidade preferente da vítima em heterocolocação consentida;	Doutrinária (Cancio Meliá)	Atipicidade
Exposição livre e consciente a risco com auxílio de terceiros (autocolocação em risco e autolesões); ou consentimento para exposição a risco por terceiros (situações de heterocolocação equiparáveis à autocolocações). Consideração excepcional do exercício da autodeterminação da vítima, frente ao seu controle sobre o risco	Princípio da identidade autor-vítima	Doutrinária (Luzón Peña)	Atipicidade
Atuação a próprio risco com livre organização de seu papel social e descumprimento de expectativas de autotutela	Competência da vítima e dever de autoproteção	Doutrinária (Jakobs)	Atipicidade

Fonte: Construção própria, 2020.

O quadro organizativo *supra*, sucintamente expõe as comunicações produzidas, a partir do alargamento do conceito de vítima. Isso demonstra que as comunicações das vítimas contributivas, favorecedoras, relacionais etc., fomentaram resultados observacionais de outros observadores. Estes, legisladores ou doutrinadores, aqui, considerados como observadores de primeira ordem – primeiro nível de observação sobre a conduta da vítima no sistema penal (*lato sensu*) – configuram como colaboradores da labiríntica dogmática penal moderna.

Em termos de bifurcações argumentativas, sobre ocorrência de variação e redundância, podemos observar, por meio de outro quadro, o seguinte:

Quadro 2 – Argumentações labirínticas entre os observadores de primeira ordem

Informação principal	**Estrutura/Semântica**	**Comunicação**	**Operação Sistêmica**
Relativa capacidade de autonomia da vítima	Consentimento	Justificante	Variação
Relativa capacidade de autonomia da vítima	Provocação	Minorante	Variação
Relativa capacidade de autonomia da vítima	Comportamento	Circunstância Judicial	Variação
Ampla	Princípio da	Atipicidade	Redundância

capacidade de autonomia da vítima	Autorresponsabilidade		
Ampla capacidade de autonomia da vítima	Autocolocação/ Heterocolocação	Atipicidade	Redundância
Ampla capacidade de autonomia da vítima	Organização conjunta e responsabilidade preferente da vítima	Atipicidade	Redundância
Ampla capacidade de autonomia da vítima	Princípio da identidade autor-vítima	Atipicidade	Redundância
Ampla capacidade de autonomia da vítima	Competência da vítima	Atipicidade	Redundância

Fonte: Construção própria, 2020.

O quadro com as argumentações labirínticas *supra,* sucintamente expõe as construções dogmáticas realizadas pelos observadores de primeira ordem, doutrinadores e legisladores entre a redundância e a variação, tendo como referencial a comunicação penal a ser produzida, a partir do alargamento do conceito de vítima. Notamos que as comunicações das vítimas (contributivas, favorecedoras, relacionais etc.) fomentaram redundâncias observacionais nas esferas doutrinárias, que desenvolveram originariamente os institutos modernos atinentes a tais vítimas. O sentido de principal criado reflete a atipicidade do fato pela consideração da ampla de sua capacidade de autonomia do titular do direito.

Por outro lado, a incorporação dessas construções doutrinárias não se repetiram nas poucas construções existentes do grupo dos observadores-legisladores brasileiros até o momento vigente. Assim, a construção dogmática/legislativa pátria a respeito do consentimento da vítima, apresenta-se como comunicação variante, pela consideração relativa da capacidade de autonomia da vítima, válida somente frente a direitos disponíveis e individuais, promovendo uma análise alheia ao tipo objetivo, via exclusão da ilicitude. Afinal, o legislador apresentou argumentos moderados, considerando, em geral, a conduta da vítima apenas para fins de aplicação da penal, no caso de provocação injusta (minorante), nos demais casos, como circunstância judicial a ser tida no primeiro momento do sistema trifásico. Por esse aspecto especificamente, a legislação ainda não promoveu uma considerável expansão das semânticas atinentes à vítima de crime.

4.2. SEGUNDOS OBSERVADORES: O OLHAR SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA NA ANÁLISE DA IMPUTAÇÃO PENAL A PARTIR DA CENTRALIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Estruturalmente, o direito pode ser visto como uma rede, de certa forma sistematizada, de princípios e regras (dogmática), que servem para a tomada de decisões. Todavia, as narrativas sobre direito refletem a múltipla fenomenologia dos paradigmas decisórios. São estes que constituem uma espécie de espinha dorsal do direito, funcionando, por assim dizer, como uma sonda, pela qual podemos desbravar o imperativo do sistema jurídico, qual seja: o decidir. Justamente, por ser o direito, um sistema de sentido, ele se constrói sobre a decisão, assim, é dela que podemos colher o material genético na tentativa de se decifrar o DNA do sistema. O próprio *non liquet* é mais que um indício para vislumbramos que a decisão é alçada à condição de código comunicativo do sistema jurídico, sendo os tribunais, portanto, os centros de construção das principais comunicações enquanto realidades jurídicas.

De toda essa centralidade da decisão judicial, não podemos escapar da inicial reflexão sobre o como é possível definir a decisão no sistema jurídico? Ora, do verbo "de-cidir", fez-se a "de-cisão", termos a partir dos quais já somos capazes de visualizar as raízes latinas do vocábulo "*de-caedere*", para o qual o "*de*" é aquilo que está fora, o "*caedere*" é o cindir, cortar. Logo, concebemos a decisão como uma atitude poiética da separação ou metaforicamente, como uma espécie de fratura, que intercepta e separa o real do latente, um modo estabelecer o ser de outro, um antes de um depois, o direito de hoje vigente dos não-direitos ainda não existentes, porque não marcados[628].

Esse retorno ao etiológico, não é para falar de Hamurábi[629], como já nos auto-advertimos nessa tese, mas é para nos permitir observar o paradoxo, que acompanha esse conceito já originário de decisão: cada decisão pode ser concebida como uma unidade de distinção. Sendo assim, em uma perspectiva construtivista, a decisão, também como observação, é uma diferenciação identificadora de apenas um lado e não ambos de si mesma. Desse modo, cada vez que o lado da distinção é atingido, intercepta-se somente o lado da escolha, realça-se aquele falado valor positivo e conectivo. Eis que, assim, traça-se um sulco, uma marca na rede do sistema jurídico, e reproduz-se a paradoxalidade da unidade de sua decisão, que mora sempre ao lado, em sua relação com a alternativa latente.

Sobre essa controvérsia, outras reflexões parecem pertinentes, a saber: como é possível a decisão circunscreve-se a um lado da distinção, sem remeter à própria distinção? Como é possível vir à tona sem a alternativa e ser tido como verdade o fato de a decisão não se

---

[628] Sobre a definição do termo, mas realizado a partir do vocábulo em italiano, "*decidere*", *vide*: VOCABULARIO, *In*: ***TreccaniIstitute***. Disponível em: https://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/decidere/. Acesso em 20 janeiro de 2020.

[629] Para não incorrer no risco de divagações históricas sem propósitos, como nos alerta o professor OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, *s.*

condensar na alternativa? Ora, adiantamos em retorno ao tratado no capítulo anterior, sobre ser a decisão indecidível: se "somente a alternativa faz da decisão uma decisão", a alternativa é uma, mas, ao mesmo tempo, não é nenhuma, pois, do contrário, a decisão não seria uma decisão[630].

Nesse sentido, não há mais como fugir da semântica da decisão que é em várias óticas complexa: a decisão ergue-se como lugar de coexistência de inclusão e exclusão, da distinção e do resultado da distinção, ou seja, contínua oscilação, de um lado ao outro da distinção, em relação aos ângulos mais díspares, que são os corriqueiros ângulos de toda e qualquer observação. Por isso, que a unidade desse conceito é uma improbabilidade de observação, uma observação inobservável, um evento que permanece inexplicável porque se constrói sobre uma indecisão.

O indecidível não é apenas a oscilação entre decisões, a tensão entre lados contraditórios ou entre dois sentidos opostos. "Indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve – é preciso falar – abandonar-se mesmo à decisão impossível". A decisão sobre o indecidível nunca poderá ser um momento ultrapassado de uma vez por todas. "O indecidível fica tomado, incluído, pelo menos como fantasma, um fantasma essencial, em cada decisão, em cada evento decisório". Sua aura mina a ordem programável e calculável do processo de tomada de decisão na raiz e, ao mesmo tempo, revela uma ideia de justiça desencantada, de um direito contingente, de uma realidade permeada pela complexidade e seus riscos[631].

O direito continuamente se autoproduz, sendo, pois, a decisão a comunicação que torna possível essa sua *autopoiesis*. O direito persistentemente encontra-se em estado de incerteza, decorrente do próprio acoplamento com a complexidade inerente ao seu ambiente, em seu estado sempre entrópico. Assim, podemos afirmar que "o sistema não pode transformar a incerteza inerente (autoproduzida) em certeza. A absorção da incerteza tão somente pode ser observada como uma transformação – que, de vez em quando, atualiza-se, realiza-se – da forma de incerteza contida pela adaptação ou exaptação àqueles estados de (auto)irritação[632]. De fato, o sistema jurídico apenas produz, absorve e controla a sua complexidade e a sua insegurança, organizando-se, o que significa estruturar-se para conservar funcionalmente suas operações. A irritabilidade nada mais é do que a reprodução da incerteza, a partir de certos

---

[630] Sobre essas reflexões, *vide* LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***, Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 111 e 117.
[631] Sobre as citações diretas, *vide*: DERRIDA, Jacques. **Força de lei** – o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46.
[632] Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p.34.

estímulos, um equilíbrio particular entre a orientação das expectativas do sistema e a percepção das novas necessidades advindas do ambiente.

Podemos olhar, assim, para o direito como uma rede de circuitos de tomada de decisão, orientados para decidir questões socialmente relevantes ou controversas. Sob esse aspecto, a absorção da incerteza é mote, é requisito, é propósito e, simultaneamente, é recurso do direito. Afinal, se o sistema jurídico se encontrasse em um belo estado de certeza constante não haveria nada para tentar decidir e o direito repousaria em paz em decorrência de sua imobilização. É interessante notar como a absorção da incerteza, portanto, configura o limite e a força do sistema jurídico, sendo ela (a incerteza) mesma um processo de tomada de decisão, que regenera, constantemente, a incerteza neutralizada[633].

Dito de outro modo, à luz do estrutural-construtivismo, o direito pode ser observado como "um sistema estruturado de processos de tomada de decisão"[634], enquanto conjunto de eventos seletivos, que adquirem uma estrutura particular com base em critérios de seleção autodeterminados. Operacionalmente, todo sistema social reproduz a necessidade de decisões por meio de decisões[635]. Disto se segue que toda decisão é a premissa de uma nova decisão. "Na rede recursiva da *autopoiesis*, as decisões sempre se orientam para outras decisões e, principalmente, refletem o valor norteador de outras decisões"[636]. No direito não é diferente.

A relação entre premissas e decisões não é lógica nem causal. Nesse sentido, as decisões não podem ser deduzidas de premissas, nem estas correspondem a causas de decisões. É mais adequado afirmar que as premissas da tomada de decisão estabelecem os critérios de operação e os procedimentos para a aprovação de futuras decisões[637]. Assim funciona com os programas condicionais, a dogmáticas, as observações de primeira ordem antes referidas, são apenas parâmetros pelos quais se pode medir a validade de decisões futuras. Lembramos que programas condicionais têm uma função adicional: estruturam a memória do sistema. Eles decidem o que na práxis do sistema deve ser lembrado e o que pode ser esquecido[638]. Também, podem ser definidas como as condições regulatórias para decidir adequadamente ou com consistência[639].

---

[633] Sobre o tema, *vide*: LUHMANN, Niklas. *Contributi della teoria dei sistemi alla teoria del diritto*. In: ***La differenziazione del diritto***. *Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Mulino, 1990, p.81 e ss e 202.

[634] LUHMANN, Niklas. ***La differenziazione del diritto***. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 177.

[635] LUHMANN, NIiklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 57.

[636] LUHMANN, NIiklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 189.

[637] Sobre o assunto, *vide*: LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978, p.36 e ss.

[638] Essa função mnemônica diabólica é típica de sistemas que programam decisões por meio de decisões. Os programas condicionais é que estabelecem na presença de quais condições o direito procede com uma ativação. Assim,"a memória de orientação retém aqueles aspectos das decisões que podem ser usados como premissas de

Porém, como já referido, os programas não fornecem o modelo de decisões já definidas, mas elaboram critérios para a produção da possibilidade de decidir sobre a situação concreta. Até porque o caso em si, de tempos em tempos, associa novas distorções cognitivas aos programas, novas irritações, novas inseguranças[640]. Nesse aspecto, as decisões, portanto, servem para canalizar a incerteza. Ao passo que as reduzem, aumentam a contingência, que flui em constância das demandas de outros sistemas. Sendo assim, a contingência não é eliminada, mas limitada a uma única possibilidade, que se torna, por isso, necessidade[641].

Diante disso, podemos dizer que o direito opera uma regulação da contingência por meio do filtro de decisões. A determinação seletiva de uma decisão envolve a determinação de outras decisões. Mais especificamente, uma decisão colocada em um nível superior é caracterizada pela compulsão de determinar os métodos de determinação e o objeto de uma decisão de nível hierárquico inferior. É possível visualizar frequentemente essas situações de vinculações entre decisões, na organização do nosso judiciário, a guisa de exemplo poderíamos pensar na força que as decisões de tribunais constitucionais, suas súmulas e mesmos seus acórdãos influenciam em decisões de instâncias inferiores[642].

Apesar do exposto, ressaltamos que o desvelamento de um paradoxo não constitui necessariamente o ponto de parada de uma reflexão, senão um vislumbre propulsor de análise consciente, que adquire uma determinada profundidade de perspectiva. Com essa ciência, mesmo sendo a decisão a expressão de uma falta, é atualmente o recurso disponível para que o sistema contribua para a produção de uma sensação social de menos injustiça, ao manter sempre a expectativa dessa afamada ilusão de justiça. O direito, ao incorporar a decisão, a transforma em rito e, ao mesmo tempo, escolhe o modelo que legitima milhares de formas de resolução de conflitos, mas, em cada decisão, sobrevive, pois, qualquer coisa de intransponível e incontrolável. É sempre a interrupção de uma deliberação, a partir de um determinado ângulo visual, aquela fratura, aquela separação. Incisivamente: "o momento da decisão é a loucura"[643], porque contingência, porque precipitação. O direito só pode tentar racionalizá-lo, tentando neutralizar o que não está resolvido nos elos de seu processo.

---

tomada de decisão, esquecendo todos os outros", conforme: LUHMANN, NIiklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p.226.

[639] LUHMANN, NIiklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 185.

[640] LUHMANN, NIiklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 227.

[641] "A contingência, então, não é negada diretamente, não é reduzida pelo fato de ser eliminada e que é restrita a agir dentro de uma única possibilidade, que então se torna necessidade: ela é reduzida pelo fato que ela é aumentada ". LUHMANN, Niklas. ***La differenziazione del diritto***. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 201.

[642] LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 215.

[643] Sobre as citações diretas, *vide*: DERRIDA, Jacques. **Força de lei** – o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52.

Sendo assim, para além do mistério e da loucura que carrega, a decisão assume relevância dentro dos sistemas de sentido, como é o cso o direito, configurando-se como seu evento comunicativo central. Porque sabemos que o direito funda-se e se autoproduz a partir da comunicação em forma de decisões, derivadas e constitutivas recorrentemente de outras decisões, que remetem a outras decisões, pensamos ser interessante verificar algumas decisões judiciais a respeito da conduta da vítima de crime – que possivelmente se basearam nos programas dogmáticos, enquanto observações de primeira ordem antes esquematizados.

Assim, em sequência, serão apresentadas as decisões que constroem o pensamento central do sistema penal, ou seja, revela-se como os tribunais pesquisados, os julgadores, operam de modo comunicativo construindo as realidades acerca do papel da conduta da vítima na dogmática penal brasileira. Para tanto, explicamos como realizamos nossas seleções sobre essas decisões.

Primeiramente, decidimos pesquisar decisões no STJ (sem vinculação de data), por meio do próprio sítio eletrônico, tendo como índices de busca as próprias estruturas/semânticas esquematizadas antes. Também, realizamos pesquisas entre os anos de 2014 a 2020 nos tribunais de primeiro grau dos estados nacionais. A pesquisa restringiu o campo temporal para tentar atingir decisões finalizadas nos últimos anos, porém depois da análise de 57 decisões, achamos por bem evitar repetições em demasia, apenas apontando o sentido que se repetia com alguns julgados a título exemplar. Além disso, touxemos algumas informações com tendências diversas na análise em segundo grau, mesmo que ainda não finalizadas no mérito, porque não encontramos decisões especificamente julgadas em segundo grau sobre a hereterocolocação. O foco no estudo de todas as decisões foi identificar estruturas e semânticas construídas pelos observadores de primeira ordem usadas ou modificadas pelos novos observadores, os de segunda ordem, justamente, para verificar a remissão ou não, a repetição ou não, a variação ou não, entre os observadores construtores do conceito periférico e central sobre a conduta da vítima no direito penal. Sendo assim, foram buscadas nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais e em um sítio chamado Jus Brasil, que, por vezes, organizava melhor as buscas e os resultados, apesar de não alterar o conteúdo, evidentemente dos casos analisados.

Nesse sentido, pesquisamos os termos teóricos e legislativos existentes sobre a conduta da vítima para verificar a construção dos tribunais e compreender que vereda argumentativa os tribunais brasileiros seguem. Os termos principais buscados foram: “autocolocação da vítima em risco” (variamos também pelo termo “perigo”), “heterocolocação em risco consentida” (variamos também pelo termo “perigo”), “consentimento do ofendido/vítima”,

“autorresponsabilidade da vítima”, “princípio da alternatividade”, “princípio da identidade autor-vítima” e “vitimodogmática”. Na busca os termos que predominaram nos resultados foram: autocolocação, consentimento e vitimidogmática, conforme detalharemos a frente.

Consideramos como caminho de redundância, a posição prevalente entre os teóricos, doutrinadores (estudados na tese), no sentido de visualizar a conduta da vítima como corolário da autodeterminação, da autonomia e da liberdade da pessoa humana, sendo possível a partir disso excluir a tipicidade do fato. Assim, os acórdãos que formulavam suas argumentações nessas teses receberam a operação sistêmica de redundância.

Consideramos como caminho de variação o segmento que apenas vislumbra essa conduta da vítima como situação de incidência na dosimetria de pena ou no âmbito da ilicitude, não refletindo na análise da tipicidade objetiva, não influindo na causalidade propriamente penal e na construção da imputação do tipo e do resultado penal. Assim, os acórdãos que formulavam suas argumentações nessas teses receberam a operação sistêmica de variação por não seguirem as ideias dos teóricos originários, que, aqui, na linguagem sistêmica foram considerados como observadores de primeira ordem, que primeiro constroem as observações periféricas sobre a conduta da vítima de crime.

Ressaltamos que podem existir alguns resultados com operações sistêmicas para além do esquema redundância/variação. Tais situações foram consideradas, aqui, como pontos críticos. Escolhemos esse termo para classificar a miscelânea das informações repetidas e variadas, com base em Prigogine e suas ideias sobre estruturas dissipativas, mencionadas no capítulo anterior. De modo bem simples, as argumentações mesclam-se entre a elementos redundantes das teses dos teóricos originários, com informações novas, variadas ou inventam novo sentido no julgado para as semânticas já existentes sobre a vítima. Ou seja, a ideia era apontar o caso de decisões que trazem segmentos de ambos os caminhos ou que misturam alguma informação surpresa, ou, ainda, que inventam qualquer novo sentido para as estruturas já existentes, em relação às teses anteriores, em seus argumentos de validação decisional. Assim, os acórdãos que formulavam suas argumentações nessas teses podem receber a operação sistêmica bifurcação crítica. Também, foi possível observar a heterorreferência nas decisões, quando assim havia menção a informações de outros sistemas nas decisões do sistema jurídico.

A partir disso, passamos a analisar o que tem de redundância e o que tem de variação dos julgados brasileiros e se há uma forma de predominância entre essas bifurcações.

A seguir, apresentamos as primeiras considerações do STJ sobre a autocolocação da vítima em risco.

Quadro 2 – Decisões sobre autocolocação em risco do STJ e operações sistêmicas

DECISÃO/ PROCESSO	EMENTA ou TEOR SENTIDO (construído/validado)	DATA	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA (Operação sistêmica)
STJ Caso 1 HC 46525 /MT 2005/01278 85-1	*Habeas corpus*. Homicídio culposo. Morte por afogamento na piscina. Comissão de formatura. Inépcia da denúncia. Acusação genérica. Ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e da criação de um risco não permitido. **Princípio da Confiança**. Trancamento da ação penal. **Atipicidade** da conduta. Ordem Concedida. 1) não criação de risco não permitido (jogar vítima na piscina) 2) **autocolocação em risco** (ingestão de substâncias psicotrópicas); 3) **princípio da confiança** (as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, a vítima com uso de substâncias comporta-se contrária aos padrões esperados)	2006	Redundância (atipicidade) + Bifurcação crítica, pela associação entre princípio confiança e autocolocação
STJ Caso 2 HC 147250/Ba 2009/0178 790-9	Homicídio culposo na direção de veículo. Carência de justa causa. Atipicidade. Princípio da **confiança**. **Autocolocação** da vítima em **perigo**. Reconhecimento. 1) princípios da **confiança** (condução regular e vítima/traseunte desrespeitando deveres); 2) **autocolocação** em perigo (vítima de inopino lança-se na frente do veículo); Menção à decisão de autocolocação anterior do caso n.1 da jurisprudência brasileita	2010	Redundância (atipicidade) + Bifurcação crítica, pela associação entre princípio confiança e autocolocação

Os casos *supra* configuram os dois primeiros julgados pelo STJ em acolhimento à tese roxiniana da teoria da imputação objetiva e seus critérios, inclusive com menção direta ao referido autor. No caso 1, a conduta de ingestão/uso de substância entorpecente/alcóolica foi considerada no sentido da autocolocação da vítima em risco. Esta serviu para afastar a imputação dos envolvidos no ocorrido, os quais eram integrantes de uma comissão de formatura, que organizaram uma festa para acadêmicos de medicina, na qual, com *animus jocandi*, jogavam-se pessoas na piscina, dentre elas a vítima que veio a falecer. O STJ considerou que não era previsível aos organizadores o conhecimento da situação de autocolocação da vítima, a ingestão de substância psicotrópica, o que a fez não ter condições

de evitar seu próprio afogamento. Assim, associando o princípio da confiança e a autocolocação decidiu pela tese da redundância, qual seja a atipicidade da conduta por não entender que o resultado ocorrido tenha nexo com o risco criado e por considerar que não era previsível aos acusados conhecer da circunstância individual da vítima.

No caso 2, o STJ, também, com menção direta a tese roxiniana, reconhece a necessidade de exigência dos deveres de cuidado à vítima em situações de trânsito. Assim, diante da falta de cumprimento dessas funções, diante da frustração dessas incumbências de competência da vítima, afasta-se o nexo entre o risco da condução de veículo automotor e o resultado gerando, atribuído à autocolocação da vítima em risco, o que promove a atipicidade para o motorista.

Os dois julgados representam a definição, a partir do centro do sistema penal, os tribunais, para a conduta da vítima, como reflexo de sua autonomia. Portanto, os centros de decisões que validam e dizem o que é o direito estão indicando que a conduta livre e autorresponsável do titular do direito significa a realização do seu direito de autodeterminação, reflexo de sua liberdade e dignidade humana. Sendo assim, o resultado ocorrido não tem alcance no âmbito de proteção da norma penal, não atingindo o que o tipo objetivo pretende proteger, o bem jurídico tutelado de lesões alheias. A vítima em livre disposição de seus direitos perde a tutela penal moderna de seus bens. As situações representam a operação sistêmica de redundância, pois confirmam e reproduzem as ideias originárias sobre a conduta da vítima. Ademais, classificamos as decisões como construções híbridas, pois mesclam elementos que a priori não fazem parte especificamente do instituto da autocolocação em risco da vítima, pensado pelos idealizadores alemães. Pela conjugação da autocolocação e o princípio da confiança, acreditamos que para além da responsabilidade individual da vítima, o sistema sinaliza pelo reconhecimento de papéis e deveres sociais a serem cumpridos pelos atores sociais em suas situações de interação, como medida de contornar a dupla contingência entre os envolvidos e tentar manter as expectativas das expectativas em vigência.

Antecipamos que os dois julgados acima representam decisões emblemáticas para o ordenamento jurídico-penal. Tais casos constituem as decisões basilares, que servem, até a contemporaneidade, como referência para os julgados de outros tribunais estaduais brasileiros, mormente quando da apreciação de acidentes de trânsito. Assim, funcionam como remissões de fundamentação para se levar em conta a autocolocação da vítima em risco (ou perigo) associada ao princípio da confiança, quando diante de crimes culposos, no qual os

supostos autores agirem dentro de suas condutas ou deveres esperados socialmente e a vítima não.

A seguir, apresentamos decisões do STJ sobre o consentimento da vítima:

Quadro 2 – Decisões do STJ e operações sistêmicas

DECISÃO/ PROCESSO	**EMENTA ou TEOR SENTIDO (construído/validado)**	**DATA**	**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA (Operação sistêmica)**
STJ **Caso 3** Recurso Especial Nº 1.625.279 - TO (2019/0349547-2)	Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Tráfico internacional de pessoas. Exploração sexual de mulheres. Ultra-atividade do art. 231 do CP e adequada interpretação do art. 149-A do CP. Lei n. 11.344/16. Consentimento da vítima maior de 18 anos que opta pela prostituição, atipicidade do fato.	2020	Redundância (atipicidade) + Ruptura com padrão legislativo do consentimento ser analisado em nível de ilicitude, quando o tipo não traz o dissenso como elementar
STJ **Caso 4** HC 521622	Descumprimento de medidas protetivas (art. 24-A, Lei n. 11.340/06). Aproximação do réu da vítima. Absolvição.Consentimento da vítima e atipicidade do crime de desobediência. 1) A intervenção do direito penal exige observância aos critérios da **fragmentariedade** e **subsidiariedade**. 2) Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com **a autorização** dela, de modo que não se verifica efetiva lesão e falta inclusive ao fato dolo de desobediência.	2019	Redundância (atipicidade) + Ruptura com padrão legislativo do consentimento ser analisado em nível de ilicitude, quando o tipo não traz o dissenso como elementar

Fonte: Construção Própria com dados do sítio eletrônico do STJ, 2020.

