



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDA DE PAULA SAMPAIO

**AS FAMÍLIAS DOS PRESOS PROVISÓRIOS E O SISTEMA
JURÍDICO: UMA OBSERVAÇÃO A PARTIR DA TRADIÇÃO
SISTÊMICA**

Salvador
2019

EDUARDA DE PAULA SAMPAIO

**AS FAMÍLIAS DOS PRESOS PROVISÓRIOS E O SISTEMA
JURÍDICO: UMA OBSERVAÇÃO A PARTIR DA TRADIÇÃO
SISTÊMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça.

Orientador: Professor Doutor Wálber Araujo Carneiro.

Salvador

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

S192

Sampaio, Eduarda de Paula

As famílias dos presos provisórios e o sistema jurídico: uma observação a partir da tradição sistêmica / por Eduarda de Paula Sampaio. – 2019.

138 f.

Orientador: Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Teoria dos sistemas. 2. Famílias de prisioneiros. 3. Prisão preventiva. 4. Prisioneiros - Direitos fundamentais. 5. Direito penitenciário. 6. Organização judiciária penal. I. Carneiro, Wálber Araujo. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.0527

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDA DE PAULA SAMPAIO

AS FAMÍLIAS DOS PRESOS PROVISÓRIOS E O SISTEMA JURÍDICO: UMA OBSERVAÇÃO A PARTIR DA TRADIÇÃO SISTÊMICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Wálber Araujo Carneiro (orientador)
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Geovane De Mori Peixoto
Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Daniel Nicory do Prado
Faculdade Baiana de Direito – FBD

Salvador, _____ de _____ de _____.

À pessoa que me disse que eu podia desistir, mas que me estimulou a continuar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me incentivaram e acreditaram no meu potencial durante essa jornada de dois anos. Não é fácil conciliar um programa de pós-graduação com uma atividade profissional, principalmente quando se leva a sério o aprendizado, e eu certamente não teria conseguido chegar até o fim sem a colaboração e a compreensão dos meus chefes, colegas de trabalho e professores, que me ensinaram o complexo e tênue equilíbrio entre o rigor e a flexibilidade.

Sou grata principalmente a meu companheiro de vida e de mestrado, Rafael Blusky, que ingressou nessa jornada junto comigo, e com quem eu pude discutir tantos dos temas desta dissertação enquanto ela foi sendo construída. Ele é meu grande incentivador e muitas vezes acredita mais em mim do que eu mesma. Ninguém me disse que seria fácil, mas ninguém nunca me disse que seria tão difícil.

Agradeço a minha família, principalmente a meus pais, por serem sempre uma base sólida e confiável, a meus amigos, tão compreensivos, que tiveram que ouvir tantas negativas minhas, especialmente Paula Janay, uma constante fonte de inspiração, e Ilmara Fonseca, que segurou as pontas no Leia Mulheres nos momentos em que eu já não consegui ler textos e livros não acadêmicos. Meu coração está com vocês.

Agradeço também a meu orientador, Wálber Carneiro, que, com imensa paciência, me guiou pelos labirintos da Teoria dos Sistemas e me mostrou uma nova forma de encarar o mundo, a Frederico Magalhães, que, tendo se aventurado na pesquisa empírica antes de mim, me deu conselhos e orientações essenciais ao desenvolvimento deste trabalho, a Bruno Bahia e Mariana Possas, que, oriundos da sociologia, me mostraram os potenciais da pesquisa empírica em Direito, e a meus colegas e professores que atuam no campo da bioética, onde eu inicialmente ingressei no programa, por terem me ensinado a pensar como uma pesquisadora.

Agradeço sobretudo a todos aqueles que gentilmente me concederam as entrevistas que tornaram possível esse trabalho, e sem os quais eu não teria feito progressos. Obrigada pela confiança, por terem me cedido um pouco do seu precioso tempo e por terem compartilhado comigo suas experiências profissionais e pessoais.

RESUMO

O trabalho aqui apresentado tem por objeto de estudo a observação, em uma perspectiva sistêmica, das comunicações que se estabelecem entre o sistema jurídico e o sistema da família no contexto dos presos provisórios, especialmente aqueles que ainda aguardando o julgamento de primeira instância. Partindo da hipótese de que nem sempre a representação jurídica do preso no processo penal é adequada e suficiente, a pesquisa buscou investigar se as famílias atuam como representantes informais do preso perante o sistema jurídico, e que acoplamentos estruturais viabilizariam essa comunicação intersistêmica entre o sistema jurídico e o sistema da família. O principal objetivo traçado foi observar esse cenário e analisar qual o papel dos operadores do Direito, vistos aqui como acoplamentos estruturais, nessa interação entre os familiares e o sistema jurídico, e se existe a possibilidade de aprimorar essa comunicação intersistêmica, aumentando a estabilidade e a sustentabilidade de ambos os sistemas sociais. Para tanto, foi conduzida uma pesquisa empírica no Fórum Criminal de Salvador, Bahia, Brasil, por um período de seis meses, quando foram conduzidas entrevistas semiestruturadas com familiares de presos provisórios, juízes, promotores, servidores e defensores públicos. As conclusões apresentadas nesta dissertação foram resultado da análise teórica, fundada no referencial sistêmico escolhido, dos dados coletados.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas; Presos provisórios; Sistema Jurídico; Sistema da Família; Comunicação Intersistêmica.

ABSTRACT

The purpose of this study is to observe, from a systemic perspective, the communications established between the legal system and the family system in relation to provisional prisoners, especially those still awaiting trial from a court of first instance. Based on the hypothesis that the legal representation of the prisoner in the criminal procedure is not always adequate and sufficient, the research sought to investigate if families act as informal representatives of the prisoner before the legal system, and which structural couplings would enable this intersystem communication between the legal system and the family system. The main objective was to observe this scenario and analyze the role of legal operators, seen here as structural couplings, in this interaction between family members and the legal system, and whether there is a possibility of improving this intersystem communication, increasing stability and sustainability of both social systems. For that, an empirical research was conducted at the Criminal Court of Salvador, Bahia, Brazil, for a period of six months, when semi-structured interviews were conducted with provisional prisoners' relatives, judges, prosecutors, civil servants and public defenders. The conclusions presented in this dissertation were the result of the analysis of the data collected, based on the chosen system-theoretical reference.

Keywords: Systems Theory; Provisional prisoners; Legal system; Family system; Intersystem communication.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ORIGENS DA TRADIÇÃO SISTÊMICA: COMPREENDENDO O PENSAMENTO SISTÊMICO.....	15
2.1 DOS SISTEMAS ABERTOS AOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS OPERATIVAMENTE FECHADOS E COGNITIVAMENTE ABERTO.....	26
2.2 SISTEMA E AMBIENTE: FECHAMENTO OPERACIONAL, AUTOPOIESE E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL.....	30
2.3 CONSTRUTIVISMO RADICAL: O SUJEITO DANDO LUGAR AO OBSERVADOR.....	38
2.4 A COMUNICAÇÃO COMO DUPLA CONTINGÊNCIA.....	43
3 OS SUBSISTEMAS DO DIREITO E DA FAMÍLIA.....	48
3.1 UMA VISÃO SISTÊMICA DO DIREITO.....	48
3.1.1 O problema da trivialização do Direito.....	52
3.2 A FAMÍLIA NA TEORIA DOS SISTEMAS.....	55
4 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS DA PESQUISA EMPÍRICA.....	62
4.1 TEORIA DOS SISTEMAS E PESQUISA EMPÍRICA.....	63
4.2 ADAPTANDO A PESQUISA EMPÍRICA À PERSPECTIVA SISTÊMICA.....	65
4.2.1 Descentralizando o sujeito e entrevistando reflexivamente o sistema.....	67
4.2.2 Dessubstancializando categoria jurídicas.....	69
4.3 DEFININDO A AMOSTRA: CRITÉRIOS DE SELEÇÃO E RECRUTAMENTO DE VOLUNTÁRIOS.....	71
4.4 A ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA E A BASE EMPÍRICA: EXTRATOS SIGNIFICATIVOS E FRASES RECORRENTES.....	75

5 AS COMUNICAÇÕES INTERSISTÊMICAS ENTRE DIREITO E FAMÍLIA: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA BASE EMPÍRICA.....	78
5.1 A SITUAÇÃO DO PRESO PROVISÓRIO: BREVES OBSERVAÇÕES A PARTIR DOS DADOS EMPÍRICOS COLETADOS.....	79
5.2 AS FAMÍLIAS E A REPRESENTAÇÃO TRANSUBJETIVA DOS PRESOS PROVISÓRIOS.....	88
5.3 O PERFIL SOCIOECONÔMICO DOS PRESOS PROVISÓRIOS E SUA REPERCUSSÃO NA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.....	91
5.4 FORMAS DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA E O ALTO GRAU DE VARIABILIDADE DAS RESPOSTAS DO SISTEMA JURÍDICO ÀS IRRITAÇÕES DO SISTEMA DA FAMÍLIA.....	95
5.5 OS OPERADORES DO DIREITO COMO ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ORGANIZAÇÃO MEDIADORA DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.....	108
5.6 OTIMIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA: POSSÍVEIS ALTERAÇÕES PROCEDIMENTAIS E/OU PROCESSUAIS.....	117
6 CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	130
APÊNDICE A – ROTEIRO DE ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA.....	135
APÊNDICE B – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO.....	137

1 INTRODUÇÃO

Inverteremos a ordem convencional de apresentação da pesquisa e começaremos pelo sujeito, e não pelo objeto. Dizem que não é o pesquisador que encontra o tema de pesquisa, mas sim o tema de pesquisa que encontra o pesquisador. Não foi diferente no caso desta dissertação, cujo tema foi definido a partir de um incômodo profissional e pessoal.

Em minha atuação como servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, observei, a partir do momento em que fui lotada em uma vara criminal, que eram rotineiros atendimentos, no balcão do cartório, a familiares de presos provisórios.

Diariamente, esses familiares procuram os servidores das varas criminais com os mais diversos objetivos: buscando informações acerca do andamento do processo, levando documentos para que sejam anexados aos autos, pleiteando a designação de audiência ou o proferimento de sentença, solicitando a expedição de alvará de soltura ou a transferência de presos de uma unidade prisional para outra, etc.

Se os servidores atuassem estritamente pelas regras de nosso direito processual-penal, o atendimento consistiria em breves informações e uma recomendação de que tais familiares entrassem em contato com o advogado constituído – ou a ser constituído – ou com a Defensoria Pública, caso o preso fosse economicamente hipossuficiente.

A representação jurídica do réu no processo penal é regulamentada entre os artigos 259 e 267 do Código de Processo Penal.

O artigo 262 do texto normativo estabelece que apenas o acusado menor tem direito a um curador, o que significa que todos os outros réus presos atuam no processo através de seu representante jurídico previsto em lei: o advogado, seja ele privado ou público.

Adotando uma perspectiva sistêmica, que é o referencial teórico deste trabalho, pode-se afirmar que essa representação jurídica dos réus no âmbito do processo penal é uma das estruturas criadas pelo próprio sistema jurídico, através de suas operações, para garantir que o sistema funcione operativamente fechado. Se o sistema se abrisse completamente para o seu ambiente, aceitando, por exemplo, postulações de toda e qualquer pessoa, a exemplo de familiares, seria

questão de tempo até que ele entrasse em colapso e deixasse de operar como subsistema social funcionalmente diferenciado¹.

Ocorre que, mesmo diante de uma clara regulamentação jurídica, as varas criminais são diariamente visitadas por familiares de réus presos que alegam falhas nesses mecanismos de representação jurídica. Durante os atendimentos, eles informam que não estão conseguindo entrar em contato com o advogado constituído, que o Defensor Público não os atende ou que o tempo de espera para atendimento é demasiado; alegam que seus parentes presos não compreenderam as explicações dadas pelo advogado, pelo Defensor Público ou pelo magistrado; comunicam que há demora na realização de algum ato processual; etc.

É uma demanda que os servidores não conseguem, e nem podem, por dever profissional, ignorar, até porque não se trata de uma demanda de pessoas, individualmente consideradas, mas sim de uma demanda de um outro subsistema social: o sistema da família.

Pensando nesta realidade, que evidencia a existência de um problema, definiu-se o objeto da pesquisa, qual seja, as comunicações entre o sistema jurídico e o sistema da família nas hipóteses de presos provisórios, e seu principal objetivo: observar essas comunicações a partir de uma perspectiva sistêmica.

O recorte temático escolhido foi a situação dos presos provisórios, mais especificamente daqueles que ainda aguardam o proferimento da sentença, já que para os presos definitivos e para os presos provisórios já condenados são expedidas guias de recolhimento e tem início o processo de execução da pena, o que muda consideravelmente o cenário aqui descrito. Detalhamos os motivos por trás desta decisão no subtópico 5.1.

Em termos metodológicos, optamos, no que concerne ao referencial teórico, por uma pesquisa qualitativa baseada na análise de conteúdo bibliográfico, e, no que diz respeito aos aspectos práticos, por uma pesquisa empírica baseada em entrevistas semiestruturadas.

A principal hipótese deste trabalho é a de que os operadores do Direito, especialmente os servidores públicos do Poder Judiciário, funcionam como acoplamentos estruturais, permitindo que o sistema familiar e o sistema jurídico se

¹ Os conceitos mais relevantes para a compreensão do pensamento sistêmico serão analisados no Capítulo 2.

comuniquem entre si na ausência ou na insuficiência do representante jurídico do preso provisório.

Pretendemos defender, com isso, que as famílias são responsáveis, na prática, por uma representação transubjetiva do preso provisório quando ela se faz necessária e que essa comunicação, mediada por acoplamentos estruturais entre o sistema jurídico e o sistema da família, atenua a invisibilidade do preso perante o sistema jurídico.

A outra hipótese deste trabalho, talvez menos sólida, é de que é possível aprimorar essa comunicação intersistêmica, aumentando o nível de sustentabilidade e estabilidade de ambos os subsistemas sociais, através de algumas alterações procedimentais e até mesmo legislativas.

Além do objetivo geral de observar, a partir de uma perspectiva ou de uma tradição sistêmica, as comunicações entre o sistema da família e o sistema jurídico na situação dos presos provisórios, foram estabelecidos alguns objetivos específicos.

Em primeiro lugar, buscamos observar de que formas o sistema da família irrita ou produz ressonância no sistema jurídico, e de que maneiras ele responde. O foco era analisar, em especial, se estas respostas aos estímulos ambientais são estáveis e consistentes ou se elas variam.

Outra meta que traçamos foi compreender quais as principais diferenças entre as situações prisionais de presos definitivos, presos provisórios com condenação e presos provisórios sem condenação.

Estabelecemos ainda os objetivos de observar como ocorre, na prática, essa representação transubjetiva dos presos provisórios por meio de seus familiares, se sua condição socioeconômica altera as condições concretas dela, e qual o papel dos acoplamentos estruturais, incluindo a Defensoria Pública, em tudo isto.

Por fim, caso confirmada a hipótese de que é possível aprimorar a comunicação entre o sistema jurídico e o sistema da família, pretendemos esboçar propostas de alterações procedimentais e/ou legislativas que contribuam para a otimização desta comunicação intersistêmica.

Considerando que o referencial teórico ainda é pouco conhecido e estudado nas faculdades de Direito e de Sociologia, o trabalho foi estruturado de forma a facilitar a compreensão do leitor, razão pela qual o capítulo 2 será inteiramente

dedicado à tradição sistêmica, funcionando como uma síntese das principais ideias e conceitos pertinentes à teoria dos sistemas.

O capítulo 3, já partindo de uma premissa sistêmica, foi dedicado aos dois subsistemas sociais aqui estudados: o sistema jurídico e o sistema da família.

Como optamos por uma pesquisa empírica baseada em entrevistas semiestruturadas, reservamos todo o capítulo 4 para as notas metodológicas a ela pertinentes, o que se fez necessário diante do referencial teórico escolhido.

No último capítulo foram apresentados os resultados da pesquisa empírica e todas as análises teóricas e generalizações feitas a partir dos dados coletados.

2 ORIGENS DA TRADIÇÃO SISTÊMICA: COMPREENDENDO O PENSAMENTO SISTÊMICO

Este capítulo pretende ser uma breve e pontual incursão no atual pensamento sistêmico, especificamente no campo da sociologia, permitindo ao leitor, com isso, uma melhor compreensão dos capítulos subsequentes e facilitando a justificação da escolha deste marco teórico.

O que se almeja é uma exposição didática – ou tão didática quanto seja possível – de alguns dos pontos centrais da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, inaugurada por Niklas Luhmann, em especial daqueles relevantes para este trabalho, para que, nos capítulos seguintes, se possa utilizar sua terminologia própria sem tantos embaraços.

Evitamos, sempre que possível, a utilização do termo “teoria dos sistemas” para enfatizar que não se trata de uma construção teórica derivada da mente de uma única pessoa, no caso, Luhmann, mas sim de uma concepção que foi se desenvolvendo e aperfeiçoando a partir do trabalho de diversos pensadores e cientistas.

A Teoria dos Sistemas caracteriza-se por abarcar diversas abordagens, de diversos campos do conhecimento, a exemplo da cibernética, da biologia, da sociologia, da história, da literatura, da filosofia e da teoria da informação. O que todas elas têm em comum é o foco nas diversas características dos sistemas e na sua importância fundamental para as diversas áreas da vida (ARNOLD 2014, p. 3).

Os norte-americanos costumam associar o início do pensamento sistêmico ao trabalho desenvolvido por Ludwig von Bertalanffy, por ele chamado de Teoria Geral dos Sistemas, e à cibernética de primeira e segunda ordem de Norbert Wiener e Gregory Bateson, bem como às decorrências contemporâneas destas teorias no campo da ecologia, da ciência cognitiva, da inteligência artificial, da psicologia, da literatura e dos estudos de mídia. Os americanos também costumam associar a teoria dos sistemas à teoria dos sistemas dinâmicos de Ilya Prigogine, com seus desenvolvimentos de Teoria do Caos e Teoria da Complexidade, e com a Teoria do Sistema-Mundo de Immanuel Wallerstein (ARNOLD 2014, p. 3).

Já os alemães, e muitos europeus, costumam associar a Teoria dos Sistemas ao trabalho de Niklas Luhmann e sua escola de sociologia (ARNOLD 2014, p. 3). É justamente pelo fato de o termo ser esse guarda-chuva que comporta diferentes

teorias inspiradas por uma mesma premissa epistemológica, que preferimos falar em perspectiva, tradição ou pensamento sistêmico, ainda que a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Luhmann seja a que utilizaremos com mais frequência ao longo deste trabalho.

Maria José Esteves de Vasconcellos (2002, p. 46), cuja obra será nossa principal referência nessa contextualização histórica da teoria dos sistemas, afirma que o pensamento sistêmico é o novo paradigma da ciência, que veio para substituir uma visão de mundo que se formou há aproximadamente quatrocentos anos, muitas vezes chamada de paradigma newtoniano ou cartesiano, com sua concepção de mundo como máquina.

Trata-se de uma forma de ver e pensar o mundo radicalmente diferente da qual estamos acostumados e na qual fomos educados. Para nossos netos, esse paradigma sistêmico contemporâneo provavelmente será como uma segunda natureza, mas para nós, que vivemos neste momento de transição, as dificuldades são enormes.

Se no paradigma moderno de ciência buscava-se uma simplificação do mundo principalmente através da física, no paradigma contemporâneo a complexidade é aceita como premissa. As pesquisas de Niels Bohr, Max Plank, Albert Einstein e Werner Heisenberg demonstraram que no mundo subatômico nossos modelos lógicos e de causalidade não prevalecem. A física quântica define a luz como, ao mesmo tempo, partícula e onda, noção explicada pelo princípio da complementaridade, de Bohr, e pelo princípio de incerteza, de Heisenberg (VASCONCELLOS, 2002, p. 101-108).

Também cai por terra a concepção moderna de um mundo estável e ordenado, que funciona como uma máquina perfeita. Os estudos de Boltzmann e Prigogine sobre a entropia evidenciaram que as moléculas tendem à desordem, o que torna os fenômenos imprevisíveis e indeterminados. Ademais, a objetividade tão cara à ciência moderna é colocada em xeque a partir do momento em que Heisenberg comprova que quando jogamos luz sobre um elétron, buscando vê-lo, ele muda de curso, evidenciando que o olhar do cientista, do observador, deve ser levado em conta, estando observador e objeto inevitavelmente conectados (VASCONCELLOS, 2002, p. 101-108).

Pensar sistemicamente, portanto, é pensar a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade (VASCONCELLOS, 2002, p. 147). Em outras palavras, pensar

sistematicamente é deixar de lado a forma de raciocinar com a qual estamos acostumados e na qual fomos educados e ensinados ao longo de toda uma vida, reconhecendo nossas fragilidades e limitações para lidar com todo um novo manancial teórico que é extremamente desafiador e, logo, assustador. A tarefa não é fácil e exige coragem, já que somos forçados a saltar no desconhecido, mas estamos convencidos de que esse salto é não só necessário como inevitável.

Um dos pioneiros do estudo dos sistemas, o biólogo Ludwig von Bertalanffy (2010, p. 30-38), afirma que a tradição sistêmica pode ser dividida em duas grandes vertentes teóricas: a organicista, que pretende descrever sistemas biológicos e que costuma ser associada a sua Teoria Geral dos Sistemas, e a mecanista, que se preocupa com o inanimado, com as máquinas, e que costuma ser associada à Cibernética do matemático Norbert Wiener.

Tanto a Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy quanto a Cibernética de Wiener desenvolveram-se no decorrer do século XX e ambas se movem na direção de uma construção intersubjetiva da realidade, afastando-se da objetividade moderna enquanto pressuposto epistemológico. Na Cibernética prevalece o Construtivismo e a noção de uma Cibernética de Segunda Ordem enquanto que na Teoria Geral dos Sistemas fala-se em uma Teoria da Autopoiese e em uma Biologia do Conhecer. As duas são interdisciplinares e acabam por entrelaçar-se em diversos pontos, influenciando-se reciprocamente (VASCONCELLOS, 2002, p. 187-189).

A Teoria Geral dos Sistemas rejeita a simples importação, para as demais disciplinas, dos pressupostos epistemológicos da física e das ciências exatas, propondo categorias mais amplas de pensamento científico, que abarquem também a biologia e a sociologia. O que se busca é a construção de uma teoria interdisciplinar cujo conceito fundamental é o de sistema. Com isso, a Teoria Geral dos Sistemas é aplicável a qualquer ciência que trate de todos organizados, já que, apesar de existirem diversas áreas de conhecimento, há estruturas comuns a todas elas, que permitem a aplicação das mesmas abstrações e modelos conceituais, sem, contudo, eliminar as diferenças (VASCONCELLOS, 2002, p. 195-197). O que Bertalanffy propõe é uma teoria dos sistemas que unifique as ciências (ARNOLD 2014, p. 10).

Bertalanffy (2010, p. 248-250), ainda na década de sessenta do Século XX, sustentou que a ciência social é a ciência dos sistemas sociais e que a sociologia, com seus campos afins, é essencialmente o estudo de grupos ou sistemas

humanos, desde os menores, como a família ou a equipe de trabalho, até os grandes, como as nações, blocos de poder e relações internacionais, passando por organizações formais e informais intermediárias.

Sistema, para essa Teoria Geral dos Sistemas, é um complexo de elementos em interação ou um conjunto de componentes em estado de interação. Sistema não é, portanto, um simples aglomerado de partes independentes umas das outras, um amontoado, mas sim um complexo de relações e interações entre elementos. Pode-se dizer que o sistema é mais do que a soma de suas partes, não sendo possível, a partir da investigação e da análise de um elemento isoladamente, concluir algo a respeito do todo. É o princípio da não-somatividade. Por outro lado, o sistema limita o comportamento das partes, reduzindo coercitivamente seu grau de liberdade, razão pela qual se pode dizer que o sistema é menos do que a soma de suas partes. O foco deve estar nas relações em sua causalidade circular, ou seja, em interações que se influenciam reciprocamente. É o princípio da circularidade (VASCONCELLOS, 2002, p. 198-204).

A ideia pode parecer paradoxal, e de fato é quando se pensa no conceito de um paradoxo, mas a confusão cessa assim que se reflete sobre o que está sendo posto. Quando pensamos em uma sociedade, por exemplo, não é difícil perceber que ela não é a soma de seus elementos. Se colocássemos todos os habitantes de uma cidade em uma balança e acrescentássemos todos os seus prédios e casas, ainda assim faltaria algo: as decisões tomadas na Câmara de Vereadores, as relações de amizade, as manifestações artísticas e culturais, a religião, etc. Só é possível compreender o funcionamento de uma sociedade quando ela é observada na totalidade de suas relações e interações recíprocas. Para entender o aumento do preço da carne, o pesquisador será obrigado a enfrentar diversos fatores, e não só os econômicos, principalmente quando se pensa em uma sociedade moderna e, portanto, globalmente inserida. Por outro lado, qualquer habitante desta cidade é mais do que esta cidade. A consciência humana não se limita aos papéis exercidos socialmente, ainda que os comportamentos das pessoas sejam severamente restringidos pela vida em sociedade.

Neste ponto talvez já comece a ficar claro para o leitor por que o pensamento sistêmico foi escolhido como marco teórico. Se este trabalho fosse concebido como tradicionalmente se pensa a ciência do direito, nos limitaríamos a descrever o objeto da pesquisa e que normas jurídicas são ou não aplicáveis à situação.

Investigaríamos se as famílias dos presos provisórios possuem direitos ou deveres previstos em leis ou atos normativos e se há problemas de eficácia, propondo, se fosse o caso, alterações legislativas ou novas regulamentações.

Até mesmo as visões mais críticas do Direito continuam a enxergá-lo isoladamente, de dentro do próprio Direito, e não em suas múltiplas e complexas relações e interações, e é natural que isto ocorra, já que o sistema do Direito opera segundo um código binário lícito/ilícito. Voltaremos a este tema quando da análise do Direito enquanto sistema social, mas, por ora, podemos dizer que a proposta, aqui, não é fincar os pés no Direito e interpretar o mundo a partir dele, mas sim dar dois passos para trás, recuando, e enxergar não só o Direito, mas também tudo que o cerca.