Nesses dois casos acima, recentemente, julgados pelo STJ, o tribunal retorna a tese do consentimento da vítima como excludente de tipicidade da conduta e não de ilicitude. A situação condiz com ideia de manifestação da vontade livre e consciente diante de bem jurídico considerado disponível. Porém, nesses casos o tipo penal não exige a presença do dissenso no tipo, o que justificaria a sua consideração como excludente do tipo. O que

queremos dizer é que a tese do consentimento válido para maiores e frente a disponibilidade de bens, foi usada com natureza diversa do que se faz, a partir da excludente de ilicitude.

Especificamente, no caso 3 houve menção direta à autodeterminação quanto à liberdade de se prostituição, direito à liberdade sexual, e a ciência de que estava deslocando-se para a realização da atividade sexual em outro local, em alusão ao conhecimento sobre riscos. Já no caso 4, o consentimento dado pela vítima para seu ex companheiro de aproximar-se dela, mesmo frente a uma ordem restritiva de não aproximação, serviu para fundamentar a não incidência do crime de desobediência.

As duas situações refletem um posicionamento bem diverso do que geralmente ocorria quando se analisava o consentimento da vítima em crimes que não estabeleciam o dissenso no tipo penal. Os tribunais geralmente decidiam pela análise desse considerado ato de vontade a partir do segundo elemento do delito, considerando o conceito analítico do mesmo, qual seja, a antijuridicidade. Mas, o que se viu, é que a fundamentação do tribunal seguiu a vereda da operação sistêmica da redundância, em repetição dos entendimentos dos teóricos originários sobre o instituto da vítima. Assim, a conduta da vítima de livremente aceitar a prostituição, decidindo sobre sua liberdade sexual, ou mesmo decidindo por se aproximar do suposto companheiro, para o qual havia uma medida de distanciamento, assumindo assim o risco de lesão ou ofensa pelo mesmo, foi considerado em ambas as decisões. Quer dizer, que os tribunais consideraram a autonomia da vítima para a consideração da análise sobre o que tipo penal pretende proteger. Mais uma vez, quando a vítima autorresponsável decide sobre seus direitos, cai-se a proteção dos seus bens, não há razões para a imputação e o suporto réu não pode ser responsabilizado, havendo a atipicidade do fato. Enfim, houve uma operação de redundância destoante com o "padrão" legislativo brasileiro.

A seguir, apresentamos as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre a autocolocação da vítima em risco:

Quadro 3 – Decisões do TJ RJ e as operações sistêmicas

DECISÃO/ PROCESSO	**EMENTA ou TEOR SENTIDO (construído/validado)**	**DATA**	**Operação sistêmica**
TJ RJ Caso 1 Apelação 0131524-88.2018.8.19.0001	Acusado condenado pelo crime previsto no art. 157, *caput*, do CP. Não lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade. Recurso defensivo postulando a absolvição, por insuficiência probatória. Absolvição. 1) Denúncia roubo de cartões bancários, aparelho celular e chaves do apartamento, alegação de que o denunciado colocou substância na bebida da vítima. Mas, esta disse que não se lembrava do que ocorreu, fruto da ingestão **excessiva de bebida alcoólica**, voluntariamente. 2) "A vítima estava num estado mental confuso, o fato é	2020	Redundância (atipicidade) + Heterorreferência (sistema da moral)

	que estava bebendo num bar. Aparece um desconhecido e ela **leva esse desconhecido para sua casa**, configurando o que a doutrina denomina **autocolocação da vítima** em perigo. Felizmente, não teve prejuízos, face ao estorno que o banco realizou".		
TJ RJ Caso 2 Apelação 0003203-81.2012.8.26.0120	Homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor. Culpa não demonstrada de forma livre de dúvida. Sentença absolutória mantida. 1) Remissão ao STJ em seu Caso 2; 2) Alegação da autocolocação por ausência de deveres de cuidados na via.	2015	Redundância (atipicidade) + Deveres de cuidados
TJ RJ Caso 3 Apelação Nº. 0003203-81.2012.8.26.0120	Homicídio culposo na condução de veículo automotor. Absolvição. Condenação pleiteada. Impossibilidade. Culpa não demonstrada. Sentença absolutória mantida. Recurso improvido. 1) Remissão ao STJ em seu Caso. 2) Alegação da autocolocação por ausência de deveres de cuidados na via.	2015	Redundância (atipicidade) + Deveres de cuidados

Fonte: Construção Própria com dados do sítio eletrônico do respectivo tribunal cruzado com os do JUS BRASIL, 2020.

No quadro *supra*, encontramos, no caso 1, do TJ RJ, segmentos que se valem do instituto da autocolocação da vítima em risco não como excludente de tipicidade para o delito em questão. Mas, traz o instituto como reforço aos elementos e informação do sistema da moral, que delineia para justificar a decisão, a absolvição ocorre por ausência de provas, no sentido: "fato era que a vítima estava num bar, confusa pela ingestão voluntária de bebida alcóolica e pela autocolocação em risco levara alguém para sua casa". Já no caso 2 e 3 do TJ RJ, vislumbramos a situação que é tendência nos tribunais, delitos culposos de trânsito, nos quais a conduta da vítima é considerada descuidada, pela frustração de deveres de cuidados imprevisíveis ao condutor envolvido na situação. Nesse sentido, considera-se o argumento de redundância, a atipicidade do tipo penal, a ausência da causalidade, pela atuação a próprio risco da vítima.

Em sequência, apresentamos as decisões estudadas do Tribunal de Justiça da Mato Grosso do Sul:

Quadro 3 - Decisões do TJ MS e do TJ MG as operações sistêmicas

DECISÃO/ PROCESSO	**EMENTA ou TEOR SENTIDO (construído/validado)**	**DATA**	**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA (Operação sistêmica)**
TJ-MS Apelação Criminal n. 0000809-38.2009.8.12.0010,	Apelação Criminal – Homicídio Culposo – Autocolocação Da Vítima Em Risco – Ausência De Prova Do Nexo De Causalidade Da Conduta – Absolvição. 1)Ausente a certeza sobre o nexo de causalidade da conduta do réu: aplicar silicone industrial na vítima e causa exclusiva para a morte desta; 2) prova da **autocolocação** em risco: recusa atendimento médico.	2016	] Redundância (atipicidade)

TJ-MS Apelação Criminal n. 0049569- 74.2011.8.12.0001	Apelação criminal do ministério público. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Absolvição mantida, Teoria da imputação objetiva. Criação de um risco permitido. Autocolocação da vítima em risco - recurso não provido. 1)risco permitido dirigir cumprindo as normas de trânsito 2) vítima com velocidade incompatível com a via (autocolocou-se em risco) restando excluída a tipicidade.	2017	Redundância (atipicidade)
TJMS. Apelação Criminal n. 0056815- 92.2009.8.12.0001,	Apelação criminal ministerial – condenação por homicídio culposo no **trânsito** na direção de veículo automotor – absolvição mantida - ausência de prova de violação do dever objetivo de cuidado – risco permitido –**autocolocação** da vítima em risco – recurso improvido. 1) a direção de veículo automotor em marcha à ré, com as cautelas devidas. 2) autocolocação em risco por pessoa maior e capaz, sendo o perigo provocado pela própria vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação, há exclusão da imputação por parte do acusado.	2018	Redundância (atipicidade)
TJ MS. Apelação Criminal n. 0011675- 59.2014.8.12.0001, 02/05/2019)	Apelação criminal ministerial. Condenação por homicídio culposo no **trânsito** na direção de veículo automotor. Absolvição mantida – teoria da imputação objetiva. **Autocolocação da vítima em risco** – recurso improvido. 1) prática de um risco permitido. 2) autocolocação em risco por pessoa maior e capaz, sendo o perigo provocado pela própria vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente .	2019	Redundância (atipicidade)
TJ MS Embargos Inf. N. 001966776201181 20	Homicídio Culposo no t**rânsito**. Queda De Carroceria de Caminhonete **Autocolocação da Vítima**. Acolhidos. 1)Embargante cometeu infração administrativa, ao conduzir irregularmente pessoa na carroceria de camionete, mas esse risco não permitido não basta para imputar-lhe culpa pela morte do caronista. 2) Vítima insistiu na carona na carroceria de caminhonete, caiu na pista quando o condutor efetuava uma curva, vindo a óbito (**autocolocação**)	2015	Redundância (atipicidade) + Risco Não permitido e a Autocolocação
TJ MG APELAÇÃO 1.0059.04. 003789-3/001	Culpa exclusiva da **vítima**. Acidente no trânsito. Art.302 do CTB. Imprudência não demonstrada. **Absolvição** que se impõe. Recurso provido. 1) Acidente ocorreu após a vítima descer de um ônibus atravessar a via fora da faixa de pedestres e pela parte da frente do ônibus, encobrindo a visão do condutor colidiu com colidir (criação do próprio risco) 2) Não há imprudência do motorista, mas sim em **culpa exclusiva da própria vítima**. 3)Não há tipicidade do fato quando a colisão decorrerade **autocolocação** da **vítima** em **perigo**. “Autocolocações queridas e realizadas de modo	2013	Redundância (atipicidade)

	autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize (*apud* Luís Greco. Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 63/64		
TJ MT Apelação 0018676- 27.2011.8.11.0002	Homicídio culposo na direção de veículo automotor – sentença absolutória. 1) Remissão à decisão do STJ (HC 147.250/BA): delitos culposos praticados no trânsito e atipicidade da conduta, pela adoção do princípio da confiança e autocolocação da vítima em perigo, com a violação do dever objetivo necessário	2017	Redundância (atipicidade)
TJ MT Apelação 0000825- 07.2009.8.11.0014	Homicídio culposo na direção de veículo automotor – sentença absolutório, inobservância do devido dever de cuidado - testemunhas oculares que revelam que o réu não violou dever objetivo – apelo desprovido 1) "Somente o fato de que o outro apresenta um caráter de ser uma pessoa responsável é o que justifica a expectativa de que irá atuar conforme sua responsabilidade e cumprir com seus **deveres** de cuidado" (*apud* JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. 2003, p. 85). 2) Remissão ao STJ (HC 147.250/BA). , delitos culposos praticados no trânsito, atipicidade da conduta, adotando-se **o princípio da confiança e autocolocação da vítima em risco**, por violação do dever objetivo necessário; 3) "Forçoso convir que a suposta atuação surpreendente da vítima, ao **frustrar a expectativa** justa de que a mesma agiria com prudência, acabou elidindo a previsibilidade objetiva, sem a qual, à luz do princípio da confiança, não se configura a culpa e, por conseguinte, o crime" 4) Motorista cruza na confiança de que aquele que vem da via secundária irá aguardar a sua passagem. O motorista conduz seu veículo na **confiança** de que o pedestre não atravessará, mas a causação deve-se ao descuido da própria vítima.	2015	Redundância (atipicidade)

Fonte: Construção Própria com dados do sítio eletrônico dos respectivos tribunais cruzados com os do JUS BRASIL, 2020.

Sobre os casos acima, dos vários tribunais estaduais brasileiros, são, em sua maioria, espelho daquele primeiro caso brasileiro julgado em 2010, antes mencionado. Trata-se de uma tese praticamente firmada sobre delitos culposos no trânsito, nos quais a vítima age sem respeito ao que os tribunais chamam de deveres de cuidado ou de proteção. Assim, os motoristas, que no cumprimento das regras de trânsito, deparam-se com situações imprevisíveis, por conduta própria da vítima, tem suas condutas classificadas como dentro do risco permitido. Logo, não há que se falar em nexo com o resultado acidental, pois este é resultado da autocolocação em risco da própria vítima, muitas vezes, repetindo-se a

associação com o princípio da confiança. Por fim, ressaltamos que todos os julgados acima fazem remissões às doutrinas alemães diretamente ou via doutrinadores brasileiros que reproduzem as teses estrangeiras.

Afora tais casos, insta ainda lembrar que o STJ consolidou a tese a respeito do consentimento de vítima menor de quatorze anos no chamado estupro de vulnerável, art. 217-A do CP. A súmula n. 593 firmou justamente entendimento pela irrelevância do consentimento da referida vítima (menor de quatorze anos), independentemente, do histórico sexual dela e de eventual relacionamento amoroso com o considerado autor do crime ou mesmo com anuência da família. Sendo assim, não se considera a vítima menor como sujeito apto para livremente expressar sua vontade e decidir sobre atos de seu direito à liberdade sexual.

Em pesquisa aberta, sem vinculação de data, procedemos a uma busca pelo termo vitimodogmática, no sítio eletrônico Jus Brasil, no qual encontramos três processos[644] com referência ao vocábulo, mas nenhum para fundamentar a atipicidade ou absolvição. Quer dizer, não há nenhuma menção às tese de Schünemann ou Hillenkamp, do contrário, há utilização confusa do mesmo, como se servisse para proteger a vítima processualmente, *in verbis*:

> Com efeito, se os ofendidos se sentiam constrangidos com a presença dos réus, a legislação penal de regência autorizava a saída dos acusados, sem que tal medida implicasse em ofensa a qualquer princípio processual, porque a defesa técnica foi exercida com plenitude. Trata-se, assim, de previsão que, sopesando o contraditório e o **papel da vítima no processo penal instrumento próprio da vitimodogmática visou à preservação da figura dos ofendidos**" (TJ-SP 00006294720168260540 SP 0000629-47.2016.8.26.0540, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 15/08/2017, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/08/2017) – grifo nosso.

No que diz respeito à heterocolocação destacamos alguns processos mesmo que ainda em aberto.

No TJ do Ceará, encontramos um caso de compartilhamento de drogas, na situação analisada, o uso de morfina conjuntamente, entre um casal, no qual o juiz de primeiro grau havia pronunciado o réu, companheiro da vítima por crime doloso contra a vida, a ser jugado pelo Júri. O tribunal, quando de um julgamento de recurso contra a sentença de pronúncia,

---

[644] Caso 1: TJ-RS - "Desaforamento de Julgamento": 70083670968 RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 12/02/2020, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/02/2020; Caso 2, TJ-SC - APR: 00056395520108240082 Capital - Continente 0005639-55.2010.8.24.0082, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 27/06/2019, Quarta Câmara Criminal); Caso 3, TJ-SP 00006294720168260540 SP 0000629-47.2016.8.26.0540, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 15/08/2017, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/08/2017).

desclassificou a conduta dolosa e sinalizou a hipótese de heterocolocação consentida por atestar, mesmo que superficialmente, o uso voluntário e costumeiro entre os envolvidos que mantinham tal hábito em seu relacionamento. Foi destacado que, na ausência de dolo do agente e pela prática comum entre ambos, o juiz de primeiro grau averiguasse as heterocolocação consentida ou mesmo de autocolocação da vítima em risco já ventiladas pela defesa. *In verbis*:

> No caso que ora se apresenta para julgamento, a prova indica claramente que o réu não assumiu, porque **não cogitou**, no momento em que, supostamente, **aplicou a droga na vítima**, o **risco de produzir nela o resultado morte**. O exame da provas abojadas revela, inequivocamente, o imenso abalo emocional que a inesperada morte da vítima, que já era acostumada a consumir morfina com o réu, causou a este. 8. A tentativa de prestar socorro, frustrada pela debilidade e sonolência momentâneas do réu, o vagar sem rumo pela cidade; a desorientação psíquica, havendo, inclusive, referências testemunhais a uma contida intenção suicida. Segundo os relatos testemunhais, mantinha um **relacionamento afetivo** estável e desejado por **ambos, e no qual o consumo ilícito de morfina** era uma atitude frequente. Imprudência e, talvez, negligência, impulsionadas pela **drogadição do casal** é o que, bem avaliadas as provas constantes nos autos, restarão a ser perqueridas no comportamento imputado ao réu. Inexistindo qualquer dúvida, portanto, sobre a ausência de dolo na conduta. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido para, afastando a sentença de pronúncia, desclassificando e determinando a remessa do feito ao juízo de primeiro grau para julgamento e quando oportuno, **avaliar as teses de autocolocação ou heterocolocação consentida da vítima em perigo**, suscitadas pela douta defesa. TJ-CE - RSE: 01475300720168060001 CE 0147530-07.2016.8.06.0001, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 16/06/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2020).

Por outro lado, encontramos decisões contrárias à heterocolocação consentida, como em dos casos julgados pelo tribunal de SP que desconsiderou o fato que a vítima, solicitou a uma amiga sua, a ré, auxílio para comprar *crack*. Na situação, a ré, havia consumido drogas, conduzia um veículo sem ter habilitação e a vítima ciente do fato insistiu na saída para comprar drogas, ocasião em que a inexperiência da conduta provocou uma colisão contra um muro, fato que levou a vítima a óbito. A sua amiga foi condenada por homicídio culposo, não se levando em conta teses de imputação à vítima[645].

Outro caso julgado no TJ do RS, a defesa apelou para que fosse considerada atipicidade do crime de homicídio culposo por cooperação na autocolocação dolosa em perigo, o que não procedeu. A justificativa baseava-se na tese roxiniana de que conduta não encontrava-se abrangida pelo âmbito de proteção da norma, porque a vítima teria decidido juntamente com réu de conduzir o veículo após ambos terem consumido substâncias tóxicas. Segundo o tribunal, o réu ciente de que a vítima estava estado de embriague, havia

[645] TJ-SP - APR: 00031397420138260625 SP 0003139-74.2013.8.26.0625, Relator: Angélica de Almeida, Data de Julgamento: 05/02/2020, 12ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 05/02/2020

usado de drogas e não possuía de habilitação, deixou que ela conduzisse o veículo, quando estava em melhor condições do que a mesma para decidir. Na direção do veículo, a vítima perdeu o controle, saiu da pista, colidiu e veio a falecer. A conduta descrita sobre o consentimento de ambos na direção pela vítima, não foi suficiente para que o tribunal acolhesse a tese da não imputação em favor do apelado, que foi condenado pelo crime previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal[646].

Além disso, realizamos uma pesquisa sobre as outras estruturas e semânticas ventiladas por doutrinadores e não encontramos julgados brasileiros com referência às teses de Luzón Peña e Cancio Meliá. Mas, encontramos menções ao princípio da alteridade para tentar afastar o consumo pessoal de drogas, havendo casos exitosos e outros não, o que merecia um outro estudo, que foge ao objetivo desta deste.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a construção central dos tribunais brasileiros a respeito da conduta contributiva da vítima possui uma linha bastante clara em relação a um tipo de situação: delitos culposos no trânsito. Nesses casos, os julgadores tem realmente considerado amiúde a conduta contributiva da vítima na ocorrência de resultados prejudiciais a seus próprios direito. A característica predominante é a alegação de que a vítima autorresponsável (livre e consciente) tem o dever de agir cuidadosamente, protegendo a si mesma, na organização de sua vida. O argumento fundamental é que diante da frustração de condutas esperáveis dessa vítima, o suposto autor não pode ser responsabilizado por uma conduta não previsível e não atribuível ao seu âmbito de competência. Justifica-se, assim, a autocolocação da vítima em risco para afastar a tipicidade da conduta desse terceiro não criador do risco proibido, ou mesmo em caso da criação do risco, não pode ser responsabilizado por descuidos do ofendido.

Por fim, encontramos algumas situações de heterorreferência nas operações sistêmicas dos julgados, com informações do sistema da moral e do direito cível. Nesses casos, a autocolocação foi associada à transmissão de uma espécie de lição/conteúdo moralista para a vítima (ter estado em um bar, bebido e levado um desconhecido para sua casa) e à expressões do âmbito civilista, como “culpa exclusiva da vítima”. Inferimos que há, nesses pontos, utilização equivocada das teses de imputação à vítima, pois não parece ser a finalidade delas criar situações de culpabilização moral ou de outra ordem. Também, sobre as outras semânticas, o Brasil ainda parece desconhecer o sentido das teses, como

[646] RECURSO DESPROVIDO. Apelação Crime Nº 70073316788, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 25/04/2018.

vitimodogmática, princípio da identidade autor-vítima e princípio da alteridade no sentido proibitivo. Ademais, iremos expor abaixo algumas observações adicionais sobre a ideia de autorresponsabilidade da vítima e a nossa visão sistêmica sobre o tema.

4.3. OBSERVAÇÕES DE TERCEIRA ORDEM: ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OBSERVAÇÕES PRECEDENTES

Após as considerações dos dois grupos de observadores antes explicitados, obtivemos uma noção desde a periferia até o centro do sistema jurídico sobre a conduta da vítima de crime. Porém, ainda acreditamos que podemos destacar as nossas observações sobre exposto nesses dois setores, com algumas divergências da forma de perspectivar a situação envolvendo da conduta da vítima de crime no direito penal.

Nesse sentido, apontaremos em sequência pontos adicionais de observação, que, nesse estudo, tornaram-se construções diversas das apresentadas, podendo, refletir suas latências, podendo, apenas aumentar a contingência sobre as possibilidades de observação da vítima na dogmática penal moderna. Assim, abordaremos, brevemente, a noção de autonomia/liberdade, enquanto direito humano/fundamental e justificativa para a consideração da conduta da vítima no direito penal, conforme argumentos redundantes, predominantes tanto nas observações periférica como centrais, *versus* uma sugestão de observar o papel da vítima a partir da sua posição comunicativa de pessoa em socialização, daquele que, representando seu papel social tem expectativas a cumprir e, em caso de desilusão, há a contrapartida do sistema de imputação, não de protegê-lo em seu direito de disposição, mas de manter as expectativas de expectativas, através da construção mesmo que seja de não-imputação penal, fazendo o próprio titular arcar com as responsabilidades dessa posição.

Consideramos que, por meio dessas ideias, a construção sobre a conduta da vítima de crime, dentro da teoria do delito, valida-se para além do paradigma de proteção (exclusiva) de bem jurídico. Aproximando-se de uma justificativa aparentemente mais condizente com a invenção sobre essa causalidade penal a partir da vítima relacional e com a ideia dos sistemas autorreferentes, que cumprem suas operações para realizar sua função, a sua autopoiesis. A ideia é que, frente ao pensamento sistêmico e construtivista, não podemos visualizar lógicas e fundamentos metafísicos e ônticos, na construção da comunicação da vítima no direito penal moderno. Ou seja, se a imputação à vítima pretende se basear em critérios funcionais e objetivos, deve-se afastar de invenções vinculadas ao sistema psíquico por si só, como argumentaremos a seguir.

4.3.3 Observação crítica sobre a autorresponsabilidade/consentimento da vítima em como corolário do princípio da liberdade de autodeterminação da pessoa humana

Os teóricos que trabalham com os argumentos da autorresponsabilidade e do consentimento da vítima baseiam-se na criação moderna do sujeito unitário, racional livre, e, portanto, destinatário do princípio da dignidade da pessoa humana[647]. Essa invenção tornou possível a elaboração dos direitos humanos e, por consequência, reforçou a formação do rol de direitos fundamentais, inseridos em sede constitucional, nas diversas nações ocidentais, dentre elas a constituição brasileira.

Na realidade, entre a esperança e a resignação, a desilusão do presente e a confiança em um futuro melhor, esses direitos flutuam como garantia de reconhecimento da individualidade, da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da autonomia individual etc., sempre meritórios da proteção estatal. Porém, a complexidade moderna expõe a violação sistemática desses catálogos, que se realizam somente em apelo de sua realização e de sua juridicização. Ou seja, são reconhecidos por meio de suas violações, tal como as expectativas que se tornam conscientes por via de sua frustração, essas normas destacam-se pela sua ofensa, não cumprimento, não realização[648]. Assim, nessa ilusão de universal inclusão (*in concreto*), todos convivem com o outro lado da forma: escravidão, tráfico de pessoas, de drogas, de armas, criminalidade, xenofobia, racismo, misoginia, extermínio de culturas locais, povos indígenas, fundamentalismos, intolerâncias e outras tantas exclusões.

Isso significa que, entre a distinção inclusão e exclusão, a sociedade complexa constrói formas sociais, que estruturam e dão sentido à participação dos indivíduos na comunicação, mas, simultaneamente, são criadas condições para que isso não aconteça. A sociedade ao inventar expectativas sociais apenas garante as mesmas como expectativas. Então, em concreto, a inclusão não ocorre sempre, nem ao mesmo tempo, nem do mesmo modo para todos e todas. Porém, o sistema social tem mecanismos para continuar mantendo as expectativas sociais, enquanto expectativas plausíveis e expectáveis. Isso vale para as tribos, corporações antigas, famílias tradicionais e para as formas modernas de inclusão. Todavia, o *slogan* é perene: pelo direito de que todos os sujeitos racionais têm de exercitar o direito.

---

[647] Sobre a vinculação entre a noção kantiana de dignidade e autorresponsabilidade, *vide* Rainer ZACZYK *apud* CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal.*** *Estudio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima e autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p. 267 e ss.

[648] LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três desdobramentos. In: **Themis**, vol. 3, n.1, p. 153-161, Fortaleza, 2000, p.158.

Nesse ponto, mais um paradoxo se evidencia: um direito subjetivo deve ser sempre um direito objetivo, ou seja, um direito que constrói como seu objeto o sujeito que é autorizado a exercitá-lo. Quer dizer, os direitos humanos e fundamentais, que, geralmente, são os direitos subjetivos, só adquirem validade quando se tornam objetivos, ou seja, se o indivíduo recorrer a seu direito como direito próprio falhará, tanto quanto o personagem Michael Kohlhaas[649].

Em razão disso, o sistema jurídico complexo, quando leva em consideração o indivíduo, já não o faz tomando-o como entidade integrante da sociedade, por meio de simplificações psiquicamente não-validadas. Chancelam-se, pois, os indivíduos como diferenças e como particularidades, que exercem tais direitos justamente porque são capazes de agir racionalmente, de estabelecerem relações de meio e fim. É nessa visão que surge o sujeito com suas atribuições, livre e racional, logo, podendo ser destinatário de imputações. Porém, esse conjunto de atributos reúne-se no interior – tomando por empréstimo as palavras do professor De Giorgi – de uma concha protetora, ou seja, uma armadura, um invólucro usado na referência da comunicação, a chamada pessoa[650].