Há quem diga que este é um pensamento holístico ou ecológico. De fato, é possível afirmar que a visão sistêmica é ecológica. Não se trata, contudo, como explica Fritjof Capra (2007, p. 402-403), de uma ecologia superficial, de base antropocêntrica, centrada na dicotomia homem/natureza, ou seja, de preocupações apenas imediatistas de proteção ambiental e de um controle e administração mais eficientes do meio ambiente natural em benefício do homem, mas sim de uma ecologia profunda, ecocêntrica, que exige mudanças radicais em nossa percepção do papel dos seres humanos no ecossistema planetário, partindo-se do pressuposto de que todos os seres e vidas têm igual valor. Aqui o mundo é pensado em termos de conexão, de relações, de contexto, de problemas interligados, o que exige, de alguma forma, uma nova base filosófica ou espiritual, uma transcendência da estrutura científica para que se atinja a consciência da unicidade de toda a vida, a interdependência de suas múltiplas manifestações e de seus ciclos de mudança e transformação.

Apesar de Fritjof Capra ser o principal representante desse movimento ecológico, as ideias de Gregory Bateson também resultam nesse monismo mental, nessa ideia de que os seres humanos precisam compreender a si mesmos como parte de uma rede interligada de sistemas, partindo das células, indo para os organismos individuais, para os ecossistemas, para as biorregiões, para os geosistemas e daí em diante, sendo imprescindível pensar em sustentabilidade sistêmica (ARNOLD, 2014, p. 11-12). A noção de sustentabilidade é algo a que retornaremos muitas vezes ao longo deste trabalho.

A ideia de ecossistema remete justamente a essa concepção de interações intersistêmicas, de sistemas que estão interligados a outros sistemas, ou seja, de um mundo de sistemas de sistemas. Cada um desses sistemas tem uma fronteira, um limite que o separa do seu contexto, de seu ambiente, fronteira esta que é dinâmica, um lugar de relações e trocas, e não uma barreira que traça um limite exato (VASCONCELLOS, 2002, p. 206-207).

Essa noção de um limite ou fronteira do sistema é importantíssima para as teorias sistêmicas ecológicas, já que sistemas sem limites claros tendem a fundir-se com seu ambiente e a ser eventualmente destruídos, não sendo possível pensar ecologicamente sem pensar na preservação das diversas fronteiras sistêmicas.

Bertalanffy concebeu sua Teoria dos Sistemas especificamente para explicar os sistemas abertos, ou seja, os sistemas que trocam continuamente matéria com o seu ambiente, como é o caso dos organismos vivos; concepção esta que ele opõe à de sistema fechado, em que não há matéria entrando ou saindo do sistema, como é o caso das máquinas e dos sistemas cibernéticos, que podem trocar informações com o ambiente, mas não matéria (VASCONCELLOS, 2002, p. 207).

Já a cibernética tem como principal nome o matemático e filósofo Norbert Wiener, que, durante a 2ª Guerra Mundial, trabalhou em um projeto de artilharia antiaérea cuja principal tarefa era a de programar mísseis que fossem capazes de acertar seus alvos: aviões pilotados por humanos. O desafio era desenvolver um sistema com capacidade de adaptação aos diferentes padrões comportamentais do alvo, ou seja, um sistema capaz de prever as reações humanas, funcionando com base no *feedback* recebido (também chamado de realimentação). O resultado foi uma série de conferências dedicadas ao tema do *feedback*, promovidas pela fundação Josiah Macy, e frequentadas por engenheiros, matemáticos, neurologistas, fisiologistas, psicólogos, antropólogos, economistas e especialistas na teoria dos jogos. A comunicação no sistema social foi um dos temas dessas conferências, reconhecendo-se o importante papel dos processos de *feedback*, com sua natureza circular, nessa dinâmica (GLANVILLE, 2014, p. 45-48).

Wiener afirma que o propósito da cibernética é desenvolver uma linguagem e técnicas para o problema da comunicação e do controle em geral, sendo a mensagem seu elemento central. Por ser a transmissão de mensagens associada a sistemas mecânicos, a Cibernética ficou conhecida como uma teoria de máquinas, ainda que essas máquinas possam estar compostas de quaisquer elementos. Ao

contrário dos autômatos simples, que imitam comportamentos humanos ou animais, os autômatos cibernéticos apresentam comportamento contingente, ou seja, que varia de acordo com o meio ambiente, e que por isso muito se assemelha ao de um ser vivo. Isso ocorre porque no sistema cibernético o comando torna-se um programa interno à máquina (VASCONCELLOS, 2002, p. 217-218).

A tradição sistêmica, a partir dessas duas vertentes – uma mecanicista e outra organicista –, vem se desenvolvendo e aperfeiçoando nas mais diversas áreas do conhecimento, incluindo a sociologia. Desde então Heinz von Foerster formulou os conceitos de máquinas triviais e não triviais, de sistema observante e de Cibernética de Segunda Ordem, fundando as bases do Construtivismo; Gregory Bateson desenvolveu um conceito novo e radical de mente, baseado nas relações, e não no cérebro; e Maturana e Varela conceberam a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos (VASCONCELLOS, 2002, p. 238-252).

Percebe-se, assim, que o vocabulário sistêmico se diferencia consideravelmente daquele comumente utilizado por sociólogos e juristas, recebendo uma nítida influência terminológica de disciplinas que não pertencem ao campo das humanidades, a exemplo da matemática, da biologia e da informática.

Em realidade, a teoria dos sistemas exige um conhecimento interdisciplinar para um adequado entendimento de seus conceitos, razão pela qual aqueles familiarizados com lógica de programação, teorias biológicas da evolução e física não newtoniana, apenas para citar alguns exemplos, terão uma vantagem não desprezível caso tenham a intenção de dominar essa gramática especial.

O cerne deste capítulo é Niklas Luhmann². Justifica-se tal escolha teórica pelo fato de que Luhmann, apesar de não ter sido o primeiro pensador a trabalhar com a ideia de sistemas sociais, inaugurou uma Teoria Geral dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, abrindo espaço para que o pensamento sistêmico se desenvolvesse no campo da Sociologia.

² Nascido em Lüneburg, na Alemanha, em 1927, Luhmann graduou-se em Direito pela Universidade de Freiburg e trabalhou como funcionário público até que, em 1960, recebeu uma bolsa de estudos que mudaria sua vida. Luhmann passou um ano na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, onde conheceu Talcott Parsons. Publicou seus primeiros livros em 1963 e em 1964 e, em 1969, começou a lecionar na Universidade de Bielefeld, oportunidade em que apresentou um plano de pesquisa com uma duração prevista de trinta anos. Vinte e oito anos depois, em 1997, publicou “A Sociedade da Sociedade”, que encerrou sua produção científica. Faleceu em 1998, deixando quarenta e seis livros publicados e quatrocentos e dezessete ensaios e artigos em periódicos (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 20).

Nas palavras de Darrell Arnold (2014, p. 197), Niklas Luhmann desenvolveu a mais influente forma da teoria dos sistemas no campo da sociologia até a presente data, ainda que sua influência tenha ficado confinada principalmente à Europa.

Ademais, consideramos importante elucidar de onde Luhmann partiu para formular sua teoria dos sistemas e em que estado se encontrava, até então, a Sociologia, o que certamente revelará o que há de inovador em sua formulação teórica. Com isso, pretendemos estabelecer as bases para justificar por que a Teoria dos Sistemas é o marco teórico desta dissertação e no que ela pode ser útil, seja para confirmar ou não as hipóteses para os problemas aqui postos, seja como fundamento para eventuais sugestões de mudanças a nível processual-penal.

Niklas Luhmann desenvolveu sua teoria dos sistemas ao longo de três décadas, produzindo uma obra tão vasta que é impossível, para qualquer acadêmico, trabalhar com Luhmann sem ver-se obrigado a selecionar uma pequena parte de seu manancial teórico, que é exatamente o que fizemos, tendo a escolha das obras sido guiada pelas exigências do recorte temático, não se devendo desprezar, obviamente, a existência de algum – ou um considerável – grau de subjetividade, já que, como o legado de Luhmann não nos deixa esquecer, a diferença entre o sujeito e o objeto é apenas uma ilusão cognitiva.

Como já dito, talvez o primeiro passo para compreender Luhmann seja identificar seu ponto de partida. Para ele, a Sociologia encontra-se em uma crise de caráter teórico, já que sua referência fundamental continua sendo a dos clássicos: Karl Marx, Georg Simmel, Durkheim e Max Weber. Além disso, há algumas teorias de médio alcance, sobretudo no campo da pesquisa empírica, contudo não existe uma descrição teórica coerente acerca das questões da sociedade contemporânea, abarcando temas como os problemas relativos à ecologia, ao crescente aumento do individualismo, à crescente necessidade de tratamentos psicológicos, etc. (LUHMANN, 1996, p. 27).

A partir daí, Luhmann desenvolve sua teoria, que Nafarrate (in: SILVA, 2016, p. 9-15) sugere que seja lida como uma “sociologia primeira”, ou seja, como uma teoria que delimita, em sua forma mais básica, o que chamamos de sociedade, ora indagando quais seus princípios primeiros e supremos e qual a operação constitutiva da socialidade, ora estudando a comunicação, substância da socialidade, e ora investigando a sociedade, fenômeno que compreende tudo o que designamos como social.

No prefácio de a “A Sociedade da Sociedade”, o próprio Luhmann explica que ingressou na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld em 1969, no mesmo ano em que ela foi criada, e, tendo percebido que a sociedade não pode ser deduzida de um princípio ou de uma norma transcendente, seja na forma da antiga justiça, da solidariedade ou do consenso racional, dedicou o resto de sua carreira acadêmica ao projeto de construção de uma teoria da sociedade que não trate como coincidência o fato de que, mesmo em campos tão diferentes como a da economia, da política, da ciência, do direito, dos meios de comunicação de massa e da intimidade, há estruturas comparáveis, já que sua diferenciação funcional na sociedade exige que eles se formem como sistemas (LUHMANN, 2006, p. 1-2).

Trata-se, como talvez já tenha ficado evidente, de um projeto ambicioso, que, partindo da premissa que a Sociologia, em seu estado atual, é incapaz de dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, pretende formular uma teoria geral da sociedade capaz de firmar-se sem a utilização de recursos teóricos típicos da modernidade, a exemplo da ideia de que a sociedade surgiu a partir de um contrato social, de um princípio, valor ou norma fundamental ou transcendental, seja a justiça, a razão, o consenso ou a solidariedade.

Numa tentativa de resumir toda a teoria dos sistemas, Luhmann afirma que há um sistema maior, que é a sociedade, e subsistemas ou sistemas parciais, a exemplo da economia, da política, da ciência, do direito e da arte, podendo um mesmo aparato conceitual ser utilizado para descrever as operações de todos esses sistemas³. Todos os subsistemas pressupõem uma sociedade já constituída, cuja operação básica é a comunicação. Sem a comunicação não existiria a sociedade e sem a sociedade não existiria a comunicação, numa relação circular que produz e reproduz a sociedade (LUHMANN, 2006, p. 3).

Já é possível vislumbrar, neste ponto, o papel central que ocupa a comunicação em Luhmann, razão pela qual Artur Stamford da Silva (2016, p. 51-55) a ela se refere como a célula da sociedade, destacando que se trata de uma comunicação social, e não psíquica, ou seja, a comunicação, aqui, não é uma transferência de informação de uma mente para outra, até porque isso, para

³ Exemplos desse aparato, fornecidos pelo próprio Luhmann, são os conceitos de autopoiese, fechamento operacional, observação de primeira e de segunda ordem, autodescrição, meio e forma, codificação, autorreferência (referência interna) e heterorreferência (referência externa) (LUHMANN, 2006, p. 2).

Luhmann, é impossível, tendo em vista a individualidade dos corpos e de suas consciências. As percepções de nossas mentes não são, portanto, comunicáveis. Tudo o que podemos fazer é selecionar o sentido daquilo que queremos comunicar e torcer para que nosso interlocutor aceite que foi partilhada uma informação, independentemente de como a compreenderá.

Voltaremos a este tema quando formos tratar da comunicação. Por hora, basta que fique claro que, para Luhmann, a sociedade é composta unicamente de comunicação, o que significa que todo o resto, o que inclui o ser humano, está fora da sociedade, ou seja, em seu ambiente (LUHMANN, 1998, p. 177).

Há, portanto, um limite entre o sistema social e seu entorno⁴, estando no ambiente, e não no sistema social, as condições físicas, químicas, orgânicas, neurofisiológicas e mentais para a comunicação (esta sim interna ao sistema social). O sistema e o ambiente realizam trocas entre si, dentro dos limites da capacidade operativa do sistema, e é imprescindível para a comunicação que haja vida, cérebros irrigados, consciência, clima conveniente, etc., mas nenhum ser humano em particular é imprescindível para a sociedade. O ser humano está no ambiente da sociedade, contudo é apenas dentro da sociedade que existem categorias como famílias, nobreza, política ou economia, já que tudo isso depende de uma comunicação societal (LUHMANN, 2006, p. 3).

Pode parecer difícil de digerir, à primeira vista, a ideia de uma sociedade que não é composta por pessoas, porém, ao posicionar os seres humanos no ambiente do sistema social, o que Luhmann pretendia era afirmar que a sociedade não é um conjunto de indivíduos em um dado momento. Tanto é assim que todos os dias morrem pessoas, uma geração sucedendo a outra, sem que se possa dizer que uma sociedade está se seguindo à outra. Não é possível afirmar, por exemplo, que uma família é a soma de todas as pessoas que a integram, já que o conceito de família, com todas as suas comunicações e relações, é muito maior do que o de seus integrantes. E mais. Um ser humano é mais do que a sociedade em que ele está inserido. Cada ser humano é um sistema biológico e psíquico complexo que não se esgota na comunicação social.

A sociedade forma-se a partir da comunicação e é unicamente comunicação, o que não significa que o ser humano não seja essencial para que essa

⁴ Enquanto as traduções para o português falam em ambiente, as traduções para o espanhol preferem entorno. Utilizaremos os dois como sinônimos.

comunicação ocorra, assim como também é imprescindível um planeta habitável, capaz de fornecer aos seres vivos água, alimento, etc.

É fundamental para compreender a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos que sejam abandonadas noções humanistas de compreensão da sociedade. O tema, extremamente polêmico, é analisado mais detidamente no subtópico 2.3.

Como já foi ventilado, a premissa fundante da teoria luhmanniana é a insuficiência do arcabouço sociológico até então existente para dar conta de explicar a complexidade do mundo pós-moderno. Após estudar os clássicos da sociologia, Luhmann concluiu que seus esquemas possuem apenas valor histórico, já que são muito pouco úteis para a compreensão da sociedade no seu atual estado. A teoria luhmanniana constrói-se, portanto, em cima dos escombros da sociologia clássica.

Luhmann afirma que a sociologia clássica firmou-se como uma ciência dos fatos sociais, contudo não se deu conta de que ela mesma é um fato social, ou seja, não se auto-observou, o que fez com que a sociologia não conseguisse produzir uma teoria plausível da sociedade. Qualquer tentativa de descrição da sociedade era taxada de ideologia, o que eventualmente levou alguns a sustentar que a sociologia deveria abandonar um conceito de sociedade e trabalhar apenas com as relações sociais; outros, como Durkheim, a afirmar que a sociologia é uma ciência positiva dos fatos sociais, sendo a sociedade apenas sua condição de possibilidade; e outros a se conformar com a relatividade histórica de todas as descrições da sociedade. No cerne de tudo está a aceitação, delimitada pela teoria do conhecimento, de que há uma diferença entre o sujeito (neste caso, o sociólogo) e o objeto (a sociologia). E, apesar de tudo, estas descrições clássicas da sociedade são as únicas com as quais se pode contar, o que talvez explique porque boa parte do trabalho da sociologia atual consista em retrospectiva e reconstrução (LUHMANN, 2006, p. 5-7).

Para Luhmann, atualmente existem quatro obstáculos à construção de uma teoria da sociedade, todos eles relacionados e reciprocamente sustentados:

- 1) A ideia de que a sociedade é constituída por um conjunto de indivíduos, de homens concretos, e por relações entre seres humanos;
- 2) A ideia de que a sociedade se estabelece ou se integra através de um consenso entre seres humanos, de um acordo de opiniões e de uma complementaridade de objetivos;

- 3) A ideia de que as sociedades são territorialmente delimitadas, unidades regionais;
- 4) A ideia de que as sociedades podem ser observadas externamente, como grupos de seres humanos ou territórios (LUHMANN, 2006, p. 11-12).

Luhmann propõe, ao contrário, uma teoria da sociedade radicalmente anti-humanista, radicalmente antirregionalista e radicalmente construtivista, o que não significa que seja negada a existência de seres humanos ou que sejam ignoradas as consideráveis diferenças de condições de vida em cada região do planeta; há apenas uma renúncia a esses critérios para a definição do conceito de sociedade ou de seus limites (LUHMANN, 2006, p. 20).

Nos subtópicos seguintes, veremos, em maiores detalhes, algumas das principais ideias e alguns dos principais conceitos da Teoria dos Sistemas.

2.1 DOS SISTEMAS ABERTOS AOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS OPERATIVAMENTE FECHADOS E COGNITIVAMENTE ABERTOS

A Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos baseia-se em uma ideia-chave, que buscaremos melhor compreender neste tópico, qual seja, a de que os sistemas sociais são, ao mesmo tempo, fechados e abertos: são operativamente fechados, ou seja, suas operações apenas se produzem e se reproduzem dentro do próprio sistema, e cognitivamente abertos, ou seja, pontualmente se abrem para seu ambiente. Trata-se, sem dúvida, de um paradoxo, mas de um paradoxo que é essencial para a manutenção e estabilidade dos sistemas sociais.

Operação, aqui, é toda reprodução de um elemento de um sistema com base nos elementos desse mesmo sistema (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 177). Se estamos falando, por exemplo, do sistema do direito, podemos dizer que as decisões judiciais são operações do sistema jurídico que se reproduzem com base em elementos do próprio sistema, ou seja, utilizando noções como competência, jurisdição, contraditório, provas, etc.

Há fechamento operacional porque apenas dentro do sistema jurídico é possível uma decisão judicial, mas há também abertura cognitiva, uma vez que o direito não é capaz de operar completamente fechado em si mesmo, sem processar as informações e demandas de seu ambiente.

Exemplificando, podemos dizer que os elementos de prova que estão no ambiente entram no direito rigidamente filtrados por um sistema de provas que determina, dentre outras coisas, quais delas serão aceitas, em que momento processual elas poderão ser apresentadas, se a parte contrária poderá se manifestar ou não a respeito delas, etc. Em regra, uma prova ilícita, ou seja, uma prova que não passe pela rigidez desse filtro, será desconsiderada pelo sistema, mas continuará existindo em seu ambiente.

Comecemos, contudo, com a noção de sistemas abertos para só depois adentrar no funcionamento desses sistemas paradoxalmente abertos-fechados.

Segundo Luhmann, a tradição sociológica passou bastante tempo preocupada com a ideia de equilíbrio, com a noção de que haveria uma certa fragilidade nos sistemas, que seriam sensíveis a perturbações ou instabilidades. Contudo, a construção da ideia de sistema em cima deste binômio estabilidade/perturbação vem atualmente sendo colocada em dúvida, dando espaço para uma noção de que é no desequilíbrio que os sistemas adquirem sua estabilidade, de que há grande potencial em um sistema que pode ser permanentemente exposto a alterações e permanecer estável (LUHMANN, 1996, p. 46).

Enquanto que no campo da física consolidou-se a noção de que o universo é um sistema fechado, ou seja, que não aceita nenhum tipo de *input*⁵ e que é regido pela lei da entropia, tendendo à desordem e à destruição, no campo da biologia desenvolveu-se a ideia de que os organismos são sistemas abertos, que realizam trocas energéticas com o seu ambiente, lutando contra esta entropia. Nessa perspectiva, o mesmo poderia ser dito dos sistemas psíquicos, caso dos seres humanos, e dos sistemas sociais, contudo a troca com o ambiente, nestas hipóteses, não seria de energia, mas sim de informação (LUHMANN, 1996, p. 47).

A partir da teoria da evolução de Darwin, pode-se afirmar que tais sistemas abertos respondem a estímulos de seu ambiente modificando ou não suas estruturas internas. Uma mutação não prevista ou uma comunicação surpreendente, por exemplo, criam novas estruturas internas e, uma vez selecionadas pelo sistema, são submetidas a uma prova de consistência, ocorrendo uma verificação de sua

⁵ *Input*, palavra em inglês muito utilizada pela informática e pela teoria dos sistemas, pode ser traduzida como entrada. Quando se afirma que o universo é um sistema fechado, que não aceita nenhum tipo de *input*, o que se está dizendo é que nada que está fora do universo entra no universo (se existe ou não algo fora do universo é algo que não ousamos especular).

solidez e capacidade de estabilizar o sistema. Assim se explica como, de uma célula, tenha surgido toda a diversidade de vida atualmente existente e como, a partir da fala, tenha se desenvolvido tamanha diversidade de cultura e linguagem (LUHMANN, 1996, p. 47-48).

Talvez pareça estranha essa ideia de que são os sistemas que selecionam as mutações, já que estamos acostumados a pensar a teoria da evolução na perspectiva de um ambiente selecionando os organismos mais adaptados. Aqui, contudo, o foco muda para os sistemas, já que é dentro deles, por pressões ambientais, que ocorrem as mutações e as inovações. O sistema apenas selecionará essas modificações estruturais se elas não forem um fator de desestabilização e de eventual autodestruição. Sistemas que não se modificam internamente, adaptando-se a demandas do entorno, perecem. Então são os sistemas que selecionam suas próprias mudanças estruturais, capacidade esta que determinará se eles serão engolidos ou não pelo ambiente.

Se parássemos por aqui, em uma teoria de sistemas abertos, ela não seria muito útil para as ciências humanas, já que ela não seria capaz de descrever como ocorrem essas trocas entre sistema e ambiente ou como um sistema depende dos outros sistemas que estão em seu entorno. Como seria possível, por exemplo, explicar por que o sistema da economia depende do bom funcionamento do sistema da política? Talvez não seja demais lembrar, neste ponto, que a tradição sistêmica parte da premissa de que no ambiente de um sistema estão todos os outros sistemas.

Desenvolvimentos posteriores da matemática e, principalmente, da cibernética buscaram solucionar as limitações do modelo de sistemas abertos. É o caso do esquema *input/output*⁶, que na psicologia recebeu o nome de esquema de estímulo/resposta. O que entra no sistema, vindo do ambiente, é um *input*, e tudo que sai, respondendo a esse estímulo, é *output*. É o próprio sistema que decide que tipo de *output*, ou seja, que tipo de serviço ou prestação transferirá ao ambiente. Contudo, nada impede que um sistema responda da mesma forma a dois estímulos diferentes ou que um mesmo estímulo produza diferentes respostas. Isso é explicado pelo modelo de *black box*⁷, segundo o qual não é possível conhecer, devido à sua complexidade, o interior do sistema. As estruturas internas do sistema

⁶ Enquanto *input* significa entrada, *output* significa saída. Traduzindo, o esquema é, portanto, entrada/saída.

⁷ Caixa preta na tradução para o português.

só podem ser observadas indiretamente, a partir da análise dos padrões de resposta (*outputs*) do sistema aos estímulos (*inputs*) (LUHMANN, 1996, p. 48-50).

De fato, se pensamos, por exemplo, nas decisões judiciais como *outputs* do sistema jurídico, vemos que há algo de misterioso em todo o processo decisório, sendo quase impossível definir que decisões judiciais serão produzidas a partir de certos *inputs*. Essa imprevisibilidade da resposta do sistema jurídico aos estímulos seria um exemplo dessa ideia de *black box*.

Como já dito, com a 2ª Guerra Mundial desenvolveu-se também o conceito de *feedback*. Foram criados aviões automatizados, independentes da limitada capacidade ocular de seus pilotos, e capazes de, durante um processo de bombardeio, apresentar *outputs* relativamente estáveis a situações variáveis e a ambientes instáveis. O protótipo dessa inovação é o termostato e, no campo da biologia, essa aplicação ajudou no controle da temperatura do sangue e do nível de açúcar no sangue. Com isso, a teleologia, que é esta busca da concretização do objetivo através do estabelecimento de uma cadeia de causalidade, cede lugar à cibernética, que etimologicamente significa conduzir um navio com segurança e destreza até o seu destino (LUHMANN, 1996, p. 51-52).

O capitão do navio não lida com todas as variáveis, até porque isso seria impossível, mas estabelece seu destino e vai lidando com as variáveis que se apresentam, sempre levando em consideração a estabilidade do navio e a segurança de seus tripulantes.

Atentando para os problemas ecológicos que podem surgir das interações entre ambiente e o sistema desenvolveram-se também os conceitos de *feedback* positivo e *feedback* negativo. Quando o *feedback* é negativo, o sistema responde diminuindo sua distância com o ambiente; quando o *feedback* é positivo, o sistema responde aumentando sua distância com o ambiente, contudo há aqui um grave risco de desestabilização e eventual destruição do sistema (LUHMANN, 1996, p. 53).

Se, por exemplo, o ambiente do sistema político apresenta *feedback* negativo em relação às medidas de um estado intervencionista (podemos imaginar, aqui, protestos, greves, etc.), estas provavelmente serão mantidas em número e grau aceitáveis. Não haverá grande distância entre o ambiente e o sistema, as mudanças no sistema serão amortecidas pelo entorno e o sistema político permanecerá estável. Contudo, se o *feedback* é positivo, é bastante provável que essas medidas

comecem a aumentar em número e grau. Se não for estabelecido um limite para essa intervenção, o sistema político estará em risco e o ambiente também sofrerá com a desestabilização do sistema. Basta imaginar um cenário em que já não seria possível distinguir o sistema econômico do sistema político, tamanho o grau de interferência de um no outro.

Contudo, mesmo com os aportes da Cibernética, algumas perguntas continuam não sendo respondidas pela teoria dos sistemas abertos, o que faz com que ela, isoladamente, não tenha utilidade para a Sociologia. Ela não explica o que é um sistema; como um sistema se diferencia de seu ambiente; ou como os sistemas evoluem e se tornam cada vez mais complexos mantendo sua diferença em relação ao ambiente, ou seja, que operações o sistema realiza para se reproduzir e ainda assim manter essa diferença. Estas perguntas são respondidas pela teoria do fechamento operacional. Não se trata de pensar, contudo, em sistemas fechados, mas sim em sistemas cujo fechamento operacional é condição de possibilidade para a abertura ao ambiente (LUHMANN, 1996, p. 55).