O conceito de pessoa refere-se a uma forma funcional para auto-organização do sistema social. Serve para contornar a dupla contingência, uma vez que restringe as possibilidades de comportamento dos atores sociais[651]. Quer dizer, as consciências (por assim dizer, os indivíduos), como "caixas-pretas" que são, não são, pois, transparente, enxergam-se entre si como *alter ego*. Trata-se de um mecanismo que se autorregula na dependência das perspectivas recíprocas, de modo ideal, podemos hipotetizá-lo assim: "eu faço aquilo que tu queres e fazes, se tu fazes aquilo que eu quero e faço". Como não estamos mais um estado de complexidade absoluta (uma que corresponderia a um grau zero interação), já há como programar o que esperar do comportamento alheio. É nesse âmbito que se constroem as estruturas sociais de expectativas. Porém, as consciências participam somente como compartilhadoras (*mitteilende*) ou destinatárias de informação, ou seja, em condição de

---

[649] Metáfora luhmanniana atinente ao personagem Michael Kohlaas. Este no exercício do seu direito de locomoção foi surpreendido por um "pedágio", no qual, não havendo salvo-conduto para passar, teve que deixar seus cavalos no terreno do Sr. Wenzel von Tronka, que inventou essa proibição. Quando Michel reivindica seu direito de passagem, os cavalos são deixados em garantia até que consiga uma autorização, ao consegui-la, na recuperação dos animais, percebe a fraqueza e maltratados dos mesmos. Busca-se assim em continuação um ideal de justiça *versus* a norma jurídica tida como injusta na obra e no filme (Michael Kohlaas - Justiça e Honra, Direção de Arnaud de Pallières 2014) o direito próprio de locomoção e de ter os cavalos no status quo ante. É quando um de seus amigos lhe diz que se todos agirem como ele a ordem e a justiça entram em colapso. Sobre a menção, LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três desdobramentos. In: **Themis**, vol. 3, n.1, p. 153-161, Fortaleza, 2000, p. 156. Sobre a obra original, KLEIST, Heinrich von. **Michael Kohlaas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

[650] DE GIORGI, Rafaelle. Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. In: **Opinião Jurídica**. p.324-340. Fortaleza. Ano 15. N.20. jan-jul. 2017, p. 325-326.

[651] *Vide* LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***, Milano: Bruno Mondadori, 2005, p.71 e ss.

compreender como pessoa, e não como sistemas psíquicos. Porque estes, diferentemente, constroem sua realidade, sua individualidade, baseados na estabilidade dinâmica de suas operações (naquela mesma efemeridade que abordamos ao tratar da comunicação no início deste capítulo), ou seja, de pensamentos que emergem e logo desaparecem em continuação[652].

Em termos outros, essa construção social *pessoa* serve para o acoplamento estrutural entre os sistemas psíquico e social, pelo qual os primeiros experimentam (em si mesmos) as limitações com as quais devem lidar na ação social. Quer dizer, a consciência de representar uma *pessoa* "insere" o sistema psíquico no contexto social, oferece-lhe a possibilidade de participar, de receber aprovações ou mesmo irritações (estímulos, delírios, ambiguidades etc.). A partir disso, o indivíduo torna-se "distinguível" dos outros, pela sua participação como pessoa, assumindo papéis sociais, sendo reconhecido, "interpretado", portanto, observado. Assim, o sistema psíquico continua operando e sentindo-se indivíduo em conexão com o sistema social, cada um em sua *autopoiesis*. Todavia, isso não impede que, tendo em vista que a *pessoa* constitui sua referência social, ele, o indivíduo, busque fugir dela, não sentindo correspondência na socialização, não se sentido autorrepresentado pelas limitações que ela (a condição de *pessoa*) impõe. Por isso, "a pessoa representa a sua etimologia latina, a máscara"[653], como exterioridade da comunicação, mas oculta a diferença das idiossincrasias, a parte psíquica.

Essa socialização da consciência com a participação na comunicação é sempre autossocialização[654], porque ocorre mediante aprendizagem da própria consciência. O que quer dizer que ela especifica suas estruturas, a partir de estímulos, do modo pelo qual ela se confronta com as expectativas que a ela retornam[655] – isso pode ser verificado se lembramos que há quem se adapte às imposições/irritações do sistema social e, com esse acoplamento, aprende, há quem ignore as complexidades sociais e arca com as consequências quanto à sua participação na comunicação social. Assim, a consciência deve escolher confirmando ou não

---

[652] A individualidade coincide com a reprodução autopoiética. O sistema psíquico até pode estruturar autodescrições do tipo "este sou eu", mas continua suscetível à mudança do "este". Justamente porque a consciência distingue cada pensamento do seu precedente e, assim, constrói suas realidades, observações. Assim, a consciência opera tanto de forma reflexiva como retrospectivamente, acumulando experiências análogas ou divergentes, formando expectativas. Operativamente, apresenta-se como uma sequência de pensamentos, e, no plano das observações, dispõe de mecanismos para limitar a arbitrariedade deles, atribuindo-lhe finalidade e produzindo informações que lhe distingue do ambiente. Nesse sentido, CORSI, Giancarlo. **Levando o indivíduo a sério**. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. p. 181-198. Tempo sociológico. Revista da USP. vol.27 n.2. São Paulo Jul/Dec. 2015. p.185.

[653] DE GIORGI, Rafaelle. Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. In: **Opinião Jurídica**. p.324-340. Fortaleza. Ano 15. N.20. jan-jul. 2017, p.326.

[654] LUHMANN, Niklas. ***Sistemi sociali***. *Fondamenti di uma teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990, p.386-387.

[655] Sobre o tema, LUHMANN, Niklas***. I diritti fondamentali come istituzione***. Bari: Dedalo, 2002, destacamos, p.93 e ss.

as expectativas, ou seja, o modo como vai participar da comunicação enquanto pessoa, o que pressupõe, ainda, que esteja em condição de distinguir também outros observadores no próprio ambiente social[656].

Para o pensamento sistêmico, o ser (e sua identidade) é sempre e apenas uma diferença, algo contingente, não necessário porque pode ser de outro modo. No plano teórico, a identidade é a reprodução autopoiética da consciência, nessa perspectiva, a individualidade é um problema do indivíduo em si consigo mesmo, bem no pleonasmo do ensimesmar-se em sua autorreferencialidade autopoiética. Não sendo um problema da sociedade. Mas, é preciso interpretar a bem essa ideia luhmanniana. Quando o sistema social aduz que só o indivíduo pode saber de si mesmo, que se trata de um problema individual de cada sistema psíquico, exatamente, assim, o sistema social (a teoria dos sistemas) está "levando-se a sério a ideia de indivíduo"[657]. Porque o observa como produto dele mesmo, respeitando sua condição de autorreferencialidade, não podendo com ele se imiscuir. Por isso, diferencia-o da sua variante pessoa. O indivíduo tem o mundo à sua frente em suas particularidades. À sociedade não resta alternativa, a não ser encontrar formas, estruturas e semânticas, que possam exprimir a individualidade em termos de socialização, ou seja, permitir a inclusão dos indivíduos em modalidade que seja aceitável por eles, uma dessas estruturas é o que explicitamos como pessoa.

Nesse viés, para o estrutural construtivismo, pessoa é uma espécie de condensação, um ponto de referência para a relação social, uma estrutura, um produto da comunicação, que indica tanto o autor como o destinatário, bem como um tema nos sistemas de comunicação[658]. Trata-se de uma construção da sociedade, nascida da participação do ser humano (indivíduo) na comunicação, funcionando como uma ficção operacional para dar continuidade justamente à comunicação. O acoplamento estrutural produz, pois, personalização, ou seja, resultado da

---

[656] Nesse passo, de autossocialização, à medida que vivencia um sentido ou outro, acumula-se uma história que caracteriza a sua individualidade, aquilo que se pode chamar de "personalidade". Em uma sociedade sem vértice e sem centro, o Estado constitucional sanciona a liberdade do indivíduo, o direito a ser único e diferente de todos os outros, independentemente dos motivos e da modalidade em que se exprimem. Diferenças e as discriminações são legítimas somente se baseadas sobre suas prestações e capacidades de sua individualidade. Assim, o indivíduo é relegado à sua própria definição, à reflexão sobre si em si mesmo. CORSI, Giancarlo. **Levando o indivíduo a sério**. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. p. 181-198. Tempo sociológico. Revista da USP. vol.27 n.2. São Paulo Jul/Dec. 2015.p.188.

[657] Alusão ao texto de CORSI, Giancarlo. **Levando o indivíduo a sério**. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. p. 181-198. Tempo sociológico. Revista da USP. vol.27 n.2. São Paulo Jul/Dec. 2015. Assim, os indivíduos são compreendidos pela sua própria atividade, como máquinas históricas autorreferenciais, que determinam a cada operação a condição inicial para outras operações e são capazes de fazer isso apenas por meio de suas próprias operações.

[658] LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***, Milano: Bruno Mondadori, 2005, p.. 72.

relação que se estabelece entre sistemas (autopoiéticos) tanto psíquicos como sociais, pela simultaneidade de um pensamento e de uma comunicação, por meio da linguagem.

Podemos aduzir que o sistema psíquico participa na comunicação, tentando autodeterminar-se e, ao mesmo tempo, "sintonizar" as formas de expectativas (sua e dos outros). Portanto, autonomia significa autoformação, autorregulação em função do social, mas também implica cognição (autonomia como sinônimo de contingência, experimentação, poder ser outro: não ter que ser algo preciso *a priori*. Todavia, a partir disso, o paradoxo da autonomia pessoal se evidencia: o *self* é autônomo, mas depende do sistema psíquico que o constitui e o utiliza como forma de participação social. Sobre esta base, constrói-se o percurso que falamos antes da socialização, de formação da autonomia pessoal, como correlato psíquico da personalização. Logo, a participação subordina-se a valores de referência na esfera social, ou seja, a representação da autonomia permanece presa às estruturas sociais.

Nessa linha do pensamento complexo, dentre as estruturas sociais, as normas, especificamente, os direitos fundamentais e subjetivos, como dignidade, liberdade, autodeterminação, não são observados como princípios, senão como instituições. Não se trata de tomá-los como entes naturais imanentes da condição de ser humano, mas de considerá-los como complexos que generalizam expectativas de comportamento, sustentado por uma presunção de consenso social, que fornece uma base de ação sustentável. A função é de manutenção do atual estado de diferenciação social funcional da própria sociedade moderna, porque justamente servem como mecanismos de inclusão da pessoa nos sistemas sociais em geral e limitam, principalmente, o sistema político de tocar nesses aspectos correlatos a esfera pessoal[659]. Além disso, apresentam-se como condições funcionais para o êxito da autorrepresentação, ou seja, o processo de socialização do ser humano, entendido como pessoa que ingressa no sistema comunicativo sem se valer de idiossincrasia[660]

A dignidade, a liberdade, a autonomia são institucionalizados como capacidades ilimitadas de contatos, ou seja, como requisito para o recorrente ingresso da pessoa na comunicação. A liberdade significa que o agir social não se exaure no cumprimento da ação, mas vem incluída nos processos de atribuição simbólica. Em outras palavras, significa que se

---

[659] Os seres humanos não veem as suas possibilidades de acesso aos diferentes sistemas sociais subordinadas a pré-condições, por exemplo, de raça, conhecimento, linhagem familiar, riqueza, gênero. Com a criação das instituições, todos podem funcionar como destinatários dessas expectativas no desempenho de seus papéis sociais. Segundo Luhmann, os direitos fundamentais enquanto instituições servem para evitar o perigo da desdiferenciação funcional da sociedade, que o sistema político determine por suas decisões vinculantes aspectos da individualidade, assim funcionam como bloqueios para essas possíveis invasões. Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. ***I diritti fondamentali come istituzione***. Bari: Dedalo, 2002, p.120-121.

[660] LUHMANN, NIKLAS. ***Sistemi sociali***. *Fondamenti di uma teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 120-121.

tem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como individualidade autoconsciente, abre-se espaço para a ação individual, tutelado da violação e ingerência externa, mormente, do Estado[661]. Assim, não são qualidades naturais e inatas, mas pré-condições de autorrepresentação da personalidade individual no processo de comunicação social. São instituições com funções na sociedade, de restrição jurídica para o sistema politico, garantia da autonomia dos sistemas, mantendo o equilíbrio intersistêmico[662]. São escudo do próprio sistema social para se manter diferenciado, para que nenhum sistema avance em demasia e abale a autonomia de outro sistema. Como mencionamos, é mais evidente visualizar essa condição a partir da lembrança do sistema político, por exemplo: não se pode legislar, criando crimes, em virtude da cor, por meio de discriminações, ou mesmo inventando normas que interfiram muito na participação das pessoas no sistema de comunicação – como ocorre em situações de exceção, estados totalitários. Assim, é uma força de contenção do próprio sistema social para garantir sua contínua diferenciação, o normal funcionamento de seus sistemas.

Sendo assim, à luz da perspectiva adota nessa tese, a visão complexa, o papel da conduta da vítima para a dogmática penal não se funciona como uma realização do seu psique, ou seja, não é uma realização do seu direito humano, fundamental, subjetivo enquanto expressão do seu espírito livre de autodeterminação, como corolário de um direito natural a ser humano. O papel da conduta da vítima na dogmática penal representa uma forma do sistema penal incluir a *pessoa* vítima em seu sistema de comunicação. O que está sendo considerado é a representação de um papel social, baseado na instituição socializada da autorresponsabilidade[663]. Essa instituição é, portanto, uma estrutura construída, que sinaliza expectativas a serem cumpridas, que refletem deveres de cuidado a serem cumpridos, perante outros sistemas psíquicos, sinalizando que, em caso de disposição, autorresponsável/consentida, pela ruptura dessas incumbências, o sistema atribui as consequências ao ator, a *pessoa*, a vítima potencial, que não agiu conforme o seu papel esperado.

Desse modo, o sistema interpreta a comunicação da vítima como ruptura ao que era expectável ao suposto autor que com ela interage. O sistema observa essa comunicação de

---

[661] Sobre o tema, LUHMANN, Niklas. ***I diritti fondamentali come istituzione***. Bari: Dedalo, 2002, p.115

[662] Dessa forma, falar em dignidade indica que os papéis aos quais se adere conciliam-se com a autorrepresentação digna de consideração. É o reconhecimento que se pode exprimir aquilo que se é, que se identifica com a própria pessoa. Indica a autorrepresentação conseguida, exitosa, e não é em nenhum modo uma doação natural nem um valor que o homem tem ou porta por si mesmo.

[663] Plessner descrevia o papel social como aquela articulação mediante a qual um invidíduo executa movimentos socialmente adequados.

disposição de direitos, não como realização de suas idiossincrasias, plenitude de seus direitos naturais, mas pela perspectiva da chamada e abordada dupla contingência. Sendo assim, a nossa visão enxerga o comportamento da vítima é por essa via, pela teoria dos papéis e das expectativas sociais, que compõe o pensamento complexo. Assim, o que pode ser pensado é que frente ao confronto de expectativas recíprocas entre as pessoas em interação o sistema de imputação responde pelo seu código de imputação e não-imputação.

Na nossa percepção, a imputação que se pretende objetiva não visa atribuir "algo" a "alguém", mas visa atribuir responsabilidades a quem frustrou expectativas normativas estabelecidas. Assim, primeiro deve-se entender que expectativas foram frustradas, que pessoa frustrara determinadas prestações, e, assim, se há quebra de comportamento expectável atribuível ao âmbito do papel daquela pessoa que desapontou ou não a ordem penal e a ordem social.

Em outras palavras, na nossa ótica, isso significa que essa atribuição não ocorre em atenção ao sistema psíquico (por exemplo, por consideração da dignidade do ser humano, por enaltecimento da liberdade do cidadão livre, racional etc.), mas se deve à sua condição de *pessoa* portadora de funções sócio-jurídicas, no âmbito de interações, organizações e contatos sociais. Muitas vezes, visualizamos o questionamento, por exemplo, sobre a evitabilidade de determinada pessoa sobre uma situação específica, possivelmente, a pergunta mais próxima da ideia de "objetiva" (adjetivo formador da expressão imputação) seria se havia alguma expectativa expectável da posição social das pessoas envolvidas, em seus complexos de expectativas, estabelecidas em relação ao comportamento ocorrido.

A partir disso, pode-se entender a mensagem comunicativa, o código que será gerado pelo sistema referente à expectativa em questão. No caso do sistema de imputação, quando a vítima não frustra o que a norma penal imprime, lesão a direitos alheios, a quebra de seu papel de vítima, de se autoproteger, é uma violação de expectativas sociais, mas não penal, assim, o sistema aplica o código da não-imputação. Se o bem jurídico a liberdade da vítima foi protegida ou não, esse não é esse o fundamento latente para a decisão do direito penal. O que está em jogo é a análise funcional das expectativas desenhadas naquela interação. Por isso, o direito penal, a partir do comportamento da vítima, chancela a matriz que se desvincula da ilusória e declarada necessidade fundamentadora de proteção exclusiva de bens jurídicos. Quando, de fato, o direito penal não está interessado na proteção da vítima em si, mas se mostra, quando leva em consideração da causalidade penal à luz das expectativas expectáveis da vítima, como uma instância comunicacional: que responde à irritação "vítima

contributiva", "vítima autorresponsável", "vítima consentindo" como "não imputação", apenas para manter o seu nível de conservação de expectativas em funcionamento.

Somos fragmentados por inúmeros papéis sociais, que trazem consigo várias funções, que carregam os contatos sociais de expectativas sobre nossos comportamentos. É nesse viés que o direito pode funcionar para contornar o que pode ser esperado de cada um no desempenho de seus comportamentos frente aos demais, os quais também podem criar expectativas. A parte essa mínima função de controle ou manutenção dos níveis de expectativas, não parece útil querer continuar a enxergar (ou a não ver) no direito qualquer função de realização de situações particulares de outros sistemas inacessíveis.

Sendo assim, não entendemos ser necessariamente interessante e plausível avocar em filosofia de valores e tentar fundamentar, no santo livre-arbítrio ou na condição imanente de ser humano, para observar sistemicamente a conduta da vítima no direito penal. Eis porque o direito moderno encontra-se em um "alto nível de artificialidade da qualificação jurídica" [664]: com esses princípios fundamentais o direito pode alcançar cada vez mais níveis mais altos de artificialidade, refinados de sedimentação jurídica da comunicação social. Inventa-se uma bela tecnologia conceitual complexa.

Insistimos que a questão possivelmente ganha outra modulação, a partir de uma verificação sobre as expectativas dirigidas a um dos sujeitos sociais (pessoas), envolvidos no caso. Por exemplo, observar se a conduta da vítima potencial, quando diante de seus próprios direitos, encontra-se como expectável de uma pessoa em sua autorrepresentação e, assim, responsável com seu âmbito organizativo, quando da sua participação na comunicação social. Assim, o sistema penal responde pela não-imputação em respeito a não violação de expectativas por parte do suposto autor, o interveniente, que interatuou com a potencial vítima do caso. O sistema sempre observará as expectativas em jogo, se o suposto autor tinha expectativas expectáveis, dentro de seu papel social, ou se a vítima tinha papéis também sociais a cumprir. Com isso distribui responsabilidades pela consideração de uma comunicação contrária às suas expectativas normativas.

Nesse sentido, as normas sociais e penais parecem caminhar para a consideração de uma competência organizativa própria. Quer dizer, que o direito penal não protege autonomia da vítima ao inseri-la na teoria do crime. Apenas tem considerado seu papel contrário à orientação presumidamente consensual social, que seria de agir com deveres de cuidados, não

---

[664] *Vide*: DE GIORGI, Rafaelle. Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. In: **Opinião Jurídica**. p.324-340. Fortaleza. Ano 15. N.20. jan-jul. 2017, p.334.

dispor de seus direitos, promovendo a própria ofensa ou em o fazendo arcar com as cosequências sem onerar outros que agiram dentro de seus papéis, sem violar expectativas.

Em outras palavras, nossa compreensão é de que o direito penal indica que na análise do crime está considerando se o papel do suposto autor está descumprindo ou não aquilo que parece ser a proibição maior na esfera criminal, a saber, a ofensa em prejuízo contrário ao interesse alheio, ou seja, a frustração das expectativas de terceiro. No caso de a vítima não encontrar-se ela mesma frustrada, em situações de aparentes decisões em prol da violação de seus direitos, é porque ela mesma não tinha expectativa diversa do que a própria possibilidade de frustração (com ofensa a seus direitos). Assim, o sistema não tem como operar ("o direito não pode sentir-se frustrado") diante da ausência de expectativa de frustração não frustrada.

Em suma, pensamos que o sistema penal, por meio das observações sobre papéis sociais pode desenvolver de modo funcional as considerações de frustrações das condutas das vítimas, tanto na consideração de um papel em prol de uma autoproteção, sem precisar manobrar teoricamente sua atitude por argumentos metafísicos, como é o caso de considerá-lo como realização de seu próprio desejo de liberdade e de autodeterminação; como na observação pela ótica do suposto autor, que não pode frustrar expectativas que não lhe eram devidas. Desse modo, não é preciso inventar que o princípio da autorresponsabilidade (e também o consentimento) advém do princípio da *ultima ratio* ou do princípio da dignidade da pessoa humana ou que o bem jurídico penal perdeu seu merecimento e sua necessidade de tutela jurídico-criminal e que mesmo assim o direito penal está protegendo o direito de autonomia da vítima etc.

Os papéis, como construtos sociais, viabilizam a organização da própria sociedade, contornam a problema da dupla contingência, para que todos os que participam da comunicação social, possam estruturar suas complexidades. Tenta-se evitar um nível muito alto de riscos, reduzindo ou contornando as múltiplas possibilidades de ações e reações das relações. Assim, o direito penal considerando tais papéis frente às expectativas exerce sua função de estabilizar as suas normas. Acreditamos que são os limites dessas funções pensadas a partir dessas estruturas que podem distribuir as responsabilidades no sistema de imputação, em detrimento de se verificar se a vítima tem ou não direito imanente à autodeterminação, antes mencionada. Logo, a pessoa que se mantém dentro dos limites de seu roteiro social não arca com prejuízos no sistema de comunicação social, mesmo envolvendo-se em um curso lesivo ainda que possa evitá-lo. A pergunta sobre o que é objetivamente imputável é uma questão sobre o padrão de conduta esperado, sobre uma referência objetiva, ou seja, extraída da conduta social esperada, e não dos desejos íntimos do indivíduo.

Se há pessoas se comunicando, se há, nesse sentido, pessoas representando papéis sociais, se há prescrições para essas posições, se nos "autoformamos" também com base nessas posições recíprocas, nessas expectativas mútuas, cabe ao sistema de imputação penal atribuir à ruptura dessas funções ao âmbito de competência de cada ator. Os motivos ou razões individuais (psíquicas), que levaram cada um a agir, confirmando ou frustrando a expetativa, de um modo ou de outro, não são relevantes para o sistema autointitulado imputação objetiva e que se insere em uma matriz que escapa de metafísicas e vale-se das noções funcionalistas e sistêmicas.

É nessa perspectiva que a vítima é tomada como comunicação. Não se trata de enaltecer sua liberdade através das operações de comunicação penal. Trata-se de verificar que expectativas foram frustradas e a quem é possível atribuí-las, se for o caso. Enfim, atuar como pessoa é ter que representar um papel para participar do sistema de comunicação social. O que não significa que haverá a expressão da subjetividade do seu portador, senão a representação de uma competência socialmente compreensível, de sentido normativo esperado[665].

4.3.4 Observação crítica sobre o conceito de risco ventilado nas observações periféricas ou centrais construtoras de tendências e realidades sobre a imputação a vítima

O professor De Giorgi conta que Luhmann, certa vez, provocou-lhe sobre a reflexão acerca de uma possível relação entre o tratamento do risco pelo direito e pela religião, dizendo-lhe que à medida que o sistema religioso interessa-se pelo aumento dos arrependimentos, o sistema jurídico, inversamente, interessa-se pela diminuição dos mesmos. Nesse sentido, o risco tem correlação com o ato de escolher, de decidir e de agir de modo que não se deve arrepender-se. "O risco é, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar"[666].

Porém, a temática do risco, a partir da década de oitenta, desenvolveu-se dentro de uma cultura de alarde, da proliferação de uma etiqueta chamada "sociedade de risco", nomenclatura inventada por Ulrich Beck (1986). Essa moda atingiu os teóricos da teoria da imputação objetiva (independentemente de sua variante), os quais passaram a trabalhar com essa noção de risco da sociedade de riscos, destacando-o como um produto de uma "segunda

---

[665] Jakobs aduz que "no âmbito jurídico, a pessoa determina-se de maneira geral-normativa". JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Traducción Manuel Cancio Meliá. In: ***Estudios de derecho penal***. Madrid: Civitas, 1997, p.387.

[666] DE GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade do risco. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p.233.

modernidade" ou "contramodernidade". No sentido de que "o processo de modernização típico da sociedade industrial não seria mais capaz de controlar a si mesmo"[667] e o progresso das forças produtivas torna-se, assim, inexoravelmente, acompanhado pelo dos riscos destrutivos.

O risco passa a ser visto como uma condição existencial ou ontológica da sociedade moderna destinada à catástrofe. Quer dizer, principalmente, a ciência e a tecnologia (tidos como produtos diversos da primeira modernidade, a industrial) geram situações de destruições potenciais, caracterizadoras da racionalidade negativa do risco[668]. O risco é discutido em uma vertente de medo, que passa a aparentar ter corpo, como se fosse propriamente um estado, acarretando, por consequência, a criação de uma retórica de necessidade de sua contenção, em prol da bandeira da segurança. Essa categoria, também, passou a fundamentar políticas e intervenções sociais, como se essa fosse um ente, algo existencial com objetividade[669].

Nesse contexto de invenção de categorias supostas como reais, o risco passa a ser manejado pelo seu oposto, a mencionada segurança, como se diante de escolhas complexas pudéssemos tornar previsível e controlável as consequências imprevisíveis das decisões do presente em relação a futuros abertos. Evidentemente, a ninguém é assegurada a segurança que, mesmo diante de cálculos e estatísticas, os riscos pressupostos ocorrerão ou poderão ser evitados. Na realidade, é nessa forma de observar a problemática do risco, que reside todo o seu paradoxo: o saber sobre o risco causa probabilidades de aumento de riscos e improbabilidades de conhecimento sobre suas consequências.

Podemos dizer que o saber sobre o risco não traz consigo a certeza nem de sua ocorrência ou nem de sua evitação. A guisa de exemplo, saber sobre a existência de um vírus como o atual COVID-19 apenas confirma o aumenta do risco do contágio; descobrir seu tratamento, uma vacina e começar a utilizá-la, traz o risco dos efeitos, conhecer os efeitos colaterais aumenta o risco nas próximas decisões e assim por diante. Frente a esse fato, a

---

[667] Em crítica a esse conceito, *vide* DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade na sociedade contemporânea. In: **Sequência**. nº 28, junho/94, pag. 45-55, p.50.

[668] Sobre o tema, *vide* BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidade***. Barcelona: Paidós, 2001, principalmente, p.96 e ss.

[669] "Apelou-se para o uso de tecnologias seguras e invocou-se a intervenção de uma racionalidade linear capaz de controlar as consequências das decisões. Depois, constatou-se que a alternativa para o risco não era a segurança, mas um risco de outro gênero, e tematizou-se a normalidade do risco. A condição normal da sociedade moderna seria então a condição de normal iminência da catástrofe. A ideia da normalidade conduziu à redução da confiança nos *experts* em segurança, porque o saber destes seria condicionado à avaliação baseada nas experiências passadas, e não à avaliação racional das eventualidades futuras. Uma vez que se verificou que a condição de segurança é um artefato em que não se pode confiar, restavam duas alternativas. A primeira consistia em tratar o risco como uma condição existencial, o resultado de uma condenação à liberdade, que explicava a insegurança como o reflexo do caráter arriscado da existência". Conforme, DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 194.

única opção que os sistemas tem diante de um mundo complexo e de vários futuros possível é decidir. Decidir se se quer correr riscos da decisão ou se abster desse risco possível e submeter-se a outros decorrentes da não-escolha, que, também, é uma decisão, e, portanto, envolve outras cadeias possíveis de riscos.

Em decorrência dessa ausência de racionalidade de certeza[670], o pensamento sistêmico (à luz de De Giorgi e Luhmann) defende que o inverso do risco não pode ser pensado pelo viés da segurança, mas deve ser refletido pela sua oposição ao perigo. Desse modo, o risco refere-se à produção de danos que são consequências de decisões do seu tomador, com potencialidade de não corrê-los, nesse sentido, com chances de tentar evitá-los. Trata-se de risco quando a própria decisão constitui um fator indispensável de um possível dano, ou seja, se se tomasse outra decisão este inconveniente pensado provavelmente não ocorreria.

Por oposição, o perigo refere-se à produção de danos imputáveis a causas alheias ao próprio controle, ou seja, fatores externos ao sistema tomador da decisão. Fatores, pois, que concernem a outros sistemas, o ambiente. A guisa de exemplo, pensemos na invenção do guarda-chuva, antes de ser inventado, havia um perigo de se banhar quando se saía de casa em dia chuvoso. Depois de sua criação, o perigo se transformou em risco, por exemplo, quando não se leva o guarda-chuva, em um dia chuvoso, ao sair o indivíduo decide correr o risco de se banhar ou quando se leva corre-se o risco de esquecê-lo por qualquer lugar e continuar a correr o risco de se banhar[671].

Assim, se um risco é atribuído a uma decisão, certas condições devem ser satisfeitas, entre as quais, a exigência de que as alternativas sejam claramente distinguíveis no que diz respeito à possibilidade de perdas ocorrerem. Quando os riscos são atribuídos às decisões, isso leva à escolha de uma série de decisões subsequentes, para uma série de bifurcações, cada uma, em sua vez, oferecendo opções de tomada de decisões arriscadas. A primeira distinção é, se a perda permanece dentro dos custos usuais prováveis, apenas gera o aumento deste custo aceitável[672]. Nessa direção, o risco não é uma condição natural, senão um constructo generalizado da comunicação produzido na sociedade funcionalmente diferenciada. É uma reflexão sobre as possibilidades da decisão, aliás, das decisões contingentes (que poderiam ser de outro modo), o que afasta qualquer classificação sobre uma decisão acertada ou segura[673].

---

[670] "Ao invés de procurar formas de segurança, procuramos modalidades diferentes de conceber, perceber e enfrentar a incerteza do futuro" (Conforme, CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. ***Ridescrivere la questione meridionale***. Lecce: PensaMultimedia, 1998, p. 54).

[671] LUHMANN, Niklas. ***Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli***. Roma: Armando Editore, 2013, p.83-84.

[672] LUHMANN, Niklas. ***Risk: a Sociological Theory***. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswich (USA)-London (UK): Aldine Transaction, 2008. p. 22-24.

[673] DE GIORGI, Raffaele. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005, p. 36.

Na sociedade contemporânea, "reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade". Podemos dizer que "nesta sociedade, há simultaneamente mais igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação; mais riqueza e, ao mesmo tempo, mais pobreza"[674]. O risco, assim, configura-se como uma forma de trabalhar com a construção de realidades, de manejar as relações com o futuro, aliás, com as possibilidades de construir esses tantos futuros abertos. Apresenta-se, pois, como uma condição estrutural da autorreprodução dos sistemas sociais de sentido, que, em seu fechamento operativo, controlam a complexidade do ambiente decidindo, selecionando, logo, são compelidos pela lógica da incerteza, da geração e contenção, simultaneamente, tanto da contingência como do risco.

"A precariedade da razão deve ser assumida como ponto de partida. O risco, destarte, é modalidade secularizada de construção do futuro"[675]. Em outros termos, frente a tal cenário complexo, a sociedade usa o risco como "*medium*" (forma da constituição de formas) para a representação e formação de vínculos com o futuro[676].. Logo, ele reflete uma forma de determinação das indeterminações, uma observação por meio da diferença de probabilidade/improbabilidade, que repercute nas construções sobre juízos de imputação e de responsabilidade penais[677].

Ora, se o futuro é aberto, o risco emerge como medida de operatividade das contingências, diferenciando-se do direito, o qual estabelece requisitos de orientação de expectativas próprias no futuro. A referência do risco encontra-se no campo do não saber, baseando-se na suportabilidade das próprias expectativas. Por isso, "os riscos não podem ser transformados em direito"[678], sendo inútil distingui-lo da segurança, que apenas serve para

---

[674]Pode-se dizer que, no mundo contemporâneo, há mais paz e mais guerra e, por isso, nesta sociedade mundial, há mais exclusões e também mais inclusões. É importante destacar que, diversamente do que é possível observar com o recurso às antigas distinções, a paradoxalidade das distinções que acabamos de apontar consiste nisto: que há uma parte da distinção justamente porque há outra. Em outras palavras, na sociedade contemporânea, há mais pobreza, exatamente porque há mais riqueza, há mais insegurança porque há mais segurança, etc. Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade na sociedade contemporânea. In: **Sequência**. nº 28, junho/94, pag. 45-55, p. 50 (também para ambas as citações diretas).

[675] DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade na sociedade contemporânea. In: **Sequência**. nº 28, junho/9, p.53.

[676] 6 GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 42..

[677]Pode-se dizer que, no mundo contemporâneo, há mais paz e mais guerra e, por isso, nesta sociedade mundial, há mais exclusões e também mais inclusões. É importante destacar que, diversamente do que é possível observar com o recurso às antigas distinções, a paradoxalidade das distinções que acabamos de apontar consiste nisto: que há uma parte da distinção justamente porque há outra. Em outras palavras, na sociedade contemporânea, há mais pobreza, exatamente porque há mais riqueza, há mais insegurança porque há mais segurança, etc. Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade na sociedade contemporânea. In: **Sequência**. nº 28, junho/94, pag. 45-55, p. 50.

[678] DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade na sociedade contemporânea. In: **Sequência**. nº 28, junho/94, pag. 45-55, p. 54.

que tenhamos consciência do risco, ou seja, tem uma função apenas reflexiva[679]. Na retórica da segurança são declaradas alternativas como a escolha racional, redução do dano, princípios da precaução, tecnologias de contenção, mas à sombra dessa razão dita segura que resvala na moral, finda na "moral do risco que não conhece o risco da moral"[680].

A ideia central de cada observação sobre o risco deve traduzir a assunção de que se trata somente da distribuição de futuros benefícios ou de futuros danos sob o aspecto de uma insegurança presente. Na realidade, o risco sobrecarrega o direito por representar estratégias de produção e de retardamento do risco, mas não de evitação deles. Para afrontar as situações caracterizadas pelo risco, os sistemas reestruturam os dispositivos que possuem, para sempre poder imputar um dano a uma decisão. O risco, assim, não é uma alternativa à segurança, como se mencionou, mas é um acompanhante da contingência, que o direito trabalha para mediar a complexidade e continuar expandindo a comunicação. "De frente ao risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer a estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco" [681]. É nesse espaço que a humanidade revela-se como ponto cego das distinções que devem ser sublimadas, representando um véu grotesco, sob o qual procuramos algo para descrever diversamente e, perplexos, observamos que não existe muito, para além de uma semântica de falência[682].

A imputação entra como medida para controle do risco do próprio risco do sistema de penal de controle do risco. O direito penal não controla a realidade da comunicação social e as decisões arriscadas, que são cada vez mais amplas. "O direito penal controla a si mesmo: isso não tem função de estabilizar nenhuma ordem social"[683]. O direito estabelece normas e, quando da sua violação, trata da imputação, assim, aumenta a capacidade de escolher, diminuindo apenas os perigos, mas os riscos continuam em aumento.

Quando se assume uma possibilidade de aumento da capacidade de escolha da vítima de crime, os seus direitos expõem-se mais ainda ao risco de sua própria decisão, diminuindo apenas o perigo externo de que algo lhe ocorra. A ciência penal deve estar pronta para assumir o risco de gerar mais riscos ao dar à vítima a capacidade de decidir. Só podemos falar em risco, se o dano é imputado a uma decisão da vítima, ou seja, quando esse dano venha ser

---

[679] "Segurança, enquanto oposta ao risco, indica somente um lugar vazio que não pode ser recheado empiricamente". DE GIORGI, Raffaele. "Direito e Modernidade", in: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 226.
[680] DE GIORGI, Raffaele. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005, p.27.
[681] DE GIORGI, Raffaele. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005, p. 34.
[682] DE GIORGI, Raffaele. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005, p.26.
[683] DE GIORGI, Raffaele. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005, p. 49.

tratado como consequência de sua decisão. Se ela não tem alternativas, fala-se em perigo, não sendo os danos imputáveis ao seu âmbito de competência.

Diante de uma recorrente autoinstabilização, daquilo que continuamente é ou pode se tornar outro, dessa complexidade, operar as seleções torna-se mais difícil, bem como apreciá-los e construir juízos de imputação em cima de tais decisões. O presente não consegue mais esconder que é um tempo sem tempo. Porque se realiza pela incessante pressão de diferenciar-se do passado sob a ameaça de um futuro que lhe impõe a desafiadora contingência (o poder ser diverso). Justamente nesse caminho é que risco é aspecto da decisão. O presente é como que coagido a dispor de vínculos com o futuro que tentem delimitar esses espaços soltos. A decisão é o que resta no mapa. Mas, esta decisão que só pode ser tomada no presente, logo, risco é uma forma das descrições presentes no futuro. Estados de fato e processos que antes eram imputados à causalidade natural, hoje, não considerados como consequências da escolha.

Tudo isso quer dizer, que diante dessa transformação de perigo em risco, criou-se a sua possibilidade de imputação ao ator social. Essa possibilidade apresenta-se como uma das funções latentes de muitas instituições da modernidade, como é o caso da imputação à vítima, através das ideias de autorresponsabilidade e consentimento. Assim, a imposição de deveres (de cuidado ou outros) à vítima transforma o que antes era um perigo de lesão ao seu direito em um risco, pois irá se avaliar a sua atuação, a sua tomada de decisão. O tratamento dogmático dessa conduta vitimal, nesse aspecto, é fator de aumento de risco para vítima e diminuição dos perigos aos seus direitos.

Em outras expressões, o risco refere-se à possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha, no caso da vítima, poderia evitar, divergindo do perigo, que se refere à possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha não poderia evitar. Sendo assim, como na sociedade complexa há diversas possibilidades de escolhas, aumentam-se os riscos, em detrimento da diminuição do perigo. O risco é produto da comunicação social, na qual há a todo tempo mais chances de escolhas, mais seleções, mais incertezas, mais riscos, assim, pode-se falar em sociedade de risco.

Porém, o que percebemos é que nas tendências que estudam o comportamento da vítima contributiva e a repercussão desse agir na teoria do crime, não há uma definição precisa do que seja esse risco permitido. Há uma suposição via negativa, de que o risco permitido é o que não é proibido. O que não é proibido é o que as leis não proíbem. É mais ou menos nessa lógica que os teóricos apontam indicativos para se ter noção da permissibilidade ou não do risco. Além da ausência de clareza, a distinção do risco é realizada pela forma antes

critica, da segurança. Nesse sentido, encontramos utilização indiscriminada do uso do termo risco e perigo. Porém, à luz do que mencionamos, no caso do perigo, em que fatores externos promovem o resultado, situações em que a vítima não possui possibilidade de escolha, a responsabilidade pelo ocorrido não poderia ser-lhe atribuída, no senso dela ter que arcar com os resultados do fato.

Nesse ensejo, um dos tantos exemplos contado em aulas, pelo professor Raffaele De Giorgi, falava sobre o consentimento informado e a decisão do paciente. De Giorgi narrava que se o paciente encontra-se ali no leito do hospital, doente, em estado grave, sem perspectiva de recurso diverso; se o médico, com todo seu conhecimento técnico, diz-lhe que a opção é a cirurgia ou é lhe sugere determinado tratamento; se lhe afirma que outro tratamento, à luz de seus saberes e da comissão médica ali reunida, não há ou ao menos desconhece no momento; se o paciente, que se depara com tal realidade e recebe aquele bloco com intermináveis papéis, para ler e, se, assim, concordar assinar; esse paciente diante do chamado consentimento informado tem alternativa? De Giorgi afirmava que ali quem corria o risco era o médico. Ao paciente cabia-lhe somente a caneta, sobrava-lhe somente o perigo[684].

As situações delitivas que envolvem a conduta da vítima, em geral, não permitem de fato conhecer, mesmo que em tese, os motivos da vítima para sua tomada de decisão – às vezes, um descuido, uma precipitação, uma situação de dificuldade de escolha, um pensamento equivocado sobre as alternativas etc. Além disso, em diversas situações não há uma inequívoca declaração de vontade ou comprovações do desejo individual do titular do direito. Pelo que observamos, o conceito central de comportamento arriscado da vítima dos tribunais consideram-no frente à suposições em condutas de trânsito. Quer dizer, os julgadores analisam, de fato, se o motorista comportou-se conforme a expectativa de seu papel de motorista, se ele cumpriu sua função de dirigir conforme as leis de tráfego e mesmo no cumprimento delas, se a situação da vítima potencial era lhe previsível. Ou seja, trata-se de uma análise suposta do risco, não se trata efetivamente de uma constatação sobre o poder de decisão do titular do direito. Sem falar das margens abertas que todo cálculo de risco envolve. Além do que, o Brasil nem sequer, para casos de manifestação de vontade de morte, regularizou, por exemplo, o testamento vital. Não se discute seriamente o direito em si de uma boa morte, das questões vinculadas à ortotanásia e da eutanásia, em sentido geral.

---

[684] Exemplos similares sobre risco e perigo, *vide*: DE GIORGI, Raffaele. Comportamento de risco com respeito ao perigo da AIDS. In: **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 241.

Assim, a teoria dos papéis/expectativas juntamente com uma reflexão sobre a distinção entre risco/perigo, apesar de não ser alvo de desenvolvimento dessa tese, podem ampliar o espaço de cognitividade do debate específico, que envolva a interação entre atores sociais, no confronto de expectativas recíprocas. Assim, acreditamos que para se pensar em marcar os lados, seja como potencial vítima, seja como suposto autor, em situações que podem promover uma resposta ou atenção do sistema penal, devem passar pela análise da alternativa de decisão, dialogando a possibilidade de verificação da ocorrência do perigo ou do risco, associando isso à discussão sobre as questões da dupla contingência e a distribuição de papés e expectativas recíprocas.

Por derradeiro, ressaltamos que não é nossa intenção nessa tese abordar em detalhes a teoria dos papéis sociais ou do papel da pessoa como construção de socialização do indivíduo, bem como fechar descrições sobre as observações sobre o risco. São temas que mereceriam um outro espaço de debate e dedicação em separado. Mas, nada nos impedia de, neste lugar dedicado às nossas observações sobre as demais observações, lançar um horizonte diverso que acreditamos poder, senão suprir as brechas de validade que os argumentos, ainda com aspectos metafísicos, de teses funcionalistas antes apresentadas possuem, abrir o debate para outros campos de construção do saber. Com esse simples intuito provocativo, deixamos tal ideia como um passo sugestivo para observar um funcionamento diverso dessa dogmática penal moderna, aberta à consideração da vítima, em sinalização de seguimento do pensamento complexo. Enfim, não acreditamos que qualquer observação possa ser capaz de atar todos os fios soltos ou mesmo desatar aqueles que permaneceram górdios, mas deixamos em aberto para o futuro mais uma sugestão de vislumbre sobre a posição da vítima frente ao crime e sua consideração pelo direito penal moderno, para além da teoria de proteção exclusiva dos bens jurídicos penais.

4.4 CONCLUSÕES TÓPICAS: AUTONOMIA DA VÍTIMA COMO OPERAÇÃO SISTÊMICA FRENTE A UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL

Partimos da ideia de que se Deus retornasse ao sertão ou ao cenário da modernidade da sociedade moderna até ele teria que se armar para tentar lidar com os paradoxos do direito e do sistema penal. Porque estes se mostram como a força que cria a própria força que autolegitima seu poder. Porque o incremento recorrente da auto-instabilização dos autovalores produzidos por esse mesmo poder moderno apenas se mostra como recurso modal redutor e reprodutor da contingência. Nesse sentido, o sistema penal, nas suas formas escassas de

consistências dogmáticas do tratamento daquilo que é lícito ou ilícito, que produz e aumenta o risco que se propõe somente a conter.

Nessas condições de controle do poder e de não-saber sobre o porvir, pois tudo pode ser diverso, o direito penal maneja o risco e inventa o sistema de imputação penal como reforço e complemento às suas expectativas normativas postas. Com essa tecnologia cognitiva, o sistema manifesta seu poder comunicacional de tornar visível seu poder: "justifica comportamentos que se fundam sobre o não-saber do futuro, ao qual são direcionados, e no qual deveria agir de modo que não acontecesse aquilo que não se sabe se acontecerá ou não". É a decisão da pessoa, em processamento de um futuro trazido ao presente, que já aciona a justificativa da decisão da construção da imputação do sistema penal. A criação da semântica do risco fortalece a roupagem da prevenção como função do sistema penal e viabiliza a atribuição de consequências pode meio da imputação. O sistema precisa do mecanismo do risco para legitimar a responsabilização da pessoa frente às suas estruturas normativas.

Assim, o risco converte-se em conduta de risco que se converte em deduções nos processos de imputação, que recai sobre a comunicação, que irrita o sistema penal. Essa cadeia de comunicação, não reflete uma observação do sistema penal sobre as intencionalidades e os controles internos dos sistemas psíquicos. O sistema penal observa suas próprias expectativas, observa se os atores sociais atingiram-na, observam que incumbências ou funções que rompem com suas estruturas. Assim, pelo que Luhmann denomina como pessoa e papéis, o sistema observa, diante da dupla contingência, entre as pessoas envolvidas na interação do contexto delituoso, como estes se comunicam mediante seus deveres sociais. Todavia, a função declarada o direito penal continua imprimindo a semântica de preocupação com subjetividades e seus bens, ocultando diferenças quanto à forma de consideração do ilícito, por ocasião do tratamento aberto frente aos seus tantos princípios. Estes, que, por sua vez, apenas protegem as reentradas da distinção entre o interno e o externo, "apresentando o sistema penal sempre como um sistema justo que legitima a crítica a sua injustiça".

Nesse passeio pelas diferenças, que podem a todo tempo serem incluídas no tratamento do valor "ilícito" pelo manejo de uma dogmática incerta e certa, encontramos pelas terras italianas, descritas por Silone, a personagem Catarina. Ela de simples camponesa foi transfigurada em criminosa e, em um átimo, foi convertida em heroína. Sem entender as mudanças e multiplicidade de tratamentos entre a retórica do bem e de mal, apenas insistia em sua sina de compartilhar um pedaço de pão. Um simples pedaço de pão, o limiar entre a criação de um inimigo e de um benfeitor, entre um defraudador ou uma vítima da lei, da

invenção penal do juízo construtor de imputação. A imputação é uma criação comunicativa que pouco precisa e muito pode comportar em seus meandros linguísticos e/ou argumentativos.

Vimos que é a linguagem, pois, funciona como meio para acoplar os sistemas de sentido, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais. Que a consciência e a comunicação entram em sintonia, mas não em fusão, em razão desses símbolos e instrumentos da linguagem. Esta organiza a construção de semânticas, conteúdos e subsidiam a informação e reforça a possibilidade das irritações recíprocas entre o indivíduo e a sociedade. É nesta última que a comunicação desenvolve-se com a irritação pela participação do indivíduo socializado, a pessoa em seus papéis.

Todavia, inferimos que comunicação como resultado de seu processo de forte seleção não garante lugar para ontologias e observações definitivas. Por isso, o epistemólogo, frente ao caráter modal da contingência, também é apenas mais um rato dentro do labirinto social, tendo que desmobilizar as razões sem razões que tentam disseminar verticalidade, hierarquias, limites externos. O mundo confirma-se como horizonte das possibilidades e, dentro desse horizonte, o possível depende apenas da atualização. Isso significa que os sistemas sociais, o direito, o direito penal, apenas modulam o próprio labirinto que constroem, funcionando como ordens redutoras para tornar possível a experiência concreta, aliás, para organizar cognitivamente a experiência possível.

Assim, percebemos que tudo isso retorna ao: tudo que é dito é dito por um observador (Humberto Maturana); o observador que observa, é observado, mas não consegue se auto-observar (Heinz Von Foerster); tudo aquilo que dizemos é e não pode não ser desconstruído ou desconstruível (Jacques Derrida); o direito, com todas as suas aparências de constância e imobilidade, acha-se num perpétuo *fieri*, por isso, sua verdades, senão temporárias, são meras ilusões de ótica intelectual (Tobias Barreto); a linguagem é a escolha do sistema que deixa alguma coisa não dita, as estruturas latentes (Niklas Luhmann); traçar uma distinção separa um espaço não marcado para construir uma forma com uma porção marcada e uma não-marcada (George Spencer-Brown); o observador enquanto realiza a observação é o terceiro excluído, mas que se faz parasita (Raffaele De Giorgi e Michel Serres); ainda, não seria muito se disséssemos que, o uso da linguagem enquanto tal é, pois, desconstrutivo e o que vem comunicado como “sabedoria” é “o que aparece, quando o saber do saber, portanto, o saber

autorreferencial, desenvolve-se em nível da observação de primeira ordem e não abandona este nível"[685].

Descobrimos que "historicidade da formação social destruiu toda a ontologia da historicidade"; que o observador de primeira ordem observa menos e diversamente do que o observador de segunda ordem; que da dogmática é ondulada pela incerteza e certeza de seus dogmas, que nada mais são do que um contínuo reenvio a outras possibilidades. Ou seja, o "elogio à rotina" de redundâncias não irrompe o abrir e fechar das portas da lei para a variedade. Essa ondulação harmônica apenas perpetua a forma consuetudinária das distinções jurídicas formalistas, a permanente recursividade das operações sistêmicas. A nova diferença apenas camufla o paradoxo em um lugar mais seguro e, assim, o firme continua em fluidez.

Vimos que a vítima encontra-se "ali" entre um "diante" e um "dentro" da lei. A porta do direito é desafiadora, é capaz de tudo dar e de tudo tomar. Nesse sentido, entre ter direito à autonomia e perder uma proteção penal, a indiferença do sistema só torna a caminhada da vítima uma travessia para um lugar dentro do qual ela já era também prisioneira. "O direito penal é o que é". Ele preocupa-se em manter a ficção de saber o que a legalidade não lhe diz. Ele preocupa-se em conservar sua imunização frente à fragilidade dos dogmas que estabilizam-se em sua instabilidade. Se ela foi excluída, se a ela, a vítima, foi dada uma fase somente de ostracismo ou neutralização, a sua nova inclusão comunicativa serve ao direito penal como inclusão para a sua exclusão.

De todo modo, percebemos que os primeiros observadores da vítima, aqui considerados entre legisladores brasileiros e doutrinadores originários, oscilaram entre as operações sistêmicas variação e redundância. Isso significou, que, apesar da predominância de um entendimento na doutrina acerca da inclusão do comportamento da vítima, fundamentado pela sua autonomia, autorresponsabilidade e consentimento, na disposição de seus bens, o legislador pátrio parece continuar no seu finalismo, na sua ação final, no seu nexo subjetivo, na sua análise de concausas e na assunção da postura, excepcional da vítima, quando da dosimetria da pena, em um direito penal de exclusiva proteção de bens jurídicos.

Na nossa análise, essa postura do legislador foi tida como diversa, da operação de redundância, que compõe um entendimento repetido pela maior parte dos doutrinadores penais. Nessa operação, a vítima, autorresponsável para consentir quanto à disposição de seus direitos, é critério de afastamento da tipicidade objetiva, que, de fato, desconsidera o bem

---

[685]Sobre a citação direta ao final, LUHMANN, Niklas. ***Osservazioni sul moderno***. Roma: Armando Editore, 1995, p.50; ademais, *vide* LUHMANN, Niklas. *Deconstruing as Second-order observing* (p-763-782). In: ***New Literary History***. Vol.24. n.4. Johns Hopkins University Press, 1993, p. 771. Sobre as outras referências, já foram de algum modo citadas ao longo da tese.

jurídico enquanto merecedor da tutela penal. Ao direito penal da proteção exclusiva de bens jurídicos passamos ao um direito que desprotege o bem para considerar que, assim, resguarda uma liberdade, uma autonomia para a vítima. Desse modo, fundamenta a não incidência da tipicidade penal, porque a conduta própria do titular com a ajuda de terceiro ou provocada por esse terceiro com seu conhecimento, é considerada alheia ao ideal protetor do direito penal: proteger bens de lesões alheias.

Nas observações dos observadores de segunda ordem, os julgadores, vimos que estes optaram, tendencialmente, por seguir as comunicações dos doutrinadores originários. Isso significou que os tribunais brasileiros estão construindo uma realidade sobre a vítima à luz da operação de redundância. O que significou a consideração da autonomia da vítima para fundamentar a análise da tipicidade penal. O tipo objetivo passa a não proteger a vítima de suas próprias decisões. A causalidade ganha um complemento informativo que sai da subjetividade e passa a ser considerado pela criação de um risco e pela tomada de decisão de um titular de direitos. O direito penal posto e validade pelas decisões caminha contrariamente ao finalismo começando a assumir suas bases funcionais.

Todavia, o que percebemos é que ainda que se oculte a linguagem sistêmica, a linguagem de que o direito reage para proteger a si mesmo, a linguagem de indiferença às vontades das pessoas a quem dirige sua atenção. Pensamos que a consideração da conduta da vítima, da sua autonomia, não é uma expressão de que o direito está vinculado ou preocupado com os direitos subjetivos, fundamentais e humanos. Pensamos que o direito responde, considerando a vítima, porque ao lidar com os riscos, precisa distribuir as responsabilidades pelas expectativas normativas que impõe para se autoimunizar. Como não possui um método outro para vincular o futuro, ora inclui, ora exclui a vítima de seu contexto redutor de complexidade. O direito penal, ao considerar a vítima, tenta realizar uma contenção dos problemas da dupla contingência presentes das interações sociais. Assim, considera a potencial vítima como pessoa, inclui sua comunicação pela instituição chamada autonomia, permite que ela participe do agir social, atribui-lhe deveres, imprime o *slogan* de garantidor de direitos, sentencia a inclusão e a exclusão simultaneamente.