Para responder essas perguntas e formular sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, Luhmann utiliza, para enumerar apenas algumas de suas influências sistêmicas, a Cibernética de Segunda Ordem (ou cibernética dos sistemas que observam) de Heinz von Foerster; a lógica polivalente de Gotthard Günther; o conceito de autopoiese de Humberto Maturana; e o conceito de forma de George Spencer-Brown (LUHMANN, 1996, p. 59).

2.2 SISTEMA E AMBIENTE: FECHAMENTO OPERACIONAL, AUTOPOIESE E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

Uma das perguntas que mais interessam aos sistêmicos é a de como o sistema se diferencia de seu ambiente. Como se estabelece e mantém o limite, a fronteira entre o sistema e seu entorno?

A pergunta é feita pelo próprio Maturana (1998, p. 103), que, ao conceber o conceito de autopoiese, afirma que, enquanto observando uma célula podemos ver claramente o espaço físico que ela ocupa e suas fronteiras em relação ao ambiente, o mesmo não ocorre quando se observa uma sociedade.

Na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos essa resposta é dada pela formulação do matemático George Spencer-Brown e por seu conceito de forma de dois lados.

Ao contrário de tantas outras teorias que definem o sistema como uma unidade, aqui o sistema é a diferença entre o sistema e o ambiente. A ideia de uma teoria da diferença não é revolucionária e nem pertence ao campo do saber esotérico, já que Gregory Bateson, por exemplo, define a informação como “uma diferença que faz a diferença”. A partir do momento em que recebemos uma informação, já não somos os mesmos, independentemente do que decidimos fazer a partir dela. Então toda informação é uma diferença que produz uma diferença entre o estado anterior e o atual (LUHMANN, 1996, p. 61-64).

A formulação de Spencer-Brown, que ajuda a compreender essa ideia de sistema como diferença, pode ser explicada com um exercício de imaginação. Pensemos em uma folha de papel em branco na qual é desenhada uma linha horizontal. Esse símbolo, por mais simples que seja, estabelece uma diferença. Já não é possível, por exemplo, desenhar outra linha horizontal no mesmo local da linha já traçada. Essa diferença criou uma diferença. E todas as outras linhas desenhadas a seguir deverão levar em consideração as linhas já traçadas, ou seja, as diferenças já existentes. A forma, em Spencer-Brown, é essa marca que separa dois lados, que já não permite que a diferença não seja levada em consideração. Na teoria dos sistemas sociais, o sistema é essa forma de dois lados, essa diferença traçada através de uma operação: de um lado está o sistema e do outro o ambiente (LUHMANN, 1996, p. 64-67).

A ideia pode parecer simples, mas é extremamente complexa do ponto de vista matemático. Note-se, por exemplo, que, ao traçar a linha, a diferença marcada só se manifesta com o tempo. É só quando se pensa em traçar uma segunda linha que a diferença é levada em consideração. Além disso, Spencer-Brown usa apenas uma única operação: traçar uma linha. E quem define essa operação é o próprio operador no momento em que realiza a primeira distinção.

Quando estas noções são transferidas para a teoria dos sistemas, conseguimos afirmar que é o próprio sistema (operador) quem define a operação que o distingue do ambiente. E, com o tempo, a cada nova operação distintiva, as diferenças já estabelecidas serão ser levadas em consideração. Daí porque se afirma que os sistemas são autorreferentes (referem-se sempre a suas próprias

operações) e dotados de recursividade (suas operações repetem-se no tempo, sempre levando em consideração as operações anteriores) e que apenas um tipo de operação produz e reproduz o sistema (a operação que o distinguiu do sistema). A diferença entre o sistema e o entorno perpetua-se pelo fato de que uma operação seleciona outras operações de mesmo tipo, concatenando-as no tempo, deixando de fora outros tipos de operações (LUHMANN, 1996, p. 67).

Se estamos analisando o sistema jurídico, podemos afirmar, por exemplo, que o Direito se diferencia do seu ambiente ao estabelecer a diferença entre Direito e Não-Direito. A partir daí, está definida a fronteira do Direito: tudo que é Direito está dentro do sistema e tudo que é Não-Direito está no ambiente. O sistema jurídico repetirá essa operação diversas vezes ao longo do tempo, marcando sua fronteira. E é por isso que o sistema jurídico permite que o adultério já tenha sido considerado crime (Direito) e hoje não seja mais (Não-Direito). Para que o Direito, através de uma operação, descriminalizasse o adultério, teve que levar em consideração uma diferença anterior que já estava marcada (o adultério era considerado Direito). Assim, é o próprio Direito que, através de suas operações recursivas, define suas fronteiras, traçando continuamente diferenças entre o que está dentro e fora do sistema. Pouco importa para o Direito, por exemplo, se o adultério é imoral (sistema da moral) ou pecado (sistema da religião), já que ele continuará sendo Não-Direito.

Essa forma de dois lados não dá espaço para uma terceira opção excluída, havendo, portanto, sempre um ponto cego na observação do sistema. Para o próprio sistema, há uma dualidade: ou algo pertence ao sistema (autorreferência) ou algo pertence ao ambiente (heterorreferência) (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 46-49).

Para o Direito, não existe algo que seja meio-Direito ou que ora pertença ao Direito, ora não. Para a Família, não existe alguém que faça parte da família apenas pela metade ou só em algumas situações. A unidade do sistema é estabelecida a partir da diferença.

De fato, quando paramos para pensar, vemos que boa parte do raciocínio humano, e devemos lembrar que os seres humanos também são sistemas e funcionam como sistemas, ocorre naturalmente de maneira dual. Só conseguimos definir a luz a partir da escuridão, a vida a partir da morte, o homem a partir da mulher, o eu a partir do outro. Concebemos intelectualmente a existência de um objeto chamado luz e de outro objeto chamado escuridão, mas um só existe a partir

do outro. Se a escuridão não existisse, ninguémalaria em luz, já que o conceito está na diferença. É o que o famoso símbolo chinês do yin-yang tenta nos ensinar.

Outro conceito de Spencer-Brown que Luhmann utiliza é o de *reentry*, que também pode ser chamado de reentrada da forma na forma. Através desse mecanismo, a diferença que o sistema estabeleceu entre si mesmo e o ambiente, ou seja, a forma de dois lados, é levada para dentro do sistema, que, como vimos, pode ser definido como a própria forma de dois lados, estabelecendo-se uma nova distinção sistema/ambiente. Com isso, formam-se, dentro dos sistemas, subsistemas com seus próprios ambientes. Criam-se sistemas de sistemas. O sistema sociedade, por exemplo, ao levar para dentro do próprio sistema a diferença sistema/ambiente, permite que surja o subsistema do Direito (e seu ambiente), o subsistema da Economia (e seu ambiente), o subsistema da Arte (e seu ambiente), etc. O *reentry* permite, portanto, que os sistemas se especializem, criando unidades sistêmicas especializadas e específicas. É o que se chama de teoria da diferenciação dos sistemas (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 49).

No campo do Direito, vemos o fenômeno da reentrada quando o sistema jurídico cria diversos outros sistemas dentro de si mesmo: o Direito Penal, o Direito Constitucional, o Direito Ambiental, etc., cada um deles com suas próprias regras.

Para Luhmann, a operação básica da sociedade é a comunicação. Em outras palavras, a sociedade distingue-se de seu ambiente através da comunicação e todas as operações que ocorrem dentro do sistema da sociedade dependem de comunicação (LUHMANN, 1996, p. 68).

A consequência disto é que o sistema se fecha para o seu ambiente através de suas operações internas. É o fechamento operacional. Em outras palavras, tudo que não for comunicação estará necessariamente no ambiente da sociedade. É o caso de um pensamento, de uma reação química, da poluição de um rio ou da temperatura de uma cidade.

O cenário, aqui, é, de um lado, de um sistema operacionalmente fechado, que depende de sua própria organização e de suas próprias estruturas, e, de outro lado, de um ambiente desordenado ou ordenado de maneira fragmentária, em pedaços pequenos que não formam uma unidade (LUHMANN, 1996, p. 84).

É por isso que se costuma dizer que o ambiente é mais complexo do que o sistema. Se pensamos, por exemplo, no ser humano como um sistema, vemos que no ambiente há um número enorme de bactérias, fungos, vírus, elementos químicos,

fatores ambientais, animais, etc. O fato de o corpo humano ter se fechado em suas próprias operações, abrindo-se de maneira pontual para o entorno, através, por exemplo, da alimentação ou da respiração, é o que permite a nossa sobrevivência enquanto espécie. Basta uma abertura não prevista do sistema para o ambiente para que todo o sistema fique em risco, como é o caso de um ferimento que deixa o corpo vulnerável a infecções.

Isso não significa, contudo, que o sistema esteja completamente isolado de seu ambiente. É importante levar em consideração, para compreender o conceito de comunicação ecológica (comunicação entre sistema e ambiente), que os acoplamentos estruturais permitem certa coordenação ou integração entre sistema e ambiente (LUHMANN, 1996, p. 84).

Luhmann diferencia os conceitos de auto-organização, que é a capacidade e necessidade de o sistema construir suas próprias estruturas, já que não existe a possibilidade de importação de estruturas do ambiente para dentro do sistema; e autopoiese, que é capacidade de o sistema criar e recriar a si mesmo, autorreproduzindo-se através de um direcionamento que é dado pelas operações anteriores desse mesmo sistema (LUHMANN, 1996, p. 85).

Para facilitar a compreensão da teoria da autopoiese de Maturana e Varela, na qual Luhmann se inspira para formular sua própria teoria, Maria José Esteves de Vasconcellos (2002, p. 136) propõe que o leitor lembre os experimentos óticos em que se observa uma imagem por um período de tempo e, em seguida, fixa-se o olhar em uma superfície branca, o que produz um efeito de luz similar ao da imagem observada. Ainda que o observador saiba que a superfície continua perfeitamente branca, não pode deixar de ver algo em seu campo de visão.

O que se pretende enfatizar, com isso, é que as estruturas biológicas (no exemplo dado, os receptores de luz do organismo), não simplesmente apreendem o ambiente “como ele é”. O que existe é uma complexa interação entre sistema e ambiente. O que entendemos por cores ocorre por conta da mediação da linguagem, mas não temos como saber se outra pessoa enxerga o azul da mesma forma que nós enxergamos.

Com base nessas ideias, Maturana e Varela desenvolveram o conceito de determinismo estrutural, ou seja, o sistema sempre se relaciona com o ambiente com base na sua estrutura naquele momento. Em outras palavras, o sistema sempre

estará em acoplamento estrutural com seu ambiente e, nessas interações, tanto sistema quanto ambiente mudam (VASCONCELLOS, 2002, p. 136).

Se uma pessoa está acostumada a andar apenas em superfícies planas e passa a andar em zonas montanhosas, seu corpo, aos poucos, se adaptará ao novo ambiente. Talvez desenvolva músculos que não tinha antes, talvez sua capacidade cardiorrespiratória se altere. Da mesma forma que nossos receptores de luz, nossos músculos são acoplamentos estruturais, ou seja, são estruturas que permitem interações entre o sistema e o ambiente. Quando o ambiente exige do músculo mais força ou mais resistência, o organismo reage e se adapta.

No campo do Direito, podemos pensar no que ocorreu a partir das demandas consumeristas de massa. Novas estruturas, a exemplo, dos Juizados Especiais surgiram para dar conta da nova realidade. Quando pensamos nas famílias, vemos hoje novas conformações familiares que surgiram a partir de transformações sociais, a exemplo das famílias monoparentais, das famílias homoafetivas, etc.

Organização, em Maturana, é a configuração das relações entre os componentes do sistema, que, ao ser distinguida pelo observador, define a identidade do sistema. Sabemos que um relógio é um relógio, e não uma bússola, a partir da observação de seus componentes e das relações existentes entre eles. Uma mudança na organização de um sistema o desconfigura. Um relógio sem ponteiros deixa de ser um relógio (VASCONCELLOS, 2002, p. 137-138).

Já a estrutura, para Maturana, é a configuração das relações concretas que caracterizam aquele sistema como um caso particular dentro de uma organização ou identidade. A estrutura de uma mulher é alterada por uma cirurgia que remove seus ovários, mas ela não deixa de ser mulher por isso. Uma mudança na estrutura do organismo não o desconfigura. A estrutura dos organismos, em seu acoplamento estrutural com o ambiente, sofre diversas alterações (VASCONCELLOS, 2002, p. 137-138).

Com o conceito de fechamento estrutural do sistema, Maturana elucida ser impossível, de fora, prever como um organismo vivo se comportará e muito menos instruí-lo a fazer algo. E isso porque eles são sistemas autopoieticos, ou seja, sistemas que não seguem instruções do ambiente e que são responsáveis por sua própria organização (auto-organização). Através do acoplamento estrutural, o sistema reage ao ambiente, adaptando suas estruturas internas, mas caso essas

alterações não sejam suficientes, o sistema será extinto (VASCONCELLOS, 2002, p. 139).

No exemplo das demandas consumeristas de massa, não é difícil prever o que ocorreria com o sistema jurídico caso ele se mostrasse incapaz de responder adequadamente às necessidades ambientais. A História mostra o que acontece com sistemas penais ineficazes, que se mostram lenientes com quem faz justiça com as próprias mãos. Nesses casos, o sistema jurídico continua existindo, mas serve apenas como fachada, já que deixa de cumprir sua função social.