Dito de outro modo, o sistema diante de tanta complexidade, de tantas possibilidades de agir, vale-se da comunicação "autocolocação" (por exemplo) para observar que as expectativas normativas foram ou não frustradas pelo terceiro que com ela interagiu. O que vimos é que tem considerado a conduta da vítima como uma quebra de expectativas sociais da mesma frente a deveres de cuidado social. Mas, as suas expectativas proibitivas penais não sendo quebradas não acionam o valor designativo do direito.

Sendo assim, à luz da perspectiva complexa, a função do comportamento da vítima para a dogmática penal moderna não imprime uma realização do seu psique, não vincula-se à ontologia, a uma realização do seu direito humano, fundamental, subjetivo enquanto expressão do seu espírito livre de autodeterminação, como corolário de um direito natural a ser humano. O papel da conduta da tem representado uma forma do sistema penal incluir a *pessoa* vítima em seu sistema de comunicação para excluir penalmente sua ideia de proteção.

O que está sendo considerado é a representação de um papel social, baseado na instituição socializada da autorresponsabilidade[686]. Essa instituição é, pois, uma estrutura construída, que sinaliza expectativas a serem cumpridas, que refletem deveres de cuidado a serem cumpridos, perante outros sistemas psíquicos, sinalizando que, em caso de disposição, autorresponsável/consentida, pela ruptura dessas incumbências, o sistema atribui as consequências ao ator, a *pessoa*, a vítima potencial, que não agiu conforme o seu papel esperado. Mas, que não frustra norma penal alguma, que não a torna pessoa imputável, apenas afasta atenção penal das expectativas esperadas em relação ao suposto autor.

Em suma, no caso do sistema de imputação, quando a vítima não frustra o que a norma penal imprime, lesão a direitos alheios, a quebra de seu papel de vítima, de se autoproteger, é uma violação de expectativas sociais, mas não penal, assim, o sistema aplica o código da não-imputação. Se o bem jurídico a liberdade da vítima foi protegida ou não, esse não é o fundamento latente, mas presente, para a decisão do direito penal. O que está em jogo é a análise funcional das expectativas desenhadas naquela interação, fundamento presente e declarado, mas latente. Por isso, o direito penal, a partir do comportamento da vítima, chancela a matriz que se desvincula da ilusória e declarada necessidade fundamentadora de proteção exclusiva de bens jurídicos. Quando, de fato, o direito penal não está interessado na proteção da vítima em si, mas se mostra, quando leva em consideração da causalidade penal à luz das expectativas expectáveis da vítima, como uma instância comunicacional: que responde à irritação "vítima contributiva", "vítima autorresponsável", "vítima consentindo" como "não imputação", apenas para manter o seu nível de conservação de expectativas em funcionamento.

Em outras palavras, nossa compreensão é de que o direito penal indica que na análise do crime está considerando se o papel do suposto autor está descumprindo ou não aquilo que parece ser a proibição maior na esfera criminal, a saber, a ofensa em prejuízo contrário ao interesse alheio, ou seja, a frustração das expectativas de terceiro. No caso de a vítima não

[686] Plessner descrevia o papel social como aquela articulação mediante a qual um invidíduo executa movimentos socialmente adequados.

encontrar-se ela mesma frustrada, em situações de aparentes decisões em prol da violação de seus direitos, é porque ela mesma não tinha expectativa diversa do que a própria possibilidade de frustração (com ofensa a seus direitos). Assim, o sistema não tem como operar ("o direito não pode sentir-se frustrado") diante da ausência de expectativa de frustração não frustrada.

Ainda, pensamos que o sistema penal, por meio das observações sobre papéis sociais pode desenvolver de modo funcional as considerações de frustrações das condutas das vítimas, tanto na consideração de um papel em prol de uma autoproteção, sem precisar manobrar teoricamente sua atitude por argumentos metafísicos, como é o caso de considerá-lo como realização de seu próprio desejo de liberdade e de autodeterminação; como na observação pela ótica do suposto autor, que não pode frustrar expectativas que não lhe eram devidas. Desse modo, não é preciso inventar que o princípio da autorresponsabilidade (e também o consentimento) advém do princípio da *ultima ratio* ou do princípio da dignidade da pessoa humana ou que o bem jurídico penal perdeu seu merecimento e sua necessidade de tutela jurídico-criminal e que mesmo assim o direito penal está protegendo o direito de autonomia da vítima etc.

Se há pessoas se comunicando, se há, nesse sentido, pessoas representando papéis sociais, se há prescrições para essas posições, se nos "autoformamos" também com base nessas posições recíprocas, nessas expectativas mútuas, cabe ao sistema de imputação penal atribuir à ruptura dessas funções ao âmbito de competência de cada ator. Os motivos ou razões individuais (psíquicas), que levaram cada um a agir, confirmando ou frustrando a expetativa, de um modo ou de outro, não são relevantes para o sistema autointitulado imputação objetiva e que se insere em uma matriz que escapa de metafísicas e vale-se das noções funcionalistas e sistêmicas.

É nessa perspectiva que a vítima é tomada como comunicação. Não se trata de enaltecer sua liberdade através das operações de comunicação penal. Trata-se de verificar que expectativas foram frustradas e a quem é possível atribuí-las, se for o caso. Enfim, atuar como pessoa é ter que representar um papel para participar do sistema de comunicação social. O que não significa que haverá a expressão da subjetividade do seu portador, senão a representação de uma competência socialmente compreensível, de sentido normativo esperado[687].

[687] Jakobs aduz que "no âmbito jurídico, a pessoa determina-se de maneira geral-normativa". JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Traducción Manuel Cancio Meliá. In: ***Estudios de derecho penal***. Madrid: Civitas, 1997, p. 387.

5 OBSERVAÇÕES DE FECHAMENTO OPERACIONAL A GUISA DE CONCLUSÕES PROVISÓRIAS A ESPERA DE NOVAS IRRITAÇÕES

> *Ma come si fa a guardare qualcosa lasciando da parte l'io? Di chi sono gli occhi che guardano? Di solito si pensa che l'io sia uno che sta affacciato ai propri occhi come al davanzale d'una finestra e guarda il mondo che si distende in tutta la sua vastità lì davanti a lui. Dunque: c'è una finestra che si affaccia sul mondo. Di là c'è il mondo; e di qua? Sempre il mondo, cos"altro volete che ci sia? Con un piccolo sforzo di concentrazione Palomar riesce a spostare il mondo da lì davanti e a sistemarlo affacciato al davanzale. Allora, fuori dalla finestra, cosa rimane? Il mondo anche lì, che per l'occasione s'è sdoppiato in modo che guarda e mondo che è guardato. E lui detto "io", cioè il signor Palomar? Non è anche lui un pezzo di mondo che sta guardando un altro pezzo di mondo?*
>
> *(Italo Calvino)*

Escrevi esta tese por desejo e por ignorância do centro fixo que acreditei que ela tinha. O sentimento de o ter tocado refletiu nada mais do que a ilusão de o ter atingido, pois a escrita, longe de ser uma imagem pronta que chega ao fim, dá sempre lugar a outra, como um movimento incessante que restitui o próprio movimento. Em se tratando de uma tese de esclarecimentos, há uma espécie de lealdade metódica a declarar na direção daquele ponto para o qual parece que a tese se dirige. Todavia, a única lealdade que ora posso assegurar é: chego ao momento de somente arrematar aquilo que já disse e de dizer aquilo que ainda é possível dizer sobre o dito e o não dito. Não posso pretender concluir. Apenas posso contar como tudo ocorreu e chegou até esse momento. Afinal, como disse na introdução, a tese é tese por ser antítese, por ser fragmentária. Mas sim, paradoxalmente, há um centro que a atrai: centro não fixo, que se deslocou, pela pressão das contingências das argumentações, pela contingência propriamente como autovalor da complexa sociedade e direito modernos. Centro fixo também, porém, como falei, que se deslocou, é verdade, sem deixar de ser o mesmo e tornando-se sempre mais central, mais esquivo, mais incerto e mais imperioso...

Se tudo foi assim, começo explicando porque finalizo a tese com o uso da primeira pessoa do singular, quando, de fato, deveria apenas me desculpar por não tê-lo feito desde a introdução. O motivo pode coincidir com o meu primeiro ponto conclusivo. Tratou-se de uma tese que destaca um giro epistemológico, ou, pelo viés dos paradoxos, uma mudança paradigmática, no modo de refletir sobre o compreender, sobre a construção do saber e do não saber. Uma tese que se situa em uma matriz teórica que não tenta a improbabilidade de produção do observado sem o observador. Um marco epistêmico, porque não se envergonha de se revelar parcial e alternativo na invenção de suas realidades.

Senti mesmo à flôr da pele, ao longo dessa tese, essa autorreferencialidade apreendida dos construtivismos e da teoria dos sistemas luhmanniana. Pratiquei, a todo tempo, a minha incapacidade de dissociar minhas emoções, vivências e experiências pessoais e acadêmicas na escritura e na forma de tratar dos objetos sobre os quais aqui me propus a dialogar. Posso dizer que, desde a seleção dos mesmos, passando pela ilação sobre os referenciais teóricos, chegando até a construção dos meus pontos de vistas, claros ou não, precisos ou trêmulos por sua própria pujança, tudo isso me forma, constitui o meu eterno aprendiz "*ego sum qui sum*".

Senti que sou um sistema em um ambiente. Que sou ambiente para outros sistemas. Que essa é a diferença que faz toda a diferença em minha vida, plagiando quem me ensinou, Bateson. Sou um sistema psíquico, constituído de pensamentos, fechado em minhas idiossincracias, em minhas operações de consciência, em estreita interpenetração com meu sistema nervoso, com meu corpo e, também, em acoplamento estrutural com o meu ambiente. Este é amplo, composto, prioritariamente, pelo meio ambiente (ecossistema), dos sistemas sociais e de outros sistemas psíquicos, semelhantes a mim. Todos estes, meu entorno, reconheço-os como fundamentais para a constituição da minha própria identidade. O solipsismo não funciona para essa adequada correlação de autorreferência e heterorreferência.

Ininterruptamente, ao pensar em minhas definições, estou me distinguindo daquele largo ambiente. Sou uma constante reintrodução dessas distinções entre mim e esse meu ambiente. São tantas distinções de distinções incessantes, que já não posso categoricamente afirmar determinações sobre meu próprio *self*, muito menos sobre tudo que "está" porque "está" apenas na medida em que eu me distingo desse outro. Na matemática de George Spencer-Brown, esses tantos *re-entries*, que compõem as operações sistêmicas, ao passo que criam autovalores, como informações reconhecíveis, criam também espaços de indeterminações irresolúveis ou imaginários, aqueles recônditos que nos tornam mistério para nós mesmos e o outro espelho dessas estranhezas.

Percebi, que realizo todas essas distinções de distinções sozinhas amiúde, do mesmo modo, que sou irritada amiúde por novas informações ambientais. Essas irritações, perturbações ou ruídos, como preferia Foerster, nos sistemas de sentido, são as tantas informações disponíveis. São tantas, mais tantas perturbações, que para lidar, com o que Luhmann chamou de complexidade, só me resta viver a filtrá-las. Assim, vou me adaptando, valendo-me de estruturas que já possuo e realizando verificações de consistências entre os meus sentidos já, em certa medida, regulares e os novos sentidos. Por assim dizer, ajusto-me às novidades ou, simplesmente, ignoro, aquilo que não me parece coerente comigo. Dessa maneira, sigo somente sigo.

Interessante que, para quem me vê de fora, parece mesmo que estou, com tudo aquilo que narrei, promovendo a evolução de minhas estruturas. Essa observação externa é sim possível. Mas, do meu ponto de vista sistêmico, estou apenas me autorreproduzindo, fazendo o que faço, por meio de minhas seleções, variações e estabilizações. Todo o resto é só invenção alheia sobre mim. Sinto-me, portanto, limitada frente ao mundo, porque nem tudo vejo, de tudo que vejo, nem tudo seleciono, nem tudo do que seleciono me lembro, reutizo e reatualizo, assim, muita coisa se perde, porque eu esqueço, porque se oculta, porque permanece latente. Porém, só me resta continuar com a crença de que sou um sistema com potencial desconhecido de expansão cognitiva.

Com base nessas lições do pensamento estrutural construtivista, comecei o abandono das certezas e olhei com mais atenção o percurso da provisoriedade. Aprendi que essa forma de aprender a aprender, de pensar a pensar, é uma via, com qualquer índice do que eu considero libertário, despido e destemido, no que diz respeito à observação do saber e do não-saber. Porque desnudado de pretensões sobre cognitividades imutáveis, eternas, únicas e absolutas. Porque sem temor de se expor à limitação inerente a todo e qualquer sistema observante: é uma maneira de que para construir realidades é preciso traçar distinções cuja unidade é invisibilizada por quem a aponta. Repito isso que falei: ao traçar distinções não é possível ver a unidade da distinção traçada. Quem fez esse cálculo de formas, quem viu isso que não podemos ver, enquanto primeiros observadores, foi Spencer-Brown. Ele literalmente desenhou seu traço, fazendo-me perceber que quando desenhamos a marca (portanto, demarcatória), ela divide dois lados, mas nós indicamos um só como positivo. Gotthard Günther dizia que esse valor que apontamos, é, justamente, o valor que será considerado o referencial, o designativo, o conectivo *versus* o não marcado, que não é visto, o valor negativo ou reflexivo.

Posso dar um exemplo: quando o sistema jurídico aponta como lícito o fato de a vítima poder renunciar seus direitos mediante o consentimento autorresponsável, esse é o lado positivo da forma, o espaço que designa o que é de direito. Porém, simultaneamente, o direito, enquanto sistema observante, sem ver, aponta o lado do não-direito, aquilo que restará como espaço não marcado. A controvérsia está exatamente nessa cegueira de não ver (e não se ver como) a unidade dessa distinção entre direito e não-direito, que é a unidade do próprio sistema observador, que realiza a sua distinção e não a vê, não se vê.

Essa suposta cisão de faces janosianas do direito seria uma sabotagem contra sua própria realização. Ora, se o direito apenas se vê como direito, por que precisamos bater na porta da lei e perguntarmos o que é direito ou não-direito? Ou seja, se tudo fosse direito, não

precisariamos dizer o que é direito ou não-direito. Foi bem nesse momento, que eu entendi que aquele lado reflexivo, negativo, não-marcado, é, tanto quanto, condição de possibilidade, de realização, do outro. Não tem como separar. O direito é direito e não-direito, qualquer dos lados, ele aponta a partir de si para si mesmo. Depois disso, cheguei a conclusão de que ambos os códigos (os lados ou os espaços de distinções) concorrem em cada operação, do contrário, haveria, como antecipei, uma espécie de bloqueio na comunicação do que é ou não direito. Porém, como se trata de um ponto cego, o direito continua a esconder seu paradoxo, considerando-se apenas pelo lado da inclusão.

Os horizontes começaram a se abrir, e, olhando através dos olhos, principalmente, de Maturana, conclui que não há, objetividade "sem parênteses". Porque são os parênteses que colocam entre aspas o conteúdo informado como objetivo, sinalizando que o dito é interferência de um observador, portanto, havendo ali seus cortes epistêmicos, suas distinções e todas as indeterminações que isso carrega. Não satisfeita, nos passos para uma ecologia da mente, encontrei Bateson e me encantei com os singelos metálogos com sua filha. Sutilmente, com essas conversas, percebi que nenhum princípio explicativo tem um princípio explicativo que lhe explique. O que não me causou desamparo. Não significou negar todo o conhecimento científico acumulado ao longo de séculos de história da humanidade. Somente implicou no reconhecimento de que teorias são experiências de observadores em relação de observação com seus objetos; e esses observadores serão reconhecidos, por outros observadores, como observadores científicos, porque expõem com plausibilidade e coerência, no emprego dos métodos propostos, o seu respectivo objeto de observação. Não são desvendadas verdades. Apenas são inventadas verdades consistentes, até que novas verdades experimentadas as desmintam, reformulem-nas ou as supere.

A partir disso, as aventuras de Alice em suas maravilhosidades inventivas, desde as palavras criativas aos seus multiversos, desafiando as dimensões da conhecida realidade, passaram a fazer mais sentido ainda. Com minha mente aberta tanto às criações científicas como às artísticas, a diferença entre o possível e o real tornou-se uma questão de precedência. Aquilo que é possível é praticamente infinito. O real é rigorosamente delimitado, pois é só uma dentre todas as possibilidades que podem vir a ser realidade. O real é um caso excepcional do possível e, como tal, também pode ser concebido de outra maneira. Donde conclui que precisamos repensar o real para avançarmos até o possível, como contava Dürrenmatt.

Nesse ensejo, o princípio da codificação indiferenciada serviu-me para confirmar que "lá fora não há dor" (Foerster): o mundo, como é considerado, em sua variedade e

"poliedridade", é o resultado de processos internos. Os nossos receptores, como os de luz, de som etc., a atividade elétrica de uma célula receptiva (toda célula nervosa) codifica apenas a ordem de grandeza da perturbação (que causou a atividade) e não a natureza física do agente perturbador. Essa constatação não me fez tentar atravessar paredes. Fez-me entender que os sistemas observantes não veem o experimento em si, apenas representam a sensação experimentada, criam a intensidade da estimulação.

Assim, comecei a focar no poder das descrições autorreferenciais dos sistemas observantes. Ouvi a voz de Borges, que tanto me distraiu, levando-me a refletir sobre a infinitude dos mundos possíveis com seu mágico Aleph. Pensei: "quem me dera ao menos brechá-lo!". O lugar onde estão todos os lugares do orbe, sem se confundirem, vistos de todos os ângulos; a primeira letra do alfabeto da língua sagrada; para a cabala, o *En Soph*, a ilimitada e pura divindade; para os cristãos, a imagem de Deus, o começo, o todo, o fim; a letra inicial, o *Alfa* grego, o *A* romano; a chave da comunicação, de onde todas as letras derivaram. Unidade na multiplicidade. Vi meus devaneios interrompidos por Luhmann e pelo professor Raffaele De Giorgi: neguei novamente o transcendentalismo metafísico, a impossibilidade do absoluto apreensível, do domínio de descrições totalizantes, porque eles, como experientes construtivistas, fizeram-me recordar da vinculação do múltiplo e da contingência.

Assim, mais do que a multiplicidade de descrições dos mundos possíveis e daqueles que ainda nem conseguimos imaginar como possíveis, enxerguei a contingência como autovalor (estrutura estável, regular) dos sistemas observantes. Ao mundo deixei-lhe somente a descrição do mundo, desde a experiência possibilitada pela minha epistemologia. Ao mapa deixei-lhe a representação do mapa, nem se aproximando da representação do território. A epistemologia mostrou-se como a regra de transformação do mundo a partir da experiência. É o mesmo que dizer, a experiência sendo a causa, ao mundo cabe-lhe contentar-se em ser a consequência. Sempre com Foerster ao pé do ouvido, vi que não considerar observadores na observação, é como nos desvendar fantasmagóricos, a vagar em fantasias. É cair nas armadilhas dos que sonham uma realidade, quando esses mesmos sonhadores são sonhos de outros fantasmas sonhados, em constantes ruínas circulares. Assim foi o Homem Sonhado e o seu Forasteiro Sonhado no templo do fogo borgeano, assim foi a Ângela, a personagem do personagem chamado Autor, que foi autor de Ângela, mas era também só uma personagem nas pulsações da nossa tão peculiar Clarice Lispector.

Ainda, querendo compreender sobre essa realidade, de fato, sem ver que não via o que não via que não via, recapitulei uma das tantas lições de Don Juan a Castaneda. Quando lhe

sugeriu para ver além do que ele conseguia e podia explicar. Sair da cegueira exigia, pois, retomar a capacidade de me surpreender com aquilo sobre o qual não tenho ainda ou não terei uma explicação. O resgate dessa sensibilidade, me fez enxergar que o observador, a cada evento de comunicação social seletivo, tenta reduzir a complexidade do ambiente, simultaneamente, ladeando as situações diversas da ativada. Esta se constitui apenas como um recorte, um vislumbre atual de sentido. Logo, tudo poderia e pode ser diverso daquilo que é. Porque, como dizia Luhmann, o firme, devemos fundar sobre o fluído, ou, como dizia o professor De Giorgi, os autovalores produzidos modernamente têm a forma da contingência, ou seja, a forma modal de substituir aquilo que pode ser outro.

Encurralhada pela contingência, a canonização simbólica de invariâncias passou a não fazer sentido. Não se acomodando à alta carga de elasticidade das versões e dimensões diversas sobre a realidade. Isso me motivou a desvendar o processo de organização do observador frente ao mundo, deparando-me com o princípio da ordem a partir do ruído *("order from noise"*), momento em que entrei nos estudos da cibernética da cibernética, a cibernética de segunda ordem (de Foerster). Nesse lugar de observação dos sistemas que observam, observei que, por meio de autovalores (*eigenvalues*) ou catalisadores da informação, o observador operacionaliza a irritação de informações ambientais no seu interior. Quer dizer, por meio dessas estruturas regulares, o sistema não reage propriamente às perturbações externas, senão ao resultado de suas reações precedentes.

Uma vez mais, pude notar que as chamadas irritações provocadas pelo acoplamento intersistêmico, refletia um caso de autoirritação sistêmica. É o que ocorre conosco, como mencionei antes, quando somos provocados por novas informações, o que há é uma irritação em nós mesmos, um desconforto, um confronto entre a informação desconhecida com a nossa estrutura já existente. Assim, todo sistema observante tem a possibilidade: (1) de reconhecer seus próprios estados, como redundância, como uma condensação informativa por repetição, de operações passadas, confirmando a coerência dos próprios parâmetros de sentido; ou (2) de selecionar a nova informação, como variação, novidade e buscar aprender e procurando se estabilizar outra vez. Nesse caso, a partir do ruído, o sistema reconstrói sua ordem.

Aprendi que esse autocomportamento (*eigenbehavior*) do sistema é o que o equilibra dinamicamente, o mantém em estabilidade dinâmica ou em instabilidade relativa, na sua relação com o seu ambiente. Porque seus autovalores aparecem como correlatos externos das próprias operações, pelo menos até o próximo ruído ambiental, pelo qual todo o mecanismo evolutivo pode ser reativado e gerar mutação (a partir da seleção, variação, estabilização). Eis que percebi que é esse processo que categorizamos como realidade (enquanto ambiente), mas,

por óbvio, como representação emergente do próprio sistema observante. Portanto, os autovalores (estruturas estáveis ou regularidades sistêmicas) funcionam como a contingência do observador, uma vez que a perturbação de um dado do mundo pode gerar uma revisão desses mesmos valores, transformando as realidades anteriores. Essa cadeia recursiva representa a chance de ocorrência da improbilidade da mudança, da variação, logo, da maneira como o sistema refere-se ao futuro, às suas expectativas.

Desse modo, foi se tornando, cada vez mais evidente, que o sistema observador caracteriza-se como um sistema fechado organizacionalmente, porque seus estados internos estáveis só podem ser definidos em razão da estrutura dinâmica geral que os suporta; e abertos informativamente, pois possuem a capacidade de classificar seu ambiente, construído nos mecanismos funcionais recursivamente estabilizados como representações resultantes. Na linguagem luhmanniana, os sistemas são fechados operacionalmente como condição para serem abertos cognitivamente. Ou seja, desde a própria ordem interna repetitiva, simétrica de seus cálculos, como o cristal, e frente à variedade do ambiente infinitamente complexo, como as formas evanescentes da fumaça (Atlan), o sistema mantém-se em rotação, ordenando a si mesmo, estruturando a sua complexidade. Como o *Ouroboros*, como as "Mãos que desenham mãos" de Escher, como a *Serpe* que se autodevora de Tobias Barreto, de Paul Valèry, bem como o *Draco caudam suam devorans,* o saber do sistema/observador é que computa o seu próprio saber. Eis que aprendi, vi, senti a poesia, a arte, a chamada *autopoiesis* dos sistemas observantes.

Esses espirais labirínticos de indissolubilidade da própria forma fulminaram qualquer resquício de objetividade sem parênteses, da velha distinção sujeito/objeto, sem chance para antídoto algum. Foi quando me veio outra visão: envolvido nas tramas de suas próprias fitas, talqualmente a de Möbius, entre voltas estranhas (Hofstadter), de idas e vindas de autovalores, o sistema provoca por si o aumento de sua complexidade interna e, simultaneamente, a redução da complexidade ambiente. Em *bootstrapping,* o sistema puxa a si mesmo da movediça complexidade ambiental pelos próprios cabelos, reedifica a si e a sua projeção de realidade. Por isso, nem tudo "lá fora" é acessível: somente aquilo que uma fisiologia específica do sistema observante pode construir como estabilidade produzida em sua constante dinâmica.

Reforcei o entendimento de que o observar é distinguir, o distinguir é o observar seletivo de um observador de primeira ordem, a seleção indica um só lado da forma, a unidade não é vista, e, assim, Luhmann e Foerster, chamaram minha atenção para as estruturas latências: o observador, que observa, é observado, mas não consegue se auto-

observar, deixando em aberto um potencial de espaços de observação. O professor Raffaele contava que ele, esse observador, é o terceiro excluído incluído. Ele não se considera presente na distinção, quando é ele mesmo a unidade, o parasita inobservável (de Serres). Se verificamos que não vemos que não vemos que não vemos, ao menos vemos que todas as formas de ver possuem pontos cegos. De novo, eu vi ruir as formas absolutizantes, as seguranças, as semânticas prometidas pelo projeto da modernidade.

Nessa tentativa de ver diversamente, aprendi que pode existir uma observação, por assim dizer, especializada, ciberneticamente falando, de segunda ordem, que observa a forma pela qual os primeiros observadores observam, baseando-se em outra distinção. Essa nova distinção pode ver o ponto cego da primeira, mas continua cega em relação à sua distinção ao seu ponto cego. Então, observar a latência é possível quando o segundo observador tenta percorrer o campo do que poderia ter sido diverso. Sem deixar de valer aquela ideia de que o observador sempre ver menos e diversamente que o observador que observa e é observado. A latência, assim, apresentou-se como é um parasita vicioso, que circula nas operações de observação, cuja eliminação dependeria da fé inabalável em um meta-observador, que tudo vê sem nada perder, o que seria próximo ao encontro com Aleph.

Não precisaria ser redundante, mas sendo, foram essas circunstâncias inferidas por meio da epistemologia estrutural construtivista, que descentralizaram minhas visões e imagens ortodoxas do universo: completude, exaustão, onisciência, onipotência. O que refletiu no meu olhar não só para a vida, mas para o direito. Teubner, inclusive, conta, quando da apresentação de sua ideia sobre a indeterminação e a imprevisibilidade do sistema jurídico, que até Deus riu e deu-se por vencido, quando percebeu que um rabino insistia veementemente em provar a sua força (divina) para os demais rabinos e estes permaneciam irredutíveis.

Diante dessa graça, uma vez mais, vi a eternidade do real ou mesmo do transcendental dar assento à fugacidade dos sentidos incessantes requeridos pela complexidade. Ao saber, lhe foi concedido um estatuto de viabilidade condicionado. Nada sai ileso ao corte metodológico da distinção do observador. Só resta como escolha temporalmente privilegiar alguns pontos de vistas sobre a realidade multifacetada, que é sempre mais complexa que nossos autovalores, em constante busca por organização.

De todo modo, não encarei a reflexividade e o perspectivismo epistemológicos do pensamento complexo como uma forma de niilismo. Não quis metaforicamente repetir aquele dramático suicídio de Kirillov, que após se deparar com a falta de significado supremo da vida, convencido que o mundo é insensato e carente de um fim-maior, simplesmente se mata.

Fui salva pela astúcia do Rei de Copas de Lewis Carroll que, lendo a poesia do Coelho Branco, considera-a sem sentido, mas aliviadamente conclui "se não existe um sentido... nos salvamos de muitos problemas, porque não precisaremos descobrir um". Wittgenstein arrematariа: “a solução do problema da vida deve ser vista no desaparecimento desse problema”.

Aliviada, prenunciei que o antagonista do desesperado é o pesquisador construtivista, com tênues diferenças. No desespero, é comum que se chegue à conclusão de que o procurado não existe e, assim, o próprio procurador perde o sentido de sua existência. Na pesquisa, de viés construtivista, é possível observar a vastidão do mundo e continuar na saga de construir mais vastidões, incluindo as imperceptíveis. Na equação existencial do desesperado há uma ruptura do pensar. Para o construtivista, sobra-lhe o excessivo desejo de proximidade com o círculo do infinito, sem necessariamente lhe causar frustração frente às improbabilidades. Eis o elixir autoimunizante do construtivismo frente ao niilismo.

Tornou-se mais fácil notar que a complexidade social oferece mais oportunidades do que se pode apreender. O fetiche de totalidade artificial sobre o saber expõe-se à insuficiência da tradicional lógica aristotélica monocontextural (ser ou não-ser, eis a questão de sua restrição). Afinal, a contingência da observação é afirmada pela encenação da presença-ausente daquele *tertium non datur*. Eis a incógnita da observação em sua paradoxalidade: o observador não-observável, como ruído que subjaz na comunicação, na própria observação. Nessa toada, aprendi a refletir, refletindo. Vi o que observam os que observam em uma observação de segunda ordem. Os conceitos aplicam-se a si mesmos. O observador, definindo o próprio objetivo, vai ao interno, sendo o sistema mesmo, o que observa o próprio domínio cognitivo. Aquilo que era tido característica do objeto torna-se propriedade emprestada, mas pertencente ao observador. O observador que observa a própria observação: reflete sobre os processos que refletem suas distinções e escolhas feitas. Senti a autologia dos sistemas observantes.

Com a desmistificação da reflexividade do observar-observador-observado, repreendi a encarnação do demônio laplaciano, não creditando aos sistemas observantes a capacidade de determinar certezas sobre o estado do universo. Do contrário, sistemas de sentido são máquinas não-triviais, seu estado próprio de instabilidade relativa é que permite ou não automodificação, conforme provocações ambientais imprevisíveis. Logo, não há aquela relação fixa, de previsibilidade entre entra-saída (*input/output*) das máquinas banais. Por isso, Nietzsche com precisão dizia que o mundo é uma imprecação cristã e De Giorgi completaria dizendo que é um conceito limite ao qual endereçamos cada ignorância necessária nossa.

O apego pelo ideal regulatório da tradição da (onis)ciência moderna, na busca alcançar a perfeita *adaequatio rei et intellectus,* delimitando o antes e o depois dos desenvolvimentos do conhecimento, pretendendo uma justa adequação da coisa ao intelecto, apenas delineia uma racionalidade fractal do próprio sistema obsevante. Isso porque, quando o observador procura a origem de uma ideia, de uma percepção, de um objeto observado, adentra naqueles multiníveis do saber, naquelas faladas distinções de distinções. Assim, ele desce e sube como que em um *loop* estranho e, nessas voltas, explora vários níveis de suas estruturas internas do conhecimento e, ao final, encontra-se no ponto de partida, mas com uma vertiginosa impressão de que continua conhecendo aquele lugar pela primeira vez.

À primeira vista, essa concepção de hierarquias intricadas pode provocar desconforto, quando ainda estamos à espera de justas certezas. Mas, quando compreendemos e aceitamos a unidade do sistema observante, esses entrelaçamentos amoldam-se justamente a processos de observação da realidade, dos paradoxos, das operações do cérebro etc., naquela lógica policontextural antes tratada. De modo similar, quando o cretense Epimênides disse que todos os cretenses são mentirosos causou alvoroço. A questão era observar que ali havia um fechamento operacional de elementos em camadas separadas (eu minto/eu falo a verdade), mas entrelaçados formando uma unidade (eu minto e falo a verdade vice-versa). Se por acaso, esse entrelaçamento de níveis se esgotasse, a unidade desapareceria, ou seja, a estrutura peculiar do "mentiroso" é uma afirmação que tem a si mesma como sujeito lógico.

Talqualmente, os códigos binários, aqueles que demarcam os lados das distinções e observações, que falei antes, geram esse paradoxo sempre que se aplicam a si mesmos. Tomando o exemplo citado, não é possível decidir, com base no código verdadeiro/falso, se a distinção entre verdadeiro e falso é verdadeira ou não, ou seja, não pode ser decidida com base nas distinções entre razão e erro, se não estamos do lado da razão ou erro. Nessas situações, há um movimento helicoidal, pelo qual a percepção sobre verdade e falsidade dança, em passos de duplicação e reduplicação. Essa coreografia de duplicar-se e reduplicar-se atinente à conclusão (ou sua ausência) do argumento paradoxal cria um balé de espelhos recíprocos: um lado é o reflexo invertido do outro. Podemos afirmar que a linguagem e metalinguagem entrelaçam-se nesse baile interativo de hierarquias intrincadas.

O paradoxo (por exemplo, do "mentiroso") figura como uma encruzilhada convergente de controvérsias implícitas, quando tratamos de denotações e de autorreferências, quais sejam: o esplendor e a fragilidade da subjetividade, identificados com pura autorreflexão; a proximidade entre a afasia e a modalidade do possível; e o *status* lógico da distinção poder-ser e poder-não-ser simultâneos. Assim caminha a modernidade, no rastro das tão mencionadas

complexidade, autorreferencialidade e contingência das observações dos sistemas observantes.

Depois desse percurso, já me sentindo mais a vontade, posso plagiar Foerster e inferir que a verdade é uma invenção de um mentiroso e a certeza de discursos lineares foi uma invenção que bruscamente usurpou as dimensões ilimitadas da esperança, na sombra de Borges. Foi assim que Russell lançou um doloroso projétil a Frege nas vésperas de sua publicação sobre as leis da aritmética: “a classe de todas as classes que não se incluem, ela se inclui?” e, assim, para ser eufêmica, ventilou a fraqueza de epistemologias de viés sujeito/objeto, daquele velho sujeito racional, que pressupõe que todos os sujeitos observem por meio de uma única razão. Essa “bomba” provocativa serviu de estímulo para os construtivistas e cibernéticos subsequentes sobre as multiversões do saber. Esses que sucintamente narraei porque me trouxeram até aqui.

Nesse rumo Gödel, com sua teoria da incompletude, basendo-se no referido paradoxo do mentiroso, pela variante "Esta afirmação é falsa", termina por “desuniversalizar” as verdades científicas. Nesse embalo, começaram as mudanças em diversos campos, na física, com a relatividade de Einstein (“as teorias científicas são livres criações da mente humana”), o princípio da incerteza de Heisenberg (“quantidade de movimento e posição, não podem ser medidas simultaneamente com exatidão”), a teoria do caos e das estruturas dissipativas de Prigogine (“fenômenos caóticos ou irreversíveis não se reduzem a um aumento de desordem”); na comunicação, Bateson demonstra que a capacidade de ordenação, presente na informação, é gerada pelo fato de que ela realiza um enunciado positivo, e, simultaneamente, ocorre uma negação. Por exemplo, esta tese é transdisciplinar é dizer que ela não é por si só jurídica.

Com esses passos, Gödel abriu caminho para Bateson abrir caminho para a “godelização” da teoria da comunicação, promovendo imenso alcance epistemológico: a percepção passa a ser vista como um processo seletivo, pelo qual destacamos dados vieses e necessariamente suspendemos outros. A realidade em si deve ser pensada em modo pós-ontológico. Não há um meio de encontrar um apoio externo para a verdade. Por isso, o “godelizar” fertilizou as racionalidades construtivistas e a percepção é vista mesmo como uma construção seletiva nossa, portanto, inacessível em termos de ontologia. Os resultados desses processos constroem o que colocamos como objeto. A informação é uma diferença que faz diferença: traçamos uma escolha em um universo de possibilidades. Diferenciar, pois, informa, gera ordem na complexidade, produz sentido. A informação ocorre no momento em que se diferencia algo, isto é, por se produzir uma diferença é que se informa, nem antes, nem

depois. Antes do ato de distinção nada conhecemos e, depois da diferença posta, já se sabe. Somente no momento da produção de uma diferença é que se produz informação.

Nesse sentido, Luhmann ensinou-me que a informação é uma ocorrência pontual, em curto período de tempo, dentro do espaço do possível e do necessário para seu aparecimento, que seleciona estados sistêmicos, o que só ocorre com base em estruturas, que limitam e preordenam as possibilidades de sua emergência. A informação pressupõe a estrutura, mas não é ela mesma a estrutura. A informação é somente uma espécie de ocorrência que atualiza o uso da estrutura, reduzindo a entropia, a complexidade, uma vez que anuncia uma seleção e deixa de lado possibilidades outras. Uma informação repetida não é mais informação. Por exemplo, quando se lê nessa páginas de fechamento algumas notícias já anunciadas no primeiro capítulo da tese, essa atividade não possui mais valor informativo, ainda que, estruturalmente, apresente a mesma seleção (de conteúdo), desaparece como ocorrência (a informação deu-se quando escrevi pela única vez). Aqui, se nada acrescento é mera redundância.

Nessa razão, saber o que é saber perpassou por observar o observador. A realidade confirmou-se ao se apresentar de modo pós-ontológico. Como uma construção possibilitada pelos multiníveis entrelaçados das estruturas do sistema observante em sua autorreferencialidade. Após essa primeira grande conclusão, consegui vincular suas aplicações ao direito moderno. Atentei que as luzes do palco, no qual o iluminismo estreou e pretendeu brilhar, não se apagaram. Na realidade, foram acesas, na minha perspectiva, tardiamente. Não me refiro às luzes dos próprios projetistas dessa modernidade ilustrada. Mas, falo do pensamento complexo luhmanniano sobre a modernidade desses modernos.

A partir dos estudos da teoria luhmanniana especificamente no âmbito jurídico, comecei a ver o velho obscurantismo retórico legitimador do direito moderno. E cairam as cortinas semânticas das imortais imutáveis universalidades do transcendentalismo jurídico. E se desmascaram os sujeitos cognoscentes em seus insustentáveis papéis racionais puros, nas vestes da distinção do sujeito/objeto. E, sob a poeira do que restou, o direito positivo, eu pude ver o cenário social fragmentado e policêntrico (não-hierarquizado), inconciliável com o roteiro fantástico da Ilustração.

O espetáculo de ilusões de igualdade, justiça, verdades e tantos eteceteras, incapaz de descrever os bastidores de uma sociedade moderna sem modernidade, perdeu seu cartaz. Em cena, o paradigma da sociedade funcionalmente diferenciada – porque não há superposição entre subsistemas sociais, apenas cada um tem sua função –, descreve o direito moderno mais um subsistema social de sentido, evidentemente, nos moldes que elucidamos antes,

autorreferencial e autopoiético. É o próprio direito que se produz e se reproduz pelo processo de suas operações de comunicação jurídica, especificamente, por meio de seu código binário direito e não-direito, complementado por programas condicionais de decisão (normas, leis e demais premissas de decisão do direito).

Aprendi que a diferenciação do direito passou a envolver dois pontos centrais. Primeiro, a especificação da sua função, orientação em direção a um problema social específico, estabilização de expectativas contrafáticas. Segundo, a codificação binária do valor positivo, direito (*recht*), e negativo, não-direito (*unrecht*). Essa observação do sistema jurídico, que fixa os limites do que é jurídico e do que é não-jurídico, não ocorre em nível da norma, mas da decisões diretivas, da adequação ao símbolo de uma ordem constitucional e dentro do procedimento jurídico, por meio da argumentação jurídica. Essa argumentação, todavia, pode até buscar fundamentos em valores transcendentes ao direito, fazendo parecer com que esses valores pertencem ao direito. A referência que era externa, quando incluída, argumentativamente, passa a estar e não-estar no sistema de referência.

Desse modo, percebi que se o código binário jurídico assegura a unidade operativa do direito e instrumentaliza a sua função, são os programas, a dogmática, que equilibram a invariância e rigidez do código binário. Estes permitem, por assim dizer, alargar o código, com a atribuição de valores (indicar em dado conflito quem ostenta ou não a expectativa conforme o direito ostentado). Sendo assim, representam chaves para a abertura cognitiva do direito, delineando que aspectos e em que ocasiões devem ser processadas suas cognições. Por isso, são programas com *status* normativo e que conferem uma qualidade normativa às expectativas.

Além disso, notei que, se, por um lado, o sistema social é ambiente do direito, por outro, todas as operações do direito, as comunicações jurídicas, efetuam-se dentro da sociedade. Nesse aspecto, o direito introduz um corte na sociedade, enquanto seu subsistema parcial, mas continua autônomo na produção de suas operações. Essa ambiguidade na relação entre direito e a sociedade conduz à conclusão de que não há direito *fora* da sociedade, apenas direito *na* sociedade. Afinal, o direito, mesmo independente operativamente, usa a mesma unidade mínima da sociedade, a comunicação (mas, diferenciada pela função jurídica).

O direito não foge à regra geral da "diferença que faz a diferença": a diferença de complexidade entre sistema/ambiente. É por essa "interação" que o sistema busca reduzir a complexidade, aumentar a própria variedade de sentido e confirmar sua consistência. Isso ocorre porque essa contínua adaptação com seu entorno é a forma de manter a sua ordem (pelo ruído, *order from noise*), em comum acordo, claro, com sua auto-organização. Por isso,

o direito é um evento anti-entrópico: está imerso em um ambiente, mas emerso sobrevive autotransformando-se (adaptando sua estrutura) pela dinâmica de diferenciação contínua entre ele mesmo e o ambiente.

O direito aprende ou evolui, mas sem carregar o fardo da função de integração social. Ele não perde a prestação regulatória, porém esta não é a sua função. O direito funcionalmente diferenciado apenas estabiliza contrafaticamente as expectativas normativas, por meio de regulação da generalização congruente das mesmas (na dimensão de sentido temporal, social, material).

A generalização de expectativas normativas estabiliza a segurança produzida, imuniza, enquanto são abstrações e indiferença. São "conchas seguras por natureza indecisas" (De Giorgi). Portanto, para garantir a força vinculante de um sistema jurídico contingente e mutável, obtém-se uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido. A recursividade operativa do direito autopoiético toma o lugar da legitimidade.

Sendo assim, toda estratégia do direito tem origem interna. O direito é descrito por operações de comunicação jurídica e não como um conjunto de regras que visam à justiça. A sua validez é uma comunicação que, quando da sua contextualização (legitimação), produz sentido sobre direito e não-direito, protegendo seus próprios limites, enquanto direito positivo. Portanto, as fronteiras são mantidas com a demonstração de uma comunicação, que se prove estar dentro do seu código, lícito, ou discrepante, ilícito. A realidade do Direito não se constrói por valores, normatividade do direito ou qualquer outra idealização: só por meio das suas operações jurídicas que reproduzem o sentido do direito e do não-direito.

Diante disso, vi o direito em sua tautologia: somente o direito comunica a respeito do que é direito e não-direito (lícito/ilícito). Este código simplesmente aduz que o direito não deve ser não-direito e que o não-direito não deve ser direito. Mas, quando se indaga sobre a sua própria conformidade ou desconformidade com o direito (quando aplicado a si mesmo), o código escancara o paradoxo, que consiste em dizer que é (ou não) conforme o direito, aplicando a distinção entre direito e não-direito.

Diante disso, ainda, vi o direito por meio dos seus paradoxo: com a operação de distinção que tematiza a parte do direito (da licitude), ao mesmo tempo, nega a si (a outra parte, a ilicitude), ou seja, o direito de um é o não-direito do outro. Não dirimindo, também, a controvérsia: quem tem direito a ter ou não ter direito em uma sociedade na qual todos, em tese, tem direitos. Como se não bastasse, revela-se no antagonismo: o direito de um não é o direito de outro. Mas, todos, em tese, contam com direito da sociedade, no senso temporal (atual/potencial) e no senso espacial (contexto histórico-social). Ainda, provoca a sua própria

desparadoxização: autoestrutura-se com seus programas de direito, ou seja, por meio de sua organização interna, cria condicionamentos do direito e do não-direito, estabelecendo expectativas normativas.

Em outras expressões, percebi que a positivação do direito acalentou o apreender e o reapreender cognitivamente expectativas normativas, pela simples vigência fática das normas. No vácuo das cargas normativas e pretensões consensuais fundantes, a legitimidade deslocou-se para os mecanismos usados para a tomada de decisão: a norma é funcionalmente esvaziada e a força vinculante concentra-se nos procedimentos decisórios. Frente às tantas demandas sociais, a complexidade deve ser reduzida pela estabilização de expectativas de expectativas, ou seja, estabilização de expectativas de comportamento pela aceitação generalizada das decisões. Se nem tudo são flores, nos restam só as expectativas!

O direito encurralado opera fuga no mesmo lugar, rompendo com o exílio por meio de saltos desparadoxalizantes em suas próprias condições fronteiriças. Recolhe-se, narcisisticamente indiferente aos olhares externos, na sua "paradoxite": a decisão valida as normas que fundamentam a sua validade enquanto decisão. Há a reentrada em si. Eis a autofagia do direito: o direito é força que morde a sua própria cauda de força para se fazer válido. Entendi que essas decisões são fechadas, pela referência operativa ao código binário, e abertas, pela referência argumentativa às informações exteriores ao sistema jurídico. Observei, pois, que a argumentação jurídica configura a assimetrização de paradoxos, propiciando saltos às referências externas: suportes para o fundamento ausente, criando a presença do ausente, cobrindo o paradoxo da "indecibilidade" (impossibilidade) da decisão.

Sendo assim, a incerteza circunda a decisão jurídica, já bastante pressionada pelo *non liquet* que busca recursos argumentativos a valores exteriores para suprir a ausência da possibilidade decisória (é o décimo segundo camelo narrado por Luhmann). É o chamamento do já visto terceiro exclusivamente incluído (em afronta ao *tertium non datur* aristotélico), pelo qual a observação jurídica assume-se pós-ontológica, já que o alheio (valores transcendentes ao direito) é incluído ao sistema de referência, dando a impressão que pertence ao direito. A referência externa, incluída argumentativamente, está e não está simultaneamente no direito (ontologicamente, é e não é!), mas tais valores lógicos externos é que tornam possível a decisão jurídica.

Observei que há um dispositivo no direito fundamental para promover o seu fundionamento, a memória. Esta mostrou-se como *modus operandi* que propicia a atualização recorrente, pelas interconexões propiciadas, entre as comunicações, que são consistentes para o direito. Ao mesmo passo que enlaça, ela desenlaça, funcionando na assimetrização da

simultaneidade temporal do estado de comunicação presente – que reúne em si a um só tempo todos os tempos –, pela oscilação entre esquecimento e recordação, pela distinção entre passado e futuro dos sentidos que fazem sentido ao direito atual, que é novamente calculado para calcular outros estados. Estes, por sua vez, seguirão a mesma dinâmica desse caminhar por entre as veredas da "dessimultaneização" temporal e da atualização de sentido, o que reflete na argumentação jurídica e, portanto, no processo de formação das estruturas e da própria dogmática jurídica.

Assim, percebi que ocorria a interrupção da atemporalidade das comunicações e a constituição do tempo sistêmico, ao passo, que há o sistema realizava testes de coerência das comunicações, que acontecem em razão daquilo que foi construído pelo sistema como realidade. A tarefa da memória é organizar um equilíbrio mutável de recordação e de esquecimento: esquece-se o suficiente para poder estabelecer novas lembranças e confrontar eventos, confirmando-as ou modificando-as de acordo com novas experiências. O sistema regula as relações de passado e de futuro, de redundância e variedade, de repetição e de novidade, das quais depende também sua capacidade de ignorar ou de reconhecer e aceitar surpresas.

Indubitavelmente, cada decisão repousa sobre uma dupla dimensão temporal e sobre uma projeção do tempo no tempo, que marcam uma diferença entre passado e futuro. O direito reforça-se como máquina histórica, que, a cada comunicação, transforma-se em outra máquina, e encontra nessa temporalização o fundamento de sua validade. O passado é enxertado no futuro e que o futuro é introduzido no passado. Mediante esses dois horizontes, a decisão determina a si mesma e seu tempo. O direito elabora dentro dele uma temporalização da complexidade, dividindo o tempo de forma a possibilitar uma referência a possibilidades que garantam o escopo de escolha necessário para a tomada de decisões.

Observei, também, que o direito vale-se, em geral, de redundâncias, porque representam medidas de conhecimento acerca de uma informação já existente, o que viabiliza a sequência comunicativa. Ao mesmo tempo, frente ao fluxo de demandas (ruídos), por vezes necessita alcançar outros planos de informações suplementares, é, nessa falta do sistema, que será benvinda as mudanças de tons, as possíveis variações. Na verdade, é o equilíbrio dessas modulações que fortalece as condições de possibilidade da própria autonomia e estabilidade dinâmica da *autopoiesis* sistêmica. Só redundância faria do direito um estrangeiro em seu ambiente social, e, portanto, alheio demais para suportar sua própria autorreferencialidade, que vincula-se às constantes diferenciações (de si e com o entorno). Variação em demasia, opostamente, seria a diluição da autenticidade do direito, seria a força entrópica ambiental

colpsando suas seleções em amiúde dissipação. Por isso, somente em tom de harmônica-oscilação desses caminhos argumentativos, de continuidades e de descontinuidades, no compasso do eternamente remontante "*Canon per Tonos*" de Bach é que se pode pensar em uma imagem evolutiva da dogmática, do direito.

Com a visão de que a memória funciona como abertura e fechamento do sistema, que forma um direito entre redundância e variação, passei a perceber que na dogmática penal, a vítima também oscilava nas operações do sistema de imputação penal. Então, resgatei algumas formações semânticas propriciadas pela Vitimologia e me deparei com a coexistência de vítimas passivas e relacionais. Além de tantas outras classificações que, em geral, ocorreram exatamente porque a vítima se tornava vítima de sua própria disposição de seus bens. Essas classificações promoveram o estímulo para o desenvolvimento das tendências de estudo propriamente dogmático sobre o comportamento da vítima. Nesse âmbito, conclui que sua atitude é fundamentada como reflexo de sua autonomia, de sua autorresponsabilidade, sua dignidade.

Na realidade, ao estudar as teses em favor da consideração da vítima, percebi sempre essa remissão à dignidade humana, à visão kantiana, mas poucos casos narrados coincidiam com essa decisão propriamente da vítima de renúncia de seus direitos. O que quero dizer é que vi casos narrados por Roxin em que a vítima, por exemplo, optava por morrrer, por compartilhar seringas em grupos de uso de drogas, expondo-se ao risco de morte pela droga e de contaminação eventual por doenças. Mas, em situações outras, senti falta de uma diferenciação de casos, em que na verdade não se tratam de uma decisão de correr riscos da própria vítima, mas uma suposição sobre seu descuido.

Todavia, a minha intenção não era apronfundar esse pensamento, era entender o que havia sido criado pelos doutrinadores, o que entre eles coincidia e que moldura havia em termos de argumentação entre os mesmo. Ou seja, queria entender como vinha sendo formada uma matriz funcional no direito penal brasileiro sobre a conduta da vítima. O resultado que apresentei e aqui reforço foi: via de regra a ideia é considerar que a partir do conhecimento e/ou controle da vítima em relação à situação, considera-se a sua capacidade de decisão autorresponsável, como fator de não incidência do tipo penal. A partir da autonomia da vítima o direito penal analisa a causalidade e retira a proteção dessa vítima livre, autônoma, consciente, digna de optar pelo risco e eventuais ofensas a seus bens. Houve variações em relação ao modo de estruturar a tese, quero dizer, cada autor inventa uma nuance semântica diversa, mas o modo geral de pensar entre os teóricos principais é de expandir à análise da tipicidade às decisões autorresponsáveis da vítima.

No entanto, deparei-me com uma legislação penal brasileira em dissonância com esse pensamento funcional sobre a vítima. O nosso Código Penal paralisado no pensamento finalismo, ainda, trabalha com ideias que não correspondem ao cenário de complexidade da sociedade moderna. Assim, por óbvio, as considerações legais sobre a conduta da vítima encontram-se no restrito âmbito do consentimento como causa supralegal de excludente da ilicitude e como circunstância judicial de aplicação da pena, podendo esparsamente haver outra menção à provocação da vítima, mas sempre se considerará tal atitude na organização da sentença penal.

Isso me fez pensar que o sentido criado pelos doutrinadores, na década de oitenta, não atingiram o pensamento legislativo brasileiro, motivo pelo qual eu considerei que as observações legislativas são surpresas, embora anacrônicas, quando comparadas às informações que se repetem dentro de um pensamento funcional. A contrário senso, as informações do pensamento funcional, dos doutrinadores, foram tratadas, pois como redundantes. Porque exatamente tinha uma perspectiva que repetia aquela ideia de conjugação da autorresponsabilidade com a não abrangência da atitude da vítima pelo tipo penal.