Luhmann (1996, p. 89) enfatiza que, em um processo circular, as estruturas são formadas a partir das operações do sistema e que o rumo destas mesmas operações é determinado pelas estruturas. Parece paradoxal, mas é, por exemplo, o que acontece no campo da linguagem. A linguagem é condição para que possamos falar, mas, ao mesmo tempo, a linguagem não é possível sem as operações de fala. Então a linguagem surge a partir da fala, mas a fala é determinada pela linguagem.

Os sistemas autopoieticos de Maturana, além de produzirem suas estruturas a partir de suas próprias redes de operações, criam a si mesmo como sistemas. Eles são autônomos e definem o que é relevante ou não para o sistema, ou seja, sua reação (ou não reação) a um estímulo ambiental depende apenas de operações internas (LUHMANN, 1996, p. 90).

Já vimos que é o próprio sistema que se diferencia de seu ambiente e que isto não significa, contudo, que o sistema esteja isolado deste entorno. Mas resta ainda uma pergunta de fundamental importância: como o sistema se relaciona com o seu ambiente? Esta relação ocorre através de que instrumentos?

Aqui entra em cena um outro conceito de Maturana: o de acoplamento estrutural.

Como os sistemas autopoieticos são autônomos e estruturalmente fechados, seus estados internos não são determinados pelo ambiente, salvo se a influência do entorno for destrutiva. Em outras palavras, o sistema cria suas próprias estruturas, não sendo capaz de importá-las do ambiente, o que, contudo, não impede que o entorno destrua o sistema. As relações entre ambiente e sistema ocorrem através de estruturas do sistema que estão acopladas ao entorno. Isso significa que o sistema seleciona partes do ambiente para acoplar-se, deixando muitas outras partes de fora. O que o sistema não seleciona não tem como exercer influência sobre ele, salvo se para destruí-lo. Assim, no fim das contas é o próprio sistema que escolhe o

que, no ambiente, é passível de irritá-lo, estimulá-lo, perturbá-lo. O sistema, ao selecionar que informações do entorno produzem irritações internamente, reduz a complexidade do ambiente, já que o sistema lidará não com todo o ambiente, mas apenas com as partes escolhidas, mas aumenta a complexidade do próprio sistema, que terá estruturas cada mais sofisticadas para lidar com o entorno (LUHMANN, 1996, p. 98-100).

Nossos olhos e nossos ouvidos são exemplos de acoplamentos estruturais. Nós, como seres humanos, não somos capazes de captar todas as cores e sons que existem no mundo. Os olhos e os ouvidos são estruturas que selecionam algumas frequências de luz e som. A complexidade do ambiente é reduzida, de forma que lidamos apenas com o espectro de cores visível e com o espectro sonoro audível. Para tanto, o olho e o ouvido humano tornaram-se extremamente complexos. Se no início da evolução o olho era apenas uma estrutura capaz de diferenciar a luz da escuridão, hoje esse olho é capaz de diferenciar tons de cores nessa luz.

Mas talvez o exemplo mais importante de acoplamento estrutural seja a linguagem. Tanto a consciência (sistema psíquico) quanto a comunicação (sistema social) utilizam a linguagem para interpretar o ambiente. Isso significa que há diversas possibilidades de percepção e que a linguagem seleciona apenas algumas delas. A seleção é tamanha que basta uma pequena alteração na pronúncia das palavras para que elas se tornem incompreensíveis. Por mais sofisticada que seja a linguagem, ela nunca dará conta da complexidade do ambiente, já que é, em essência, apenas um recorte do entorno (LUHMANN, 1996, p. 101-102).

Neste ponto, é conveniente esclarecer que o ser humano não é uma unidade autopoietica, mas sim uma multiplicidade de sistemas: sistema psíquico (consciência), sistema orgânico, sistema neurofisiológico, etc. Todos estes sistemas estão fora do sistema sociedade, ou seja, no ambiente da sociedade. Contudo, o sistema psíquico, por utilizar a linguagem, é capaz de estimular, irritar a comunicação social, que também se vale da linguagem. Assim, é possível dizer que os sistemas de comunicação se acoplam aos sistemas de consciência (e vice-versa) através da linguagem (LUHMANN, 1996, p. 101-102).

No processo comunicacional, pode-se diferenciar o ato de comunicar, a informação e o ato de compreensão. Enquanto a informação é uma autorreferência, já que é o próprio tema a ser tratado, o ato de comunicar é uma heterorreferência, uma vez que diz respeito a quem está comunicando. Alguém pode afirmar, por

exemplo, que não queria dizer isso, mas sim aquilo, o que não envolve a informação em si, mas sim o ato de comunicar, que não é interno, mas sim externo ao sistema (LUHMANN, 1996, p. 68).

Tanto os sistemas psíquicos quanto os sistemas sociais funcionam através de um acoplamento entre autorreferência e heterorreferência e ambos possuem estruturas de sentido (LUHMANN, 1996, p.71-73). Essa ideia torna-se clara quando nos damos conta de que os seres humanos enxergam e são capazes de refletir sobre o ato de enxergar, pensam e são capazes de refletir sobre o pensamento. Nossa consciência possibilita que nossos sistemas psíquicos sejam capazes não só de apreender o mundo (autorreferência), mas também de refletir sobre o ato de apreender (heterorreferência).

Em Luhmann, os sistemas psíquicos são observadores externos da sociedade, ou seja, nós compreendemos que fazemos parte de uma vida social, mas não conseguimos nos comunicar individualmente dentro desse sistema social, justamente porque estamos no entorno. É a própria sociedade que se ocupa de sua comunicação e autodescrição (LUHMANN, 1996, p.74). Assim, uma pessoa, apesar de ser capaz de observar externamente a sociedade, não conseguirá alterar o fato de que desde o século XIX a sociedade ocidental descreve-se como capitalista e mais recente passou a definir-se como pós-moderna⁸.

2.3 CONSTRUTIVISMO RADICAL: O SUJEITO DANDO LUGAR AO OBSERVADOR

Até mais da metade do século XX, a ciência concebia a ideia de um observador externo – um sujeito (individual ou coletivo) ou uma rede de investigação – dotado de capacidade cognitiva. A partir desta noção desenvolveu-se a teoria analítica, segundo a qual é o observador que decide o que será chamado de sistema e o que será chamado de ambiente e quais os limites entre um e outro, ou seja, os conceitos de sistema e ambiente são construções do teórico; e a teoria concreta, que parte do pressuposto de que o sistema já existe na realidade, cabendo ao observador apenas descrevê-lo. Ambas as teorias enfrentam as dificuldades advindas desse observador externo pressuposto: os analíticos são obrigados a

⁸ O tema da comunicação na teoria dos sistemas é objeto do subtópico 2.4, para o qual remetemos o leitor interessado em aprofundar-se nas ideias aqui esboçadas.

aceitar que não tem total liberdade para delimitar seu objeto, sendo necessária a observação da realidade para a definição do campo teórico; já os concretistas nunca conseguem delimitar satisfatoriamente o que designam como sistema (LUHMANN, 1996, p. 55).

A Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos desenvolveu-se no contexto do construtivismo radical, corrente de pensamento que teve início nos anos 1950, com alguns dos pensadores aos quais já fizemos referência, a exemplo de Heinz von Foerster, dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, do lógico Gotthard Günther, do psicólogo Paul Watzlawick e do filósofo Ernst von Glasersfeld, tendo sido relevantes ainda as descobertas de George Spencer-Brown (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 35-36).

Já vimos que, segundo o Princípio da Incerteza de Heisenberg, o elétron muda seu curso quando iluminado e observado. Também já comentamos que a forma como percebemos as imagens e as cores não depende apenas de uma realidade externa a nós, como diversos experimentos óticos são capazes de demonstrar. O mesmo raciocínio aplica-se a tudo o mais que percebemos do mundo. Há, entre observador e observado, uma relação extremamente complexa, sendo impossível a apreensão desta complexidade através de um simples esquema sujeito/objeto.

O ponto de partida do construtivismo radical é justamente o questionamento dessa clássica distinção sujeito/objeto. A realidade é uma construção do observador, de sua experiência, e todo conhecimento sobre o mundo é também um conhecimento sobre si mesmo. Quando um biólogo, por exemplo, observa sistemas vivos, ele observa a si mesmo, já que também é um deles. Sujeito e objeto fundem-se, já que o observador é parte do mundo que observa, inexistindo observador exclusivamente externo. Com isso, a distinção sujeito/objeto torna-se inútil (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 36-38).

Luhmann (1996, p. 55-57) destaca que o observador já está de antemão condicionado pelos sistemas físicos, químicos, orgânicos, psíquicos e sociais que observa. E isto porque o observador faz parte do mundo que ele está observando. Não há uma diferença constitutiva entre sujeito e objeto porque ambos participam de uma base operativa já dada, até porque tanto sujeito quanto objeto são sistemas. A ciência, para observar, precisa ela mesma estar constituída como sistema. Toda

observação é, portanto, autológica: o que é válido para o objeto também é válido para o observador.

Nenhuma informação é exterior, ou seja, importada do ambiente para dentro do sistema. As informações são processadas internamente e decorrem de experiências de percepção e compreensão. O sistema constrói uma memória interna, fruto de suas operações, e essa memória produz novas percepções, experiências e operações. Essa autoprodução é justamente a autopoiese do sistema (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 39).

Não é incomum, por exemplo, que dois irmãos criados juntos relatem experiências muito diferentes de sua infância. Um dos irmãos pode falar da mãe como uma pessoa afetuosa e gentil enquanto o outro afirma que a figura materna era fria e distante. Cada um desses sistemas psíquicos perceberá o ambiente de uma forma, e essas experiências formarão uma memória que influenciará todas as outras operações do sistema. Talvez o irmão que narra ter tido uma mãe fria mime seus próprios filhos em demasia como mecanismo de compensação, talvez opte por não ter filhos, talvez escolha uma esposa muito diferente de sua própria mãe (ou uma muito parecida). As variáveis são tantas que é praticamente impossível prever como um sistema de tal grau de complexidade se comportará. O ponto que se pretende destacar aqui é que não existe uma mãe-objeto que pode ser conhecido por esses dois sujeitos. A mãe só existe como uma operação do próprio sistema, e a forma como ela é percebida é uma fusão entre observador e observado. A imagem da mãe que um dos irmãos tem não pode ser transferida para a consciência do outro irmão. Daí porque se afirma que não existe a possibilidade de importação de uma informação do ambiente para o sistema.

A crítica feita pelos sistêmicos a essa distinção sujeito/objeto é extremamente radical e atinge a fundação do racionalismo moderno, com seu conceito de sujeito racional. Como já vimos, pensar sistematicamente é romper com o paradigma vigente e aceitar uma forma completamente diferente de ver o mundo e de fazer ciência.

A tradição humanista concebe a ideia de sujeitos dotados de razão que observam um mesmo mundo. Existiria uma realidade ontológica, um plano fenomênico *a priori*, ou seja, um mundo externo a esse observador transcendental. A ideia é inconcebível no paradigma sistêmico, já que cada sistema produz suas próprias operações, que são os pressupostos de sua cognição. Assim, cada sistema

possui sua própria razão e seu próprio mundo. Em outras palavras, para conhecer a realidade precisamos observar o observador, ou seja, precisamos, na terminologia de Foerster, ser observadores de segunda ordem (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 40-41).

Luhmann (1996, p. 126-127) afirma que a observação de segunda implica em uma redução de complexidade, já que, ao invés de lidar com toda a complexidade do mundo, lida-se apenas com os esquemas do observador, mas implica também em um aumento de complexidade, já que a observação de segunda ordem é uma observação sobre uma observação de primeira ordem. Através de observação de segunda ordem, contudo, o observador consegue observar aquilo que está no ponto cego da observação de primeira ordem. Todas essas observações envolvem contingências, já que há outras possibilidades de observação que não aquelas.

Daí porque as novas disposições da teoria dos sistemas deixaram de lado a distinção sujeito/objeto e passaram a utilizar a distinção operação e observação: operação que o sistema de fato realiza e observação, que pode ser realizada pelo próprio sistema ou por outro sistema (LUHMANN, 1996, p. 87). Com isso, abandona-se a ideia de um observador universal e adota-se a concepção de múltiplos focos de observação, cada um representando uma experiência interna própria do sistema (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 41).

Maria Esteves Vasconcellos (2002, p. 139-141) destaca que a ciência moderna defendeu a objetividade, buscando afastar-se de todas as experiências subjetivas, e que o novo caminho proposto pelos sistêmicos é, como chama Maturana, o de uma objetividade entre parênteses. Nessa “objetividade”, a distinção que o observador faz constitui uma “realidade”, ou seja, o objeto passa a existir a partir do momento em a distinção é traçada pelo observador. Não há, contudo, algo real, algo que exista independentemente do observador, já que todas as nossas experiências somente podem ser validadas através de outras experiências. Se eu vejo um copo em cima de uma mesa, não tenho como saber se se trata de uma alucinação, já que eu só posso confirmar a existência do copo através de outra experiência (a do toque, por exemplo).