Passei à análise do que considerei como visão central do papel da vítima pelo sistema jurídico brasileiro. Dediquei-me a estudar a jurisprudências do STJ e dos Tribunais estaduais brasileiros. Encontrei muitas decisões que consideraram a vítima na resolução do caso penal, mas selecionei as situações que traziam segmentos linguísticos ou semânticas inventadas pelos chamados observadores de primeira ordem. Ou seja, analisei casos que traziam as ideias da "autocolocação da vítima em risco", da "heterocolocação consentida", do "consentimento do ofendido", "do princípio da identidade entre autor-vítima" etc. O que encontrei em maior volume foi a utilização do termo roxiniano "autocolocação". Os crimes em que esse termo era recorrente disseram respeito aos delitos culposos ocorridos no tráfego de veículos automores. A justificação da exclusão da tipicidade centrou-se na autorresponsabilidade da vítima e na ideia de que ela deveria agir em atenção a deveres de cuidado. Além do que, os tribunais vinculavam essa ideia do dever da vítima de se cuidar ao princípio da confiança que o suposto autor tinha direito. Não lhe sendo exigível prever uma conduta imprevisível, como eram consideradas a conduta da vítima.

Apresentei outros resultados no corpo do capítulo sobre as observações da vítima. Mas, como a tese tinha como objeto central verificar à luz do construtivismo e da teoria dos sistemas, como o papel da vítima pode ser observado, indico o resultado final: a noção central, dos tribunais, sobre a conduta da vítima, corresponde à operação de redundância. Porque reproduz as informações dos doutrinadores originários, mormente à luz da teoria

roxiniana. Há uma tendência bastante forte dessa redundância nos crimes culposos na condução do veículo automotor. Há uma associação entre a autocolocação e o princípio da confiança. Há uma consideração da imputação penal para além da proteção exclusiva de bens jurídicos.

Os observadores de segunda ordem valeram-se de remissões dos primeiros observadores e repetiram à ideia da matriz funcionalista do direito penal. Porém, afora, os casos dos delitos citados, vi aquela oscilação harmônica, inerente aos mecanismos evolutivos do sistema jurídico, qual seja: o direito penal oscilando entre repetição, considerando a conduta da vítima como reflexo de sua autorresponsabilidade, excluindo a tipicidade; e o direito penal oscilando entre a variação, considerando a conduta da vítima dentro dos moldes finalísticos, pela dosimetria da pena.

Sendo assim, a ideia de verificar sistemicamente o funcionamento da dogmática penal da vítima encontra sua observação na contingência, na ondulação, na composição labiríntica. A dogmática apresentou-se como autorreflexão do direito, no intuito de especificar sentidos e na tentativa de corrigir possibilidades de desvio, como auxílio ao princípio do *non liquet* e tentativa de dar fluidez ao código binário. Configura-se como inegáveis pontos de partida que levam a si mesmos por caminhos que se bifurcam entre: a certeza da incerteza sobre o hermetismo argumentativo e interpretativo (porque é labiríntica) e a incerteza da certeza da segurança jurídica (porque tudo pode ser de outro modo).

Entre labirintos e desilusões, não vi o tempo do direito passando e, assim, construindo uma memória. Apenas observei as estruturas jurídicas a transladar-se entre reentradas do tempo presente (inventado entre passado e futuro) no tempo presente (inventado entre passado e futuro). Não vi a vítima no passar do tempo do direito penal, construindo uma memória da vítima de crime. Apenas observamos a estrutura de passividade da vítima a transladar-se para áreas de confins com outras classificações vitimais. Foi nesse passo que insurgiram comunicações variantes que se condensaram sob a semântica de vítimas relacionais, vítimas contributivas, vítimas cooperativas, vítimas participativas, vítimas colaborativas e assim por diante. Todas vítimas de sua própria influência na etiologia do crime. Vi, portanto, a dogmática da vítima invadir os debatos espanhóis e alemães, desdobram-se em tendências plurais, que invadiram nosso judiciário. O que confirma que as comunicações remetem a outras comunicações reiteradamente.

Observei que o direito não precisa, assim, o fio de Ariadne para passear, pois parece conseguir acompanhar uma linha ou controlar-reduzindo várias, que se definem, mas também se perdem neste labirinto argumentativo de construção dogmática. Na medida em que tudo

remete para horizontes plúrimos, a experiência semântica do mundo é proliferante: o sentido é sentido como excedente de remissões e a dogmática moderna confirmada, ao final de tudo, pelas decisões, é reflexo dessa rede de argumentações jurídicas labirínticas.

Essa é a imagem da realidade do direito, da consideração da vítima pelos observadores dentro do sistema penal brasileiro, aquela de "o jardim de veredas que se bifurcam", entre redundância e variação. Para além do fascínio estético dessa imagem-metáfora, ela funciona para evidenciar a ausência de um centro, o que criativamente tem uma vantagem estratégica, que salta aos olhos: é uma rede que pode se ramificar em múltiplas direções, em que cada ponto seria articulado com outros pontos (eis os fractrais), ou, ainda, cada bifurcação, cada nó da rede, leva a outros, na sucessão de escolhas sempre contingentes.

O segredo desses labirintos é manter o truque em segredo, ou seja, o importante é manter às ocultas o truque dessa paradoxalidade de um direito sem saída porque toda saída lhe é de direito. Afinal, assim como o minotauro, que, possivelmente, conhecia a saída de seu próprio labirinto, mas permanecia prisioneiro de seu próprio edifício, o sistema jurídico sobrevive na dependência de sua paradoxalidade.

> *Nunca cessaremos de buscar, e, no entanto, a meta de todas as nossas buscas será retornar ao ponto de partida e conhecer esse lugar pela primeira vez.*
>
> *(T.S.Elliot)*

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. Poema de Sete faces. **Alguma poesia**. Posfácio Eucanaã Ferraz. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: escorço de configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALCOVER, P.G. ***El derecho en la teoria de la sociedade de Niklas Luhmann***. Barcelona: Bosh, 1993.

AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica I**. Coord. de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Petrópolis: Loyola, 2006.

ARNAUD, André-Jean, LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann** – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

ASHBY, Ross W. ***Introduzione alla cibernetica***. Eunadi: Torino, 1971.

ASHBY Ross W. *Requisite variety and its implications for the control of complex systems*, In: **Cybernetica** 1/2, p. 83-99;

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.p.129.

ATLAN, Henri. *Sul rumore come principio di auto-organizzazione*. In: MORIN, Edgar. ***Teorie dell'evento***. Milano: Bompiani, 1974.

ATLAN, Henri. ***A Tort et à Raison. Intercritique de la science e dua mythe***. Paris: Éditions du Seuil, 1986.

ATLAN, Henri. **Entre o cristal e a fumaça: ensaio sobre a organização do ser vivo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

ATLAN, Henri. *Complessità, disordine e autocreazione del significato*. In: BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro. ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007.

BARALDI, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Glosario sobre la teoría de Niklas Luhmann.*** México: Universidad IberoAmericada, 1996.

BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena. ***Luhmann in glossário.*** *I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: Franco Angeli, 2000.

BARNES, Barry. *Social life as bootstrapped induction*. In: ***Sociology***. vol. 17, n.4, 1983, p. 524–545.

BARRETO, TOBIAS. **Introdução ao Estudo do Direito**. Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BATESON, Gregory, RUESCH, Jurgen. ***Comunication the social matrix os psychiatry***. New York: W.W.Nortn e Company Inc., 1951.

BATESON, Gregory. ***Steps to na Ecology of Mind***. New York: Ballantine Books, 1972.

BATESON, Gregory***. Verso un'ecologia della mente***. Milano: Adelphi, 1976.

BATESON, Gregory. ***Mente e Natura***. *Un'unità necesaria.* Milano: Adelphi, 1984.

BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidade***. Barcelona: Paidós, 2001.

BERISTAIN, Antonio, DE LA CUESTA, José Luis (ed.). ***Victimología***. San Sebastián, 1990.

BERISTAIN, Antonio. ***Victimología.****Nueve palabras clave*.Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BERKELEY, George. ***Tratado sobre los princípios del conocimento humano***. Madrid: Gredos, 1982.

BETTIOL, Giuseppe. ***Diritto Penale***. *Parte generale*. Milano: Giuffré, 1958.

BERTALANFFY, Ludwig von. ***La teoria dei sistemi.*** Milano: Franco Angeli, 1989.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas –** fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2015.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulinas, 1976.

BLAKE, William. ***Complete writings of William Blake: with variants Reading***. Oxford: Oxford University Press, 1966.

BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro. ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007.

BONET ESTEVA, Margarita. ***La víctima del delito****: la autopuesta em peligro como causa de exclución del tipo de injusto*. Traduccion de Alfredo Chirino Sánchez. Madrid: Ciências Jurídicas-McGraw Hill, 1999.

BORGES, Jorge Luis. ***Fervor de Buenos Aires.*** Buenos Aires: Emecé, 1923.

BORGES, Jorge Luis. ***El Libro de los seres imaginarios***. Buenos Aires: Emecé, 1978.

BORGES, Jorge Luís. **Universal da Infâmia**. Lisboa: Assírio e Alvim, 1982.

BORGES, Jorge Luis. ***Ficciones***. Madrid: El Mundo, 2001.

BORGES, Jorge Luis. O idioma analítico de John Wilkins. In: **Outras inquisições**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BORGES, Jorge Luis, GUERRERO, Margarita. ***El "Martín Fierro"***. Madrid: Alianza Editorial, 2008

BORGES, Jorge Luis. ***L'Aleph***. Milano: Feltrinelli Editore, 2008.

BORGES, Jorge Luis. **O outro, o mesmo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BORGES, Luis Jorge. **Borges, oral & sete noites**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BORGES, Jorge Luís. O livro de areia (p.95-99). In: **O livro de areia**. São Paulo: MEDIAfashion (Coleção Folha), 2012.

BOUCAULT, Carlos; RODRIGUEZ, José**. Hermenêutica plural:** possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Forense.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BUSTOS RAMIREZ, LARRAURI PIJOAN. ***Victimologia:*** *presente y futuro* (*hacia um sistema penal de alternativas*) Barcelona: PPU, 1993.

CAGLI, Silvia. ***Condotta della vittima e analisi del reato***: profili problematici e di teoria generale, p.1148-1193. In: ***Revista italiana di diritto e procedura penale***. Nuova Serie a.43 n.3.Ano XLIII (Luglio-Settembre), Milano: Giuffrè, 2000,

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 9, n. 107, p. 7-9, out. 2001, p. 30-31).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico, decisão judicial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAMPOS, Augusto de. **Paul Valèry: a serpente e o pensar**. Brasília: Brasiliense, 1984.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Reflexiones sobre la victodogmatica en la teoria del delito*. In: **Revista brasileira de Ciências Criminais**. v 25. p.23-57. São Paulo: RT, 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Líneas Básicas de la Teoria de la Imputación Objetiva***. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ***Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal.*** *Estudio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima e autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Alexandre Victor. Vítima e Dogmática, In: SÉGUIN, Élida. **Vitimologia no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTANEDA, Carlos. ***Viaggio a Ixtlan: le lezioni di Don Juan***. Milano: BUR Saggi, 2000.

CEVOLINI, Alberto. *Presentazione*. In: LUHMANN, Niklas. ***Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli***. Roma: Armando Editore, 2013.

CLAM, Jean. ***Droit et societè chez Niklas Luhmann:*** *la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

CORSI, Giancarlo. **Levando o indivíduo a sério**. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. p. 181-198. Tempo sociológico. Revista da USP. vol.27 n.2. São Paulo Jul/Dec. 2015.

CORSI, Giancarlo. *On paradoxes in constitutions*. In: FEBBRAJO, Alberto, CORSI, Giancarlo. ***Sociology of constitutions***: *a paradoxical perspectives*. New York: Routledge, 2016, p. 11-29.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CULLETO, José Guillermo. **Análise da tradução para o português do poema "El Viejo Vizcacha", do livro *La Vuelta de Martín Fierro,* de José Hernández**. p.10. Disponível em https://nanopdf.com/download/analise-da-traduao-para-o-portugues-do-poema-el-viejo-vizcacha_pdf. Acesso: 20 janeiro 2019.

D'ABRO. A. ***The rise of the physics.*** Vol. 1. New York: Dover Press, 1951.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. ***Scienza del diritto e legittimazione***. *Critica dell'epistemologia giuridca tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: PensaMultimedia, 1998.

DE GIORGI, Raffaele, MAGNOLO, Stefano. ***Mondi della società del mondo***. Lecce: PensaMultimedia, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade do risco. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DE GIORGI, Raffaele, LUHMANN, Niklas. ***Teoria della società.*** Milano: FrancoAngeli, 2008.

DE GIORGI, Raffaele. ***Temi di Filosofia del Diritto I***. Lecce: Pensa MultiMedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. ***Temi di Filosofia del Diritto II***. Lecce: Pensa Multimedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. O desafio do juiz constitucional. In: **Campo Jurídico**. Vol.3. n.2. p.107-120. Outubro de 2015.

DE GIORGI, Raffaele. A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas. In: **Direito.UnB**. Maio /Agosto de 2016.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação.** Crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017.

DE GIORGI, Rafaelle. Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. In: **Opinião Jurídica**. p.324-340. Fortaleza. Ano 15. N.20. jan-jul. 2017.

DEL TUFO, Valeria**.** ***Profili critici della vittimo-dommatica***. *Comportamento della vittima e delitto di truffa.* Napoles, Jovene Editore, 1990.

DEQUINCEY, Thomas. ***De l'assassinat considere comme um des Beaux-Arts***. Gallimard, Paris, 1963.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei** – o "fundamento místico da autoridade". São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DÍAZ, Cláudia López. ***Introducción a la imputación objetiva***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

DIAZ, Miguel, CONLLEDO, Garcia (et. al.) ***Relevancia de la actuacion de la victima para la responsabilidade penal del autor.*** (p.45-86). Universidad de León. 2004.

DIEZ RIPOLLES, José Luís (et.al.). ***La ciência del Derecho Penal ante el nuevo siglo***: *libro homenaje al professor doctor José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

DOSTOEVSKIJ, Fèdor. **Os demônios**. São Paulo: Editora34, 2013.

DOUGLAS R. Hofstadter. ***I am a Strange Loop***. New York: Basic Books, 2007.

DRAPKIN, Israel. El derecho de las víctimas. *In:* **Anuario de derecho penal e ciencias penales**. Madrid, 1980.

DÜRRENMATT, Friedrich. **Giustizia**. Milano: Adelphi, 2011.

EDDINGTON, Arthur. ***Guide to philosophy***. New York: Dover Publication, 1936.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. **A Evolução da Física**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

EINSTEIN, Albert. **Escritos da maturidade**: artigos sobre ciência, educação, religião e simultaneidade, a propósito da teoria de Einstein. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

EINSTEIN, Albert. ***Pensieri degli anni difficili***. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.

ERNST, Bruno. ***The magic mirror of Maurits Cornelis Escher***. New York: Random House, 1976.

ERNST, Bruno. ***Lo specchio magico de Mautits Cornelis Escher***. Colônia: Taschen, 2018, p. 25); para visualizar *online* a referida gravura *vide*: **CIÊNCIASULISBOA**. Disponível em https://webpages.ciencias.ulisboa.pt/~ommartins/seminario/escher/ 3esferas2.html. Acesso em: 06 de junho de 2018.

ESPOSITO, Elena. ***L'operazione di osservazione***. *Costruttivismo e teoria dei sistemi socieali*. Milano: Franco Angeli, 1992.

ESPOSITO, Elena. *Olvido social: una aproximación desde la teoría de sistemas*. In: ***REVISTA MAD***. Santiago, 2018.
ERWIN, SCHORÖDINGER. Ciência e Religião. In: **O que é a vida?** O aspecto físico da célula vida. Mente e Matéria e Fragmentos Autobiográficos. São Paulo: UNESP, 1997.

FATTAH, Ezzat. ***La victime est-elle coupable?*** Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1971.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. ***Imputación objetiva en Derecho penal***. Lima: Grijley, 2002.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. ***Teoria da imputação objetiva:*** estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. ***Diritti fondamentali***: um dibattito teórico. Roma-Bari: Laterza, 2001.

FEBBRAJO, Alberto. ***Funzionalismo Strutturale e Sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann***. Milano: Giuffrè Editore, 1975.

FEBBRAJO, Alberto (*et.al.*). **Justiça**. Dos sistemas às redes. Paradigmas da modernidade. São Paulo: Almedina, 2020.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1980.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FREGE, Gottlob. *The basic laws of arithmetic: exposition of the system*. Berkeley: University of California Press, 1967.

FOERSTER, Heinz von. ***Sistemi che osservano***. Roma: Astrolabio, 1987.

FOERSTER, Heinz von. *A constructivist epistemology*. In: ***Cahiers de la fondation archives Jean Piaget***. n.2/3, Genebra, 1992.

FOERSTER, Heinz von. *Ethics and second-order cybernetics*. In: ***Cybernetics and Human Knowing***, 1/1, 1992.

FOERSTER, Heinz von. BERHNARD, Pörksen. ***La verità è l'invenzione di um bugiardo***. ***Colloqui per scettici***. Milano: Meltemi Editore, 2001.

FOERSTER, Heinz von. ***Las semillas de la cibernética***. Barcelona: Gedisa, 2006.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: **Obras completas** - totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GADAMER, Hans Georg. ***Philosophical hermeneutics***. Berkeley: Universty of Californi Press, 1976.

GADAMER, Hans Georg***. Verità e Metodo***. Milano: Bompiani, 1983.

GARCÍA CAVERO, Percy. ***Derecho penal económico***. *Parte general*. Lima: *Grijley*, *2007*.

GARVIN, Paul. ***Cognition: a multiple view***. New York: Spartan, 1969.

GEYER, Felix, ZOUWEN, Johannes van der. ***Sociocybernetic paradoxes****: observation, control and evolution of self-steering systems*. Londres: Sage, 1986.

GLASERFELD, Ernst von. ***Il costruttivismo radicale.*** *Una via per conoscere e apprendere*. Roma: Odradex, 2015.

GÖDEL, Kurt. ***Obras completas***. Madrid: Alianza, 2006.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A* ***Autocolocação da Vítima em Risco***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRIMAL, Pierre. *Diccionario de mitologia. Grieca y Romana*. Barcelona: Paidós, 1981.

GULOTTA, Guglielmo. ***La Vittima***. *Collana di Psiciologia giuridica e criminale*. Milano: Giuffrè editore, 1976.

GÜNTHER, Gotthard. *Life as Poly-Contexturality*. In: ***Vorkender***. S.d. Disponível http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontexturality.pdf Acesso em: 10 fev 2019;

HEISENRG, Werner Karl. **A imagem da natureza na física moderna.** Lisboa: Livros do Brasil, 1955.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedric. ***Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*** (1817). A cura di Benedetto Croce. Roma-Bari: Laterza, 1984.

HEISENBERG, Werner Karl. **Física e filosofia**. Brasília: Unb, 1995.

HENTIG, Hans von. ***The criminal and his victim*** *(1948). Studies in the sociobiology of crime*. New York: Schocken Books, 1979.

HIRSCH, Andrew von. **Paternalismo direto**: autolesões devem ser punidas penalmente? In: **RBCCRIM**. N.67. julho-agosto de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais,2001.

HOFSTADTER, Douglas Richard. **Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

HÖSLE, Vittorio. ***Il sistema di Hegel***. A cura di Giovanni Stelli. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2012.

HUGHES, Patrick, BRECHT, George. ***Vicious circles and infinity***. ***A Panoply of paradoxes***. London: Jonathan Cape, 1976.

HUGHES, Patrick, BRECHT, George. **Círculos viciosos e infinitos**. **Antologia dos Paradoxos**. Lisboa: Gradiva, 1993.

IZUZQUIZA, Ignacio. ***La sociedade sin hombres.*** *Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 2008.

JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Traducción Manuel Cancio Meliá. In: ***Estudios de derecho penal***. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. ***Derecho penal***. *Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995).

JAKOBS, Günther. ***Injerencia y dominio del hecho***. *Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*. Traducción Manuel Cancio Meliá, 2001, p.15-16.

JAKOBS, Günther. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.*** Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoó Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, principalmente, p.20 e ss.

JAKOBS, Günther. ***Derecho penal***. *Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva en Derecho penal***. Traducción Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997.

JAKOBS, Günther. ***Fundamentos do direito penal.*** Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

JAKOBS, Günther, CALLEGARI, André Luís, CANCIO MELIÁ, Manuel, LYNETT, Eduardo Montenegro. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JHERING, Rudolf von. Prefácio. In: **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo I. Buenos Aires: Editorial S.A, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La llamada victimologia*. In: ***Estudios de Derecho Penal y Criminología***. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1961.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAUFFMAN, Louis H. *Self-reference and recursive forms.* In: ***Journal Social Biological Structure***. n 10, 1987.

KIERKEGAARD, Sören A. **O Conceito de Angústia**. Rio de Janeiro: Vozes de Bolso, 2010.

LESCH, Heiko H. ***Intervención delictiva e imputación objetiva***. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1995-30091100972. Acesso: 04 janeiro 2019.

LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. Rio de Janeiro: ArteNova. 1973.

LISPECTOR, Clarice. **Um sopro de Vida (Pulsações)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978.

LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o direito de punir (p. 43-49). **Outros Escritos**. Organização de Teresa Montero e Lícia Manzo. Rio de Janeiro: Rocco, 2005

LISPECTOR, Clarice. **A paixão segundo G.H**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). ***El Funcionalismo en Derecho Penal***. *Libro Homenaje al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.71- 90.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

LUHMANN, Niklas. ***Ilustración Sociológica y otros ensayos***. Buenos Aires: SUR, 1973.

LUHMANN, Niklas. ***Sistema giudirico e dogmatica giuridica***. Bologna: Il Mulino, 1978.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. ***Illuminismo sociologico***. Vol 1. Milano: Il Saggiatore, 1983.

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

LUHMANN, Niklas. ***Struttura della società e semantica***. Roma-Bari: Laterza, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** Vol 2. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. ***Essays on Self-Reference***. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, NIKLAS. ***La differenziazione del diritto***. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, NIKLAS. ***Sistemi sociali***. *Fondamenti di uma teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. In: **Revista Sequência**. n.28. Ano 15. Jun.1994.

LUHMANN, Niklas. *Deconstruing as Second-order observing* (p-763-782). In: ***New Literary History***. Vol.24. n.4. Johns Hopkins University Press.

LUHMANN, Niklas. ***Osservazioni sul moderno***. Roma: Armando Editore, 1995.

LUHMANN, Niklas. ***Introduccíon a la teoría de los sistemas***. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana,1996..

LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general***. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. ***Organizzazione e decisione***. Milano: Bruno Mondadori, 2000.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três desdobramentos. In: **Themis**, vol. 3, n.1, p. 153-161, Fortaleza, 2000.

LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit.* In***: Droit et Societè***. n.47, 2001.

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

LUHMANN, Niklas***. I diritti fondamentali come istituzione***. A cura e introduzione di Gianluigi Palmbella e Luigi Pannarale. Traduzione Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. ***La sociedad de la sociedad***. México: Herder/Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. ***Conoscenza come costruzione***. Roma: Armando Editore, 2007.

LUHMANN, Niklas.***La sociedad de la sociedad***. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. ***Risk: a Sociological Theory***. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswich (USA)-London (UK): Aldine Transaction, 2008.

LUHMANN, Niklas. ***Potere e complessità sociale***. Milano: Il Saggiatore, 2010.

LUHMANN, Niklas. ***Il diritto della società***. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

LUHMANN, Niklas. ***Theory of society I***. Stanford: Stanford University Press, 2012

LUHMANN, Niklas. ***Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli***. Roma: Armando Editore, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. ***Che cos'è la comunicazione***. A cura de Alberto Cevolini. Milano: Mimesis, 2018.

LUHMANN, Niklas. **A causalidade do Sul**. s.d. (texto enviado pelo revisor da tradução, professor. Raffaele De Giorgi).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Curso de derecho penale***: *parte general I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. ***Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad.*** *Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. *Nuevo Foro Penal*, *n.* 74, enero-junio 2010, p. 58-80. Universidad EART.

MACHADO DE ASSIS, José. A chinela turca. In: **Papéis Avulsos**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1997.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. In: **Revista de direito comparado**. v. III. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MAIER, Michael. ***Atalanta Fugiens, hoc est Emblemata Nova de Secretis Naturae Chymica***. Oppenheim: De Bry, 1618.

MANZANERA, Luiz Rodríguez. ***Victimología: estudio de la víctima***. México: Porrúa, 1990.

MANTOVANI, Fernando. ***Diritto Penale: Parte generale***. 5. ed. Padova: Cedam, 2007.

MATURANA, Humberto, Varela, Francisco. ***L'albero della conoscenza***. Milano: Garzanti, 1984.

MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***Autopoiesi e cognizione***. ***La realizzazione del vivente***. Venezia: Saggi Marsilio, 1985.

MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***Macchine ed esseri viventi. L'autopoiesi e l'organizzazione biológica***. Roma: Astrolabio, 1992.

MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. ***La realidad: ¿objetiva o construida?*** Volume 2. Barcelona: Anthropos Editorial, 1995.

MATURANA, Humberto**.** ***La objetividade: un argumento para obligar***. Santiago: Dolmen, 1997.

MATURANA, Humberto. **Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto. ***Cognição, ciência e vida cotidiana***. Tradução Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. ***El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano***. Buenos Aires: Lumen, 2003.

MAWBY, Robert I., WALKLATE, Sandra. ***Critical victimology: international perspectives*****.** London, 1994.

MIR PUIG, Santiago (et al.). ***Política criminal y reforma del derecho penal***. Bogotá; Temis, 1982.

MORENO, Myriam Herrera. ***La Hora de la víctima. Compendio de Victimología***. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

MOURA BITTENCOURT, Edgar de. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971.

MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

NAFARRATE, Javier Torres, MANSILLA, Darío Rodriguez. ***Introduccíon a la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann***. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2008.

NEUMANN, Elias. **Victimología**. *El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

NICOLESCU, Basarab. **Educação e transdisciplinaridade**. Brasília: UNESCO, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Escalla, 1974.

NOVAES, Adauto, DUPUY, Jean-Pierre, SANTOS, Laymert Garcia *et al*. **Mutações: novas configurações do mundo.** Curitiba: Edições Sesc, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, *s.d.*

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. Novos rumos da vitimologia: o crime precipitado pela vítima. *Boletim* **IBCCRIM**. São Paulo, v.9, n.107, p. 17, out. 2001.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**. O crime precipitado ou programado pela vítima. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLHAR BUDISTA. **67 Koans Zen**. 2017. Disponível em: https://olharbudista.com/2017/02/09/67-koans-zen/. Acesso em: 22 set 2018);

ORTEGA, Pilar. *La víctima: aspectos sustantivos y procesales* In: ***Cervantes Virtual***. Disponível em: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13560842112138384122202/0. Acesso em: 20 ago de 2016.

PAASCH, Fritz R. *Problèmes fondamentaux et situation de la victimologie*. *In*: **Revue Internacionale de Droit Pénal**. n. 1 e 2. 1967.

PAOLI, Roberto. *El Aleph: bifurzioni di lettura*. In: ***Percorsi di Significato***. Firenzi: Univesità di Firenzi, 1977.

PARSONS, Talcott. ***Sistemi di società II: le società moderne***. Bologna: Il Mulino, 1973.

PIAGET, Jean. ***La costruzione del real nel bambin***o. Firenze: La Nuova Itália, 1973.

PIAGET, Jean. ***La construccion de lo real en el niño*.** Barcelona: Crítica, 1989.

PIAGET, Jean, CHONSKY, Noam. ***Language and learning***. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

PEDRAZZI, Cesare. ***Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio***. Milano: Giuffrè, 1995

PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PLANCK, Max. ***Where is Science going?*** New York: Norton, 1932.

PLATÃO. **Diálogo – Crátilo: ou da Justeza dos Nomes/ou Sobre a correção dos nomes**.

POLAINO-ORTS, Miguel, KINDHÄUSER, Urs,, CORCINO BARRUETA, Fernando E., NAVARRETE, Miguel Polaino. ***Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal.*** Lima: Grijley, 2009.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas.** Tempo, Caos e Leis da Natureza. São Paulo: UNESP, 1996.

PRIGOGINE, Ilya. **Quatro leis do caos.** São Paulo: UNESP, 1996.

PRIGOGINE, Ilya. *L'esplorazione della complexità*. In: OCCHI, Gianluca e CERUTI, Mauro**.** ***La sfida della complessità***. Milano: Bruno Mondadori, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. *La resurrección de La víctima em La teoria penal. In:* ***La víctima en el sistema penal.*** *Dogmática, proceso e política crimina*l. Lima: Grijley.

PRITTWITZ, Cornelius. *Contribution de la victimologie aux sciences criminelles*. In: ***Revue de Droit Penal et Criminologie***. 1959.

RAMÍREZ, Juan, LARRAURI, Elena Pijoan. ***Victimología***: *presente e futuro*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

RIVETTI BARBÒ, Francesca. ***La antinomia del mentitore. Da Peirce a Tarski***. Milano: Jaca Book, 1986.

ROCHA; Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRÍGUEZ, Darío, ARNOLD, Marcelo. ***Sociedade y teoría de sistemas***. Santiago: Editorial Universitaria, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha, BARBOSA, Samuel *Rodrigues* (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**. A função social da dogmática hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão** – veredas. Volume II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994

ROXIN, Claus. ***Derecho penal. Parte General***. t.I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conllevo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. O injusto penal e o risco não permitido. In: **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *La polémica em torno a la heteropuesta em peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidade en derecho penal*. In: ***Indret***. N.4. 2013.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUSSELL, Bertrand. *Principles of mathematics*. Oxford: Taylor & Francis, 2009.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SAUSSURE, Ferdinand de. ***Cours de linguistique générale***. Paris: Payot, 1984.

SCHAFER, Stephen. ***Victimology: the victim and his criminal***. Virginia: Reston Publishing Company, 1977.

SCHRÖDINGER, Erwin. **O que é a vida?** O aspecto físico da célula vida. Mente e Matéria e Fragmentos Autobiográficos, São Paulo: UNESP, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Teoria de la imputación objetiva*. *In*: **Revista de política criminal e ciências penais**. n. I, especial. Mexico, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. ***Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.*** Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas. In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEGAL, Lynn. ***Le rêve de la réalité***. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

SÉGUIN, Élida. **Vitimologia no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SERRES, Michel. ***Le Parasite***. Paris: Grasset, 1980.
SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SILONE, Ignazio. *Un pezzo di pane*. In: ***Una manciata di more***. Milano: Mondadori, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Luciano Nascimento, DEL BENE, Caterina. **Filosofia do Direito**. **Livro I**. Estudos do *Centro di Studi sul Rischio dell'Università del Salento*, Itália, dos profs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria**.** ***La victimodogmática en el derecho extranjero***. VIII Cursos de Verano em San Sebastian. San Sebastian: Servicio Editorial Universidade del Pais Vasco;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria . *La consideración del comportamiento de la víctima em la teoria jurídica del delito*. *Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática*. In: **RBCCRIM.** Vol 34. Ano 9 abril-junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOARES, Jô. **O homem que matou Getúlio Vargas**: biografia de um anarquista. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.2 e 324-326.

SPENCER-BROWN, George. ***Laws of form***. New York: Bantam Books, 1973.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

STEINMETZ, Wilson, OHLWEILER, Leonel Pires. **Direitos fundamentais.** Canoas: Ulbra, 2007.

STEINER, George. **A gramática da criação**. Tradução de Sérgio Augusto de Andrade. São Paulo: Globo, 2003

TAMARIT SUMALLA, Josep M. ***La víctima em el derecho penal***. *De la víctimodogmática a uma dogmática de la víctima*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988.

TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TORIO LOPEZ, Ángel. *Significacion dogmática de la compensacion de culpas, en derecho penal.* In: **Estudios penales en memória el profesor Agustín Fernandes-Albor**. Santiago de Compostela, 1989.

VANDERSTRAETEN, Raf. *Parsons, Luhmann and the Theorem of Double Contingency*. In: ***Journal of Classical Sociology***. vol 2(1) p.77-92. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/55796218.pdf. Acesso: 14 nov 2017.

VOCABULARIO. In: ***TreccaniIstitute***. Disponível em: http://www.treccani.it/vocabolario/frattale. Acesso em 30 julho de 2018); ou ver o Anexo desta tese, com exemplos de fractais nas gravura 4 e 5.

VIEHWEG. Theodor. ***Topica y filosofia del derecho***. Barcelona: Gedisa, 1991.

WARAT, Luis Alberto. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas - tópicos para refletir e discutir (p.97-113). n.6. In: **Sequência**. Florianópolis, 1982.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da Dogmática Jurídica (p.81-95). In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WATZLAWICK, Paul. ***A realidade inventada***. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

WATZLAWICK, Paul, KRIEG, Peter. ***El ojo del observador.*** *Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1994.

WATZLAWICK, Paul. ***La realitá dela realità.*** *Comunicazione – disinformazione – confusione*. Roma: Astrolabio, 1976.

WATZLAWICK, Paul. ***La realitá inventata.*** *Contributi al costruttivismo*. Milano: Feltrinelli Editore, 2018.

WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Alemán. Parte General***. *Traducción* por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WIENER, Nobert. ***Cybernetics or control and communication in the animal and the machine***. Cambrigde: M.I.T Press, 1962.

WITTGENSTEIN, Ludwig. ***Tratactus logico-philosophicus***. Torino: Einaudi, 1986, aforismo 6.521.

WOLFANG, Martin E. *Victim precipitated criminal homicide*. In: ***The journal of criminal law, criminology and police science***. New York, 1957. vol. 48/maio. p. 2-11.

ZELENY, Milan. ***A theory od living organisation***. New York: North-Holland, 1981.

ANEXO: GRAVURAS – REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA DAS IDEIAS

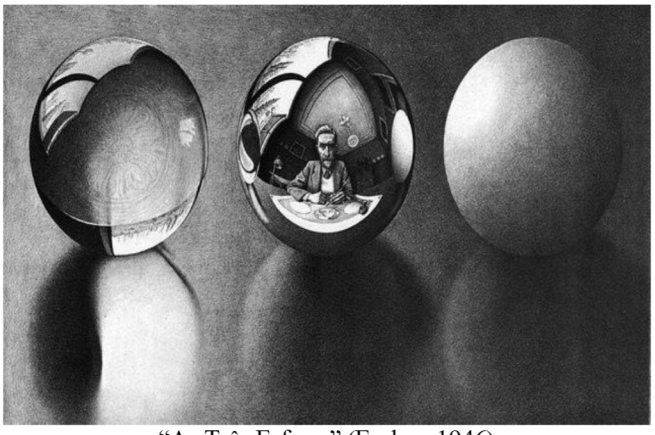
"Ó escritor, com que letras escreverás tu, com tanta perfeição,
a inteira configuração qual fazes aqui no desenho?"
(Leonardo da Vinci)

1) Observação de segunda ordem e autologia da observação;



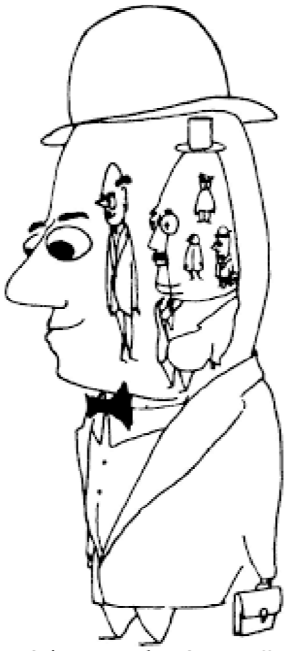
"Mão com esfera refletindo" (Escher, 1935)

2) Realidade como construção de cada sistema observante;



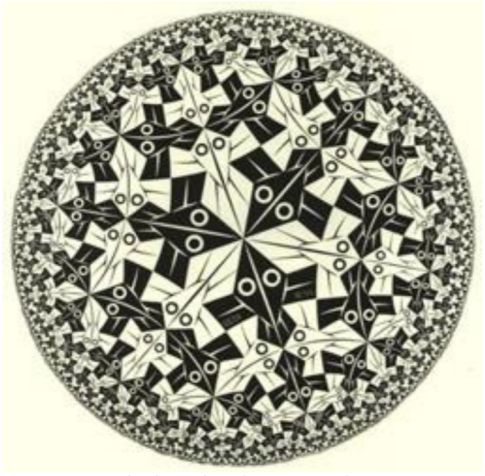
"As Três Esferas" (Escher, 1946)

3) Insustentabilidade do solipsismo;



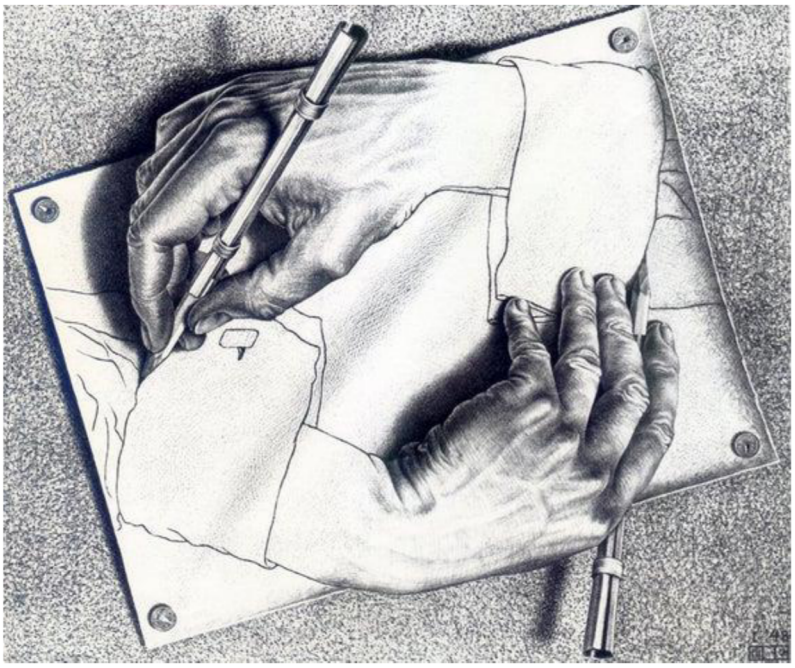
"O homem de negócios com chapéu-coco" (Gordon Pask,)

4) A recursividade e a geometria dos fractais;



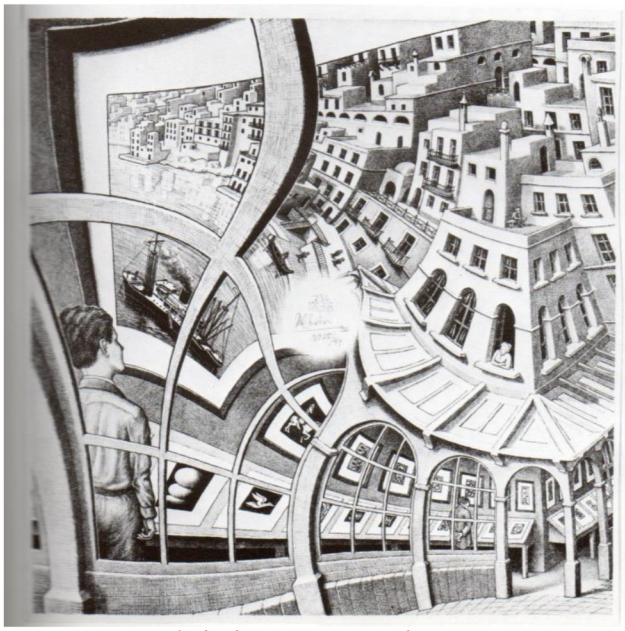
"Limite Circular I" (Escher)

6) A*utopoiesis* - autorreferência e heterorreferência;



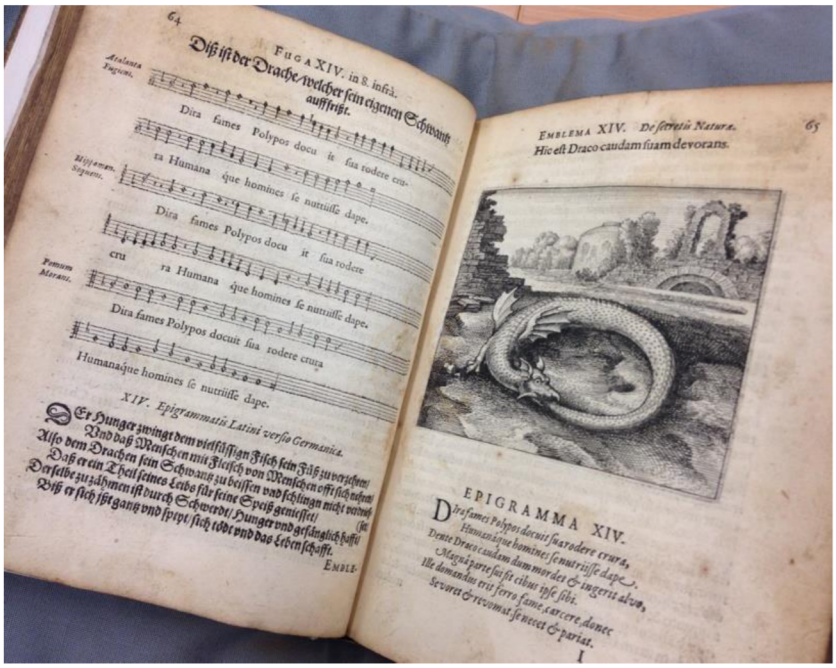
"Desenhando mãos" (Escher, 1948)

7) Galeria de gravuras – a percepção de si na contemplação do observado;



"Galeria de gravuras" (Escher, 1956)

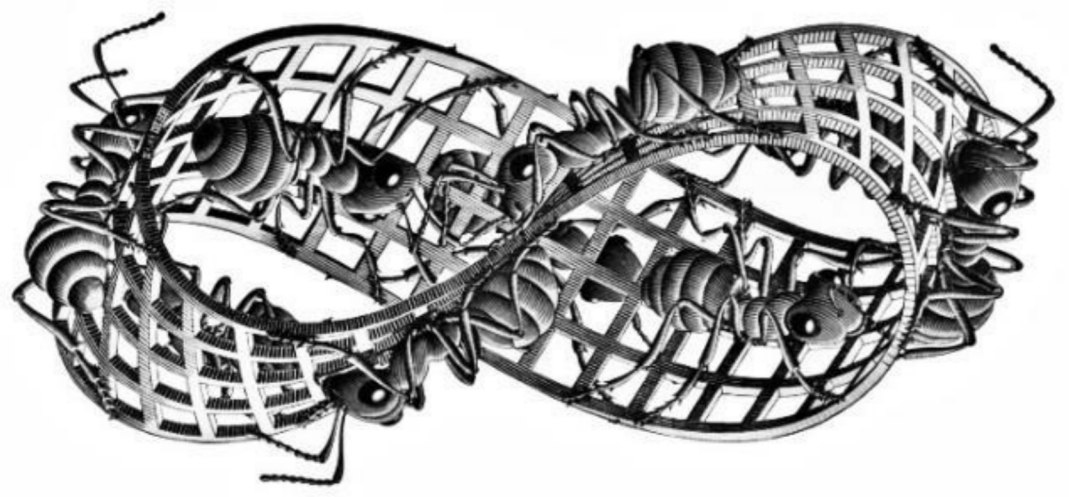
8) Autorreferencialidade do sistema observante – o saber é que computa o próprio saber;



Ouroboros (MAIER, Michael, 1618)

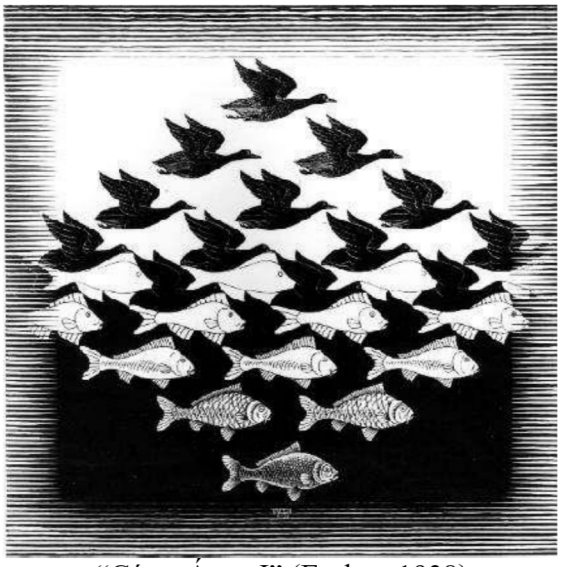

Dragão (Escher, 1952)

10) Idas e vindas na construção de autovalores – variação e redundância – *loops* estranhos – hierarquias entrelaçadas – oscilação harmônica;



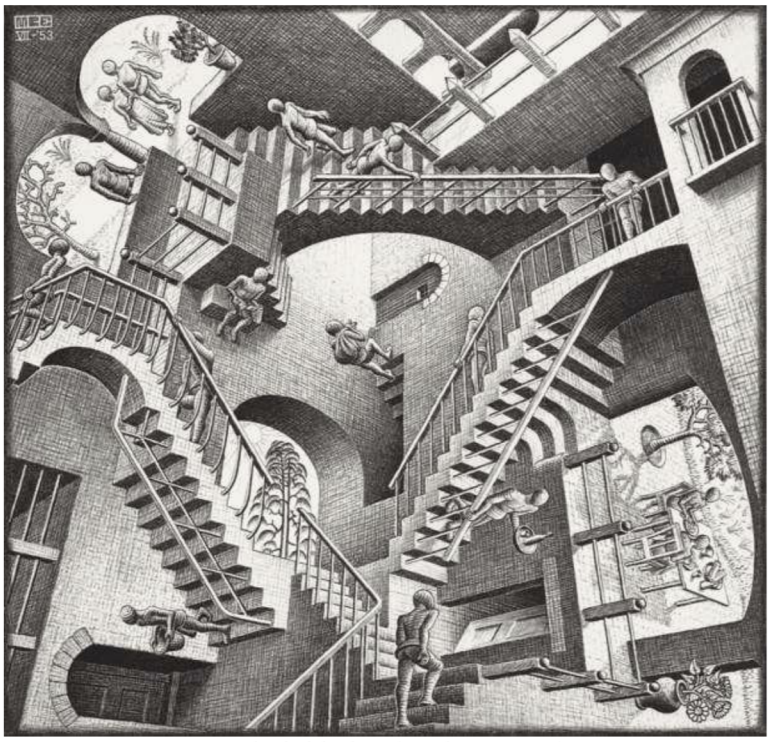
"Fita de Moebius II" (Escher, 1963)

11) Diferenciação sistema ambiente – autonomização;



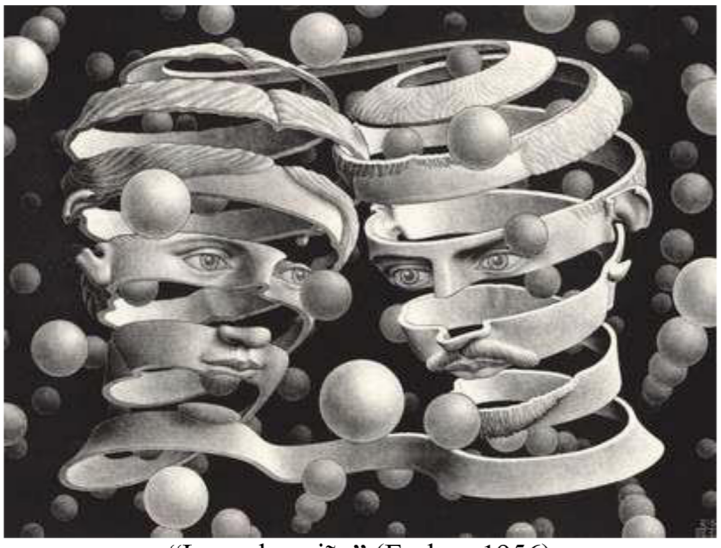
"Céu e Água I" (Escher, 1938)

12) Acoplamento estrutural entre os sistemas (sociais e/ou psíquicos);



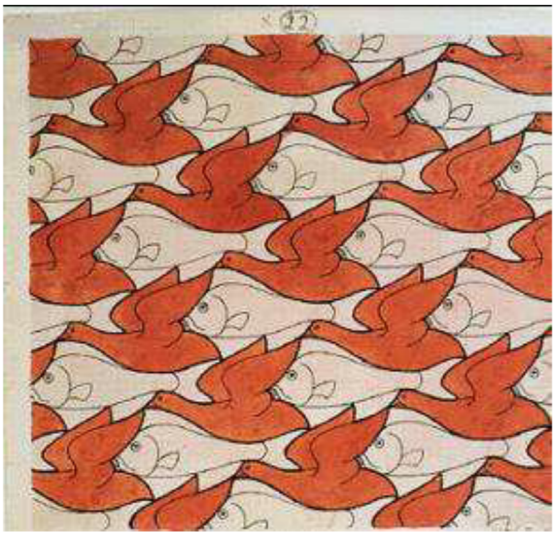
“Relatividade” (Escher, 1953)

13) Interpenetração;



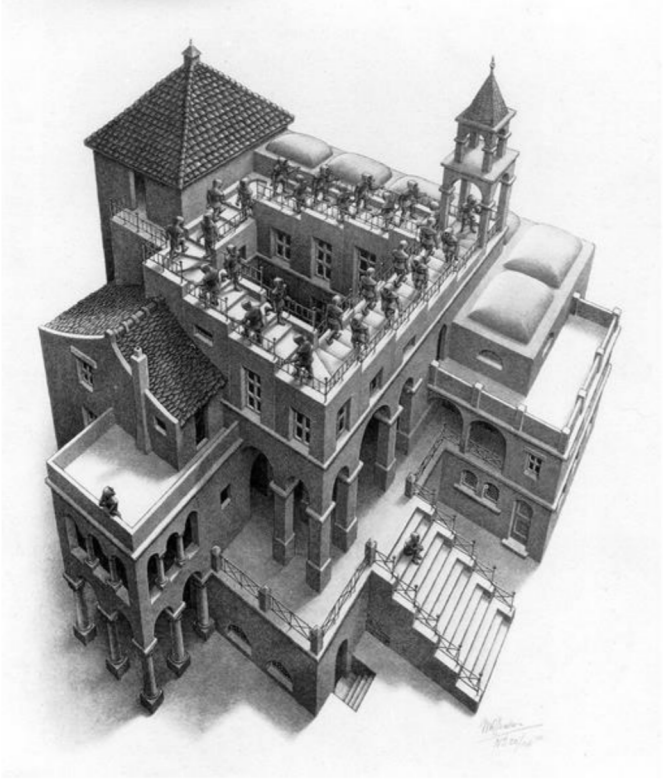
“Laço de união” (Escher, 1956)

14) Forma de dois lados;



“Pássaro-Peixe n.22” (Escher, 1938)

15) *Loops* estranhos ou Hierarquias entrelaçadas – oscilações harmônicas da dogmática;



Subita e descida (Escher, 1960)

16) *Loop* estranho/Hierarquias Intrincadas/oscilações harmônicas da dogmática;



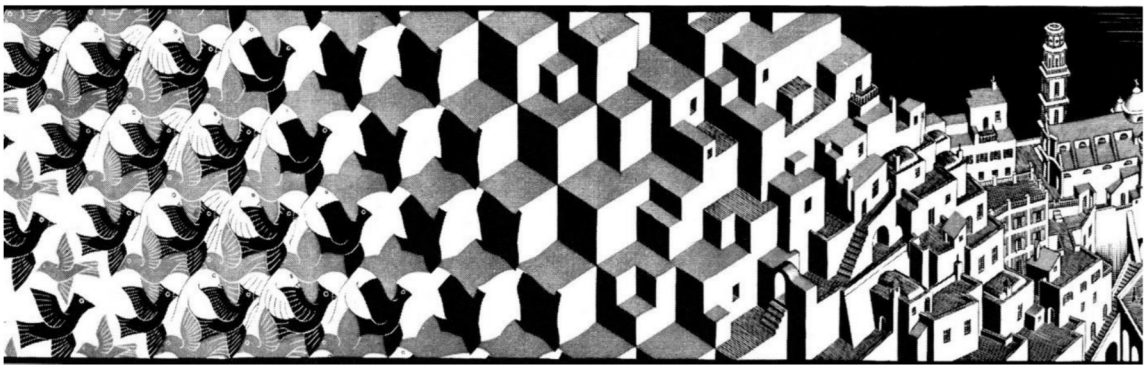
Cascata ou queda d'agua (Escher)

17) Os tons e nuances dos lados da forma - dos códigos binários;



Dia e noite (Escher, 1938)

18) Fechamento operacional do sistema (resistência à entropia, eis a redundância) frente à complexidade ambiental. Mas, há a exaptação ou adaptação à irritação (eis a variação) com abertura cognitiva, gerando o acoplamento estrutural, a instabilidade relativa/estabilidade dinâmica do sistema;



"Metaformose II" (Escher, 1940)