Não se trata, contudo, de uma proposta solipsista, da ideia de um observador fechado em si mesmo. O que se busca são espaços intersubjetivos, espaços consensuais de validação de experiências subjetivas, comunidades de acoplamentos estruturais entre observadores. Se na objetividade sem parênteses

busca-se a teoria verdadeira em caso de teorias alternativas sobre um mesmo fenômeno, na objetividade com parênteses busca-se um diálogo, já que cada uma dessas teorias oferece respostas a diferentes perguntas dos observadores. Assim, ao invés de uma verdade, múltiplas versões, múltiplas narrativas, múltiplas verdades e consenso (VASCONCELLOS, 2002, p. 139-141).

Segundo Luhmann (1996, p. 125-126), os conceitos de sujeito e sociedade surgiram com a modernidade, na época em que a burguesia, tentando lidar com o colapso do mundo aristocrático, e ainda sem uma teoria da sociedade, começou a empregar as diferenciações senhor/escravo, nobre/servo, tradição/modernidade, etc. Esse conceito de sujeito, contudo, nunca deu conta da intersubjetividade, das interações entre muitos sujeitos e da relação entre sujeito e sociedade, razão pela qual hoje temos tantos problemas ecológicos e envolvendo tecnologias de risco.

Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho (2013, p. 40-43) defendem que há um autoritarismo nessas representações racionais ou teológicas da sociedade fixadas como centros de certeza e de segurança. Seja através de ideia de Deus, seja através da ideia de Razão, a tradição filosófica europeia produziu uma semântica com pretensões normativas e universais, semântica esta que estava sempre em descompasso com uma estrutura social em constante transformação, semântica de único olhar que, por oprimir outras possibilidades, é violenta.

O construtivismo radical desenvolveu-se, contudo, com uma limitação, já que analisa apenas o observador que é uma consciência, ou seja, um sistema psíquico, uma mente humana que cria uma realidade. Justamente por isso os principais estudos ocorreram em áreas como a neurologia, a psicologia e a biologia. Luhmann, como sociólogo que é, vai além, uma vez que seu interesse é nas operações que pressupõem um grande número de sistemas de consciência. É o que ele vai chamar de comunicação social, a unidade operativa básica dos sistemas sociais (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 43).

Como destaca Luhmann (1996, p. 116-123), o observador não pode ser concebido exclusivamente como uma consciência, um cérebro, um sistema psicológico ou um sujeito transcendental, já que sistemas de comunicação também possuem a capacidade de observar a si mesmos (auto-observação) e a outros sistemas (hétero-observação). A sociologia, por exemplo, observa a política ou a economia como observadora externa, mas analisa a sociedade como observadora

interna. O que interessa aqui, portanto, é se o observador está dentro ou fora do sistema, ou seja, de um lado ou de outro da distinção traçada.

A comunicação será o tema do próximo subtópico e encerrará essa breve incursão no pensamento sistêmico.

2.4 A COMUNICAÇÃO COMO DUPLA CONTINGÊNCIA

A comunicação é formada por três elementos – mensagem, informação e compreensão⁹ – e desenvolve-se a partir de dois polos, que, por motivos didáticos, costumam ser chamados de Alter e Ego (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 58-59).

Já vimos que os sistemas autopoieticos são operativamente fechados e que não há importação de informações ou estruturas de fora, ou seja, do ambiente, para dentro do sistema. O sistema, internamente, através de suas próprias operações, constrói as estruturas que ele utilizará.

É por isso que não é possível, no processo de comunicação, que um sistema passe uma informação para outro sistema. Um ser humano não tem como transferir dados de sua própria mente para a mente de outra pessoa, já que os sistemas psíquicos são operativamente fechados. Eu não tenho como fazer outra pessoa sentir o gosto do atum que eu sinto e que é tão desagradável para mim. A outra pessoa também não tem como me fazer sentir o quanto o gosto do atum é prazeroso para ela. Tudo o que se pode fazer é tentar explicar a sensação através de analogias e comparações, mas dificilmente há êxito nesse processo, tanto que não é incomum ouvir pessoas exclamando “Eu não consigo entender como uma pessoa pode não gostar de chocolate! É a coisa mas gostosa do mundo!”.

Para os sistêmicos, a comunicação é um evento duplamente contingente e, por isso, altamente improvável. Toda comunicação envolve, inicialmente, a seleção, pelo emissor da mensagem, de um determinado sentido para a informação que ele almeja compartilhar. Considerando o fechamento operacional, esse sentido varia em função do contexto e da memória de cada sistema. O emissor (Alter) emite uma

⁹ Artur Stamford da Silva (2016, p. 48) chama a atenção para o fato de que as palavras utilizadas por Luhmann, em alemão, são *information* (informação), *mitteilung* e *verstehen* (compreensão). *Mitteilung* foi traduzido para o espanhol como “ato de comunicar” ou “ato de informar”, mas ele mesmo prefere traduzir a palavra para partilhar. Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho (2013, p. 58) preferem falar em informação, mensagem e compreensão. Utilizaremos aqui, para expressar a ideia de *mitteilung*, ora “emitir uma mensagem” ora “partilhar”.

mensagem para o receptor (Ego) que contém uma informação (uma determinada seleção de sentido), podendo Ego compreender ou não que uma mensagem foi emitida, sendo possível que Ego simplesmente ignore Alter ou não perceba que houve uma tentativa de comunicação. Caso ele compreenda que uma mensagem foi emitida, pode ou não aceitar aquela informação, ou seja, aquela seleção de sentido e, ainda assim, pode ser que o resultado pretendido por Alter não seja alcançado, já que Ego pode não atribuir àquela mensagem o mesmo sentido ou não utilizá-la como orientação ou premissa para suas comunicações futuras (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 58-59).

Há, portanto, um considerável grau de incerteza na comunicação, já que nem Alter tem como ter certeza de que foi bem compreendido e nem Ego tem como ter certeza de que compreendeu bem. Justamente por isso é mais provável que a comunicação seja exitosa entre presentes, já que os sistemas autopoieticos envolvidos no processo podem, em um processo circular, ainda que mantendo suas autonomias, checar se foram bem compreendidos ou se compreenderam bem (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 59-60).

Se pensamos em uma família, não é difícil imaginar as dificuldades envolvidas nos processos de comunicação. Um pai pode desejar expressar seu amor pelo filho dizendo o quanto ele está bonito naquela manhã. Já o filho, tendo acordado com uma enorme espinha no queixo, pode compreender aquela mensagem como uma provocação ou uma piada jocosa e reagir agressivamente. Se pensamos no sistema jurídico, basta imaginar o interrogatório de um réu por um juiz criminal e todas as dificuldades envolvidas nesse processo. O acusado, pouco escolarizado, pode nem mesmo compreender as perguntas do magistrado, que, por sua vez, interpretará as atitudes do réu como pouco cooperativas.

Artur Stamford da Silva (2016, p. 43-50) afirma que uma conversa é uma comunicação hipercomplexa, já que, quando se seleciona um tema para conversar, deixa-se de fora um multitude de outros temas de conversa possíveis. Opera-se, portanto, uma redução de complexidade, uma limitação do tema, ainda que durante a conversa possam ocorrer novas seleções e possam ser incluídas novas informações. Entretanto, a recursividade dos sistemas torna a comunicação um pouco menos improvável, já que eles se valem de suas memórias, ou seja, do repertório social construído (conceitos consolidados, diferenciações amplamente estabelecidas, referências limitadoras, etc.). A comunicação envolve, portanto,

autorreferência (o sistema utiliza, como referência, suas seleções, operações e informações anteriores) e heterorreferência (o sistema lida com as novas informações oriundas do ambiente, desse outro sistema). Há observação de segunda ordem, já que se observa a informação partilhada e como essa informação foi partilhada ou compreendida.

Mas se a comunicação é tão improvável e tão complexa, então como é possível que ela não só ocorra como também seja a operação básica da sociedade? Como é possível reduzir o grau de incerteza, contingência e complexidade do processo comunicacional?

Para responder essa pergunta é preciso, inicialmente, enfatizar que nem sempre as sociedades possuíram o grau de complexidade das modernas. Pode-se dizer que, num primeiro estágio, as sociedades eram segmentárias, ou seja, sua comunicação se organizava de acordo com critérios naturais (gênero, idade, etc.). Num segundo momento, as sociedades diferenciaram-se segundo critérios geográficos ou territoriais (cidadão/estrangeiro, campo/cidade, etc.). No terceiro estágio evolutivo, a diferenciação baseou-se em estratificação social (nobre/servo, superior/inferior). E, por fim, temos as sociedades modernas, cujos sistemas atendem a critério funcionais, ou seja, subsistemas sociais (Direito, Economia, Política, Arte, etc.) especializam-se na solução de problemas específicos (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 60-61).

Talvez não seja demais ressaltar que não há, aqui, juízo de valor acerca de qual estágio de evolução da sociedade é melhor ou pior. É inegável que as sociedades modernas são mais complexas e mais funcionalmente diferenciadas, mas isso não significa que as sociedades pré-modernas sejam primitivas ou inferiores. Se pensamos ecologicamente, por exemplo, vemos que as sociedades modernas são as que mais provocam degradação ambiental e são as que apresentam os maiores índices de doenças sociais, que resultam de um estilo de vida baseado no consumo e no excesso, a exemplo da obesidade, da diabetes, do câncer, da ansiedade, da depressão, etc.

Com a evolução da sociedade, meios de comunicação foram se constituindo, ou seja, vias de sentido pré-estabelecidas que utilizamos para pensar, partilhar e compreender. São eles a linguagem; os meios de difusão (imprensa, rádio, televisão, internet, etc.), especializados na comunicação entre ausentes; e os meios

de comunicação simbolicamente generalizados¹⁰, sendo estes últimos responsáveis por tornar possível uma comunicação que, de outra forma, não seria viável. É muito improvável, por exemplo, que duas pessoas concordem acerca do que é justiça, mas ambas compreendem de que se fala quando se utiliza a palavra justiça. Isso ocorre porque os meios de comunicação simbolicamente generalizados permitem que nossas expectativas¹¹ pertinentes ao significado ou sentido de algo sejam satisfeitas. Ainda que minha concepção de justiça seja completamente diferente da sua, eu espero que você compreenda do que eu estou falando quando falo de justiça (SILVA, 2016, p. 55-56).

Os subsistemas sociais, por sua diferenciação funcional, operam em meios especializados. Assim, o sistema política opera no meio do poder, o sistema econômico opera no meio do dinheiro, o sistema jurídico opera no meio das normas, etc. Com isso, aumenta-se a probabilidade de aceitação de uma informação, o que não significa que o processo comunicacional deixe de ser contingente, incerto e complexo (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 61-62).

Cada um desses subsistemas é autopoietico, ou seja, é operacionalmente fechado e cognitivamente aberto. Nenhum sistema pode exercer a função de outro e cada um deles possui seu próprio código e seus próprios programas internos. A estabilidade do sistema sociedade, dentro do qual estão todos os subsistemas sociais, depende da não corrupção desses códigos e não desdiferenciação funcional. Em um regime ditatorial, por exemplo, o sistema da política corrompe os códigos do direito e da economia, produzindo instabilidade social (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 63).

Uma interpretação estrita da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann levaria à conclusão de que subsistemas sociais não se comunicam entre si. Haveria apenas a possibilidade de o sistema acoplar-se ao seu ambiente através de uma determinada estrutura ou de um sistema, por se encontrar no ambiente de outro sistema, irritá-lo.

Trata-se de um ponto que merece problematização, já que se dois sistemas psíquicos podem se comunicar entre si, ainda que exista alto grau de

¹⁰ A partir daqui nos referiremos aos meios de comunicação simbolicamente generalizados como MCSG.

¹¹ Existem expectativas cognitivas, que são alteradas a cada novo conhecimento, e expectativas normativas, que são contra-fáticas, ou seja, que persistem ainda que não satisfeitas. Se uma lei é descumprida, espera-se que ela continue valendo (SILVA, 2016, p. 57).

improbabilidade nesse processo, então por que seria diferente com dois sistemas sociais?

É o que pensa Rafael Simioni (2011, p. 77) quando afirma que a comunicação intersistêmica possui os mesmos problemas de dupla contingência da comunicação entre sistemas psíquicos. Mas se os sistemas sociais surgiram para reduzir a dupla contingência envolvida no processo comunicativo dos seres humanos, então essa mesma dupla contingência que existe na comunicação intersistêmica faz surgir o que?

Preocupado com o alto grau de degradação ambiental e com a ineficácia do Direito Ambiental para lidar com esse cenário, Simioni (2011, p.77) sustenta que, apesar de não existir um sistema dentro desses subsistemas capaz de lidar com a dupla contingência da comunicação intersistêmica, é possível, utilizando a teoria dos sistemas, pensar em algumas possibilidades comunicativas que incrementem a capacidade de observação da complexidade do ambiente, permitindo a tomada de decisões estratégicas, capazes de viabilizar a sustentabilidade ecológica.

O que nos interessa é especificamente a comunicação intersistêmica entre direito e família, razão pela qual trataremos, nos próximos capítulos, desses dois subsistemas para, em seguida, já com os dados da pesquisa, investigar como se dá essa comunicação.

3 OS SUBSISTEMAS DO DIREITO E DA FAMÍLIA

Considerando que já foram delineados os conceitos básicos que se fazem necessários para a compreensão do pensamento sistêmico, dedicaremos o presente capítulo aos dois subsistemas que serão analisados neste trabalho: o subsistema do direito e o subsistema da família.

Posteriormente, quando já apresentados os resultados da pesquisa empírica, trataremos também da comunicação entre esses dois sistemas, mas, por ora, temos a intenção apenas de apresentar esses subsistemas em linhas bem gerais, sem nenhuma intenção ou pretensão de esgotar os temas, até porque os desdobramentos são inúmeros.

É importante frisar que tudo que foi dito até então se aplica a ambos os subsistemas, já que as categorias de análise dos sistemas autopoieticos são válidas para todos eles, existindo apenas diferenças nas funções por eles exercidas na sociedade e na forma como se estruturam internamente (seus códigos, programas, etc.). Todos são, contudo, operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, autônomos e dotados de recursividade circular. Todos operam ainda no sistema da sociedade, valendo-se da comunicação como unidade operativa básica.

3.1 UMA VISÃO SISTÊMICA DO DIREITO

Assim como todos os outros subsistemas da sociedade moderna, o sistema do Direito desenvolveu-se a partir do aumento da complexidade social, pela necessidade de reduzir as dificuldades da dupla contingência da comunicação, o que ocorre através da especialização de sistemas parciais também autopoieticos com funções específicas na sociedade.

Como já vimos, toda comunicação social envolve as incertezas de uma dupla contingência. Os subsistemas sociais surgem a partir dessa experiência humana de expectativas satisfeitas e frustradas. As expectativas que coincidem, ou seja, que são compartilhadas por mais de um ator do sistema de comunicação, começam a ser generalizadas de maneira simbólica, através de estruturas de expectativas de expectativas. Dependendo das expectativas que são generalizadas temos um

sistema religioso (expectativas de salvação da alma), moral (expectativas de boas intenções), jurídico (expectativas de certeza¹²), etc. (SIMIONI, 2011, p. 49).

Na visão sistêmica, a função do Direito não é resolver conflitos sociais, mas sim estabilizar expectativas normativas (LUHMANN, 2004, p. 152-153).

Ao contrário das expectativas cognitivas, que, quando frustradas, são alteradas ou abandonadas, permitindo um processo de aprendizagem e adaptação à realidade, as expectativas normativas sobrevivem à frustração, são contrafáticas. Isso significa que o sistema jurídico constrói mecanismos abstratos que são capazes de se manter mesmo diante da frustração. O Direito deve ser imune aos desapontamentos da instância material, mantendo as expectativas normativas inalteradas ao longo do tempo (GONÇALVES; BACHUR, 2019, p. 131-132).

O pensamento sistêmico representa um avanço no que diz respeito à autonomia e à fundamentação do direito. Como afirma o próprio Luhmann (2004, p. 71), não existe um direito supralegal, uma ideia de um direito acima do direito, não um nível superior de valores, normas ou dever-ser no sentido kelseniano. Abandona-se a busca por um fundamento externo para o direito, seja Deus, a natureza ou contrato-social, e reconhece-se que o direito fundamenta a si mesmo, cria a si mesmo, estabelece ele mesmo que temas serão considerados jurídicos e quais os procedimentos, competências e regras que tornarão algo lícito ou ilícito, válido ou inválido. É o próprio sistema jurídico, através de seu código binário direito/não direito, que estabelece o que pertence ao sistema e o que pertence ao ambiente (SIMIONI, 2011, p. 51).

A operação básica do direito, portanto, aquela que marca sua diferença entre o sistema e o ambiente é expressada através do código binário direito/não direito. Já as normas jurídicas são programas que orientam as decisões jurídicas acerca do que é ou não é direito, qualificando então a informação do ambiente como permitida/proibida, relevante/irrelevante, legal/ilegal, lícita/ilícita (SIMIONI, 2011, p. 52-53).

¹² Certeza, aqui, não é certeza científica, mas sim certeza quanto a expectativas normativas. No sistema da ciência o que existe é expectativa de verdade. No sistema do Direito o que existe é expectativa pertinente à norma jurídica. O Direito estabiliza as expectativas dos outros sistemas (incluindo os sistemas psíquicos), fixando que comportamentos podem ou não ser esperados. Nada impede que eu seja morta por alguém, mas eu espero que isso não ocorra, e que, caso ocorra, o assassino será punido, sendo fundamental para a estabilização da vida em sociedade essa expectativa normativa.

Acreditamos que um esclarecimento se mostra necessário neste ponto, já que em muitas traduções da obra de Luhmann afirma-se que o código do direito é lícito/ilícito, o que não nos parece adequado. O código, para os sistêmicos, é um valor binário que funciona como a operação básica do sistema, diferenciando-o de seu ambiente. O direito distingue-se do seu ambiente quando deixa fora do sistema tudo que não é direito. Essa é a forma de dois lados de que tratamos quando no capítulo 2, quando falamos da Spencer-Brown. De um lado da forma está o direito e do outro lado o ambiente (não-direito). Lícito/ilícito, por sua vez, é um programa interno ao sistema. É um tratamento jurídico dado a certo tema. O ilícito continua sendo direito, o que revela que não é isso que distingue o direito de seu ambiente. No ambiente do direito está o que é indiferente, e não o que é ilícito.

Vejamos agora como o sistema jurídico estabiliza as expectativas normativas, cumprindo, com isso, sua função na sociedade moderna.

Segundo Luhmann (2004, p. 148), o direito generaliza, de maneira congruente, expectativas normativas nas três dimensões de sentido: temporal, social e material.

Sentido, para os sistêmicos, é o meio – também chamado de *medium* – através do qual se opera a distinção atualidade/possibilidade (LUHMANN, 1996, p. 176). Dentre as diversas possibilidades de seleção, uma é escolhida. Quando eu afirmo que o céu é azul, eu marco uma diferença, fazendo uma seleção de cor e excluindo as demais. Isto é o meio do sentido.

Já o meio/*medium* é composto por elementos que estão interligados de maneira ampla, dando estabilidade para a construção de formas (LUHMANN, 1996, p. 172-174). As partículas de ar existentes na atmosfera da Terra, por exemplo, estão interligadas entre si, possibilitando fenômenos como a transmissão de som e luz. Se estivéssemos no vácuo do espaço, que não contém partículas de ar, não conseguiríamos sequer falar, já que não haveria meio para a transmissão das ondas sonoras. Quando pensamos em sistemas sociais, o melhor exemplo de meio é a linguagem. Sem ela não seria possível a comunicação e a existência de tamanha diversidade de sistemas.

Luhmann (2000, p. 104-105) explica que a forma é gerada a partir do encadeamento dos elementos que se encontram no meio. A forma é sempre mais forte e assertiva do que o meio, que não oferece resistência. Palavras são, portanto,

o meio no qual as frases se formam. O dinheiro é o meio no qual são estabelecidos os preços.

Assim, a função do direito na sociedade é estabilizar congruentemente as expectativas normativas, ou seja, aquelas que resistem a frustrações, na dimensão de sentido temporal – o que é agora, no presente, pode ter sido diferente antes, no passado, e pode ser diferente depois, no futuro –, na dimensão social – existem diversas estruturas sociais possíveis, mas apenas algumas delas de fato operam na sociedade – e na dimensão material – só podemos definir algo quando o diferenciamos de tudo que ele não é.

Na dimensão de sentido temporal, o direito estabiliza as expectativas através das normas jurídicas (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 90). As normas jurídicas estabilizam expectativas acerca de que comportamentos podem ou não ser esperados em um determinado momento, estabelecendo as sanções cabíveis quando há frustração destas expectativas. As normas jurídicas, por estabilizarem expectativas normativas, inclusive permitem expectativas de expectativas, ou seja, pode-se esperar não só o cumprimento da norma, mas também a manutenção da norma em caso de descumprimento.

As normas jurídicas voltam-se mais para a estabilização das expectativas dos sistemas psíquicos, não sendo tão efetivas em caso de conflitos sociais. Na dimensão de sentido social, o direito estabiliza as expectativas através das instituições. É o caso do contrato e do procedimento. Presume-se que há consenso ao redor destas instituições, de forma que elas são defendidas por concurso de terceiros em caso de condutas que as frustrem (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 91).

Por fim, na dimensão material de sentido, o direito estabiliza as expectativas fixando pontos de referência abstratos nos quais as expectativas podem ser estabelecidas de forma concreta. Existem quatro pontos de referência possíveis – pessoas, papéis, programas e valores –, mas o direito se vale principalmente dos papéis e os programas, apesar de mais recentemente, através dos princípios jurídicos, ter passado a utilizar os valores com muito maior frequência (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 91-97).

O conceito de pessoa, extremamente relevante para o sistema da família, como veremos no próximo capítulo, não é de grande valia para o Direito, que utiliza como ponto de referência não a pessoa, mas sim o papel que ela exerce no sistema

jurídico. Assim, interessa ao direito o papel do juiz, do advogado, do oficial de justiça, do defensor público, etc., mas não é relevante para o direito Dra. Fulana ou Dr. Beltrano.

Os programas são regras de decisão cuja aplicação é assegurada pelas instituições. É o caso do conjunto de normas jurídicas que regulam a compra e a venda de bens. Os programas abarcam múltiplas pessoas e papéis e são bastante variados, razão pela qual contemplam um número considerável de expectativas. Os programas podem ser condicionais – esquema “se... então...” –, hipótese em que eles dependerão de acontecimentos passados para serem ativados, tendo natureza retrospectiva. É o caso dos programas jurídicos. Um contrato de compra e venda, por exemplo, não será analisado pelo sistema jurídico a não ser que um problema já tenha se instalado. Os programas também podem ser finalísticos, prospectivos, orientados para o futuro, para o fim ou meta a ser atingida. É o caso dos programas políticos, que, como sabemos, muitas vezes estão expressos nos textos de leis e constituições (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 91-97).

Por fim, os valores podem ser utilizados como pontos de referência, sendo certo que atualmente muito deles estão positivados em normas jurídicas e estão sendo utilizados para guiar a interpretação e aplicação no direito.

Destes quatro pontos de referência, os mais abstratos são os programas e os valores, havendo um acirrado debate no atual cenário jurídico acerca dos riscos envolvidos, para a estabilidade do sistema, da utilização excessiva dos princípios, discussão que não é, contudo, objeto deste trabalho.

Levando tudo que foi dito em consideração, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho (2013, p. 96-97) afirmam que o direito moderno generaliza de forma congruente as expectativas normativas através da sanção (dimensão temporal), dos procedimentos (dimensão social) e dos programas condicionais de decisão (dimensão material).

Todas as operações jurídicas ocorrem, portanto, dentro desse sistema autopoiético funcionalmente diferenciado que, através do código binário direito/não direito, diferencia-se de seu ambiente com o objetivo de estabilizar as expectativas normativas da sociedade.

3.1.1 O Problema da Trivialização do Direito

Segundo Luhmann (1996, p. 50), o Direito vem sendo concebido como um programa de *inputs*, ou seja, há um complexo de decisões pré-estruturadas que servem como resposta (*output*) a determinadas informações (*inputs*). Ainda que esse número de informações seja grande e tenha origem bastante variada, pensa-se o Direito como uma máquina que processa informações e as responde de maneira positiva ou negativa a elas, sem maiores preocupações com as consequências destas decisões.

Luhmann (1996, p. 1) chama a atenção, contudo, para o fato de que os bons juristas, cada vez mais, preocupam-se com os *outputs* oferecidos pelo Direito, já que as decisões judiciais são muito diferentes em cada caso e estão condicionadas por situações empíricas muito distintas.

Luhmann aproveita, de Heinz von Foerster, o conceito de máquinas triviais e não triviais. As máquinas triviais são aquelas em que determinados *inputs*, após regras de transformação específicas, produzem determinados *outputs*. Os resultados são previsíveis e confiáveis. Já nas máquinas não triviais os *inputs* são afetados por estados momentâneos e por desvios, a exemplo, de um estado de ânimo. As máquinas não triviais são recursivas e capazes de alterar suas próprias regras internas. Elas são autorreferentes e seus *outputs* são imprevisíveis (LUHMANN, 1996, p. 82-83).

Tanto os sistemas psíquicos quanto os sistemas sociais são máquinas não triviais, contudo existe uma certa tendência, principalmente no sistema jurídico e no sistema da educação, à trivialização de certos aspectos do sistema. É o caso de um juiz que, diante de um caso de divórcio, analisa se aquele *input* corresponde aos requisitos de dissolução do vínculo conjugal e decide (*output*). Também é o caso de uma escola que exige de todos os alunos, indistintamente, os comportamentos previstos, punindo-os caso haja desrespeito às regras. O que Luhmann se pergunta, partindo do pressuposto de que precisamos de uma sociedade que funcione com regularidade e que permita eventuais inovações, é qual o limite dessa possibilidade de orientar a vida social segundo processos de socialização considerando que os sistemas psíquicos são não triviais (LUHMANN, 1996, p. 83-84).

Rafael Simioni (2011, p. 55-58), também preocupado com essa questão da trivialização do direito, destaca que o direito enxerga a sociedade pelo código direito/não direito, sendo indiferente aos sentidos produzidos pelos demais sistemas. Esse fenômeno de filtragem da complexidade dos múltiplos sentidos que um mesmo

fato pode apresentar (sentido econômico, político, educacional, artístico, etc.) é chamado de juridicização. A decisão jurídica só se torna possível quando uma norma jurídica incide sobre um fato social ou, em outras palavras, quando há subsunção do fato social à norma jurídica. A juridicização é inevitável e necessária, já que o sistema jurídico não opera bem quando incorpora códigos de outros sistemas. Uma decisão judicial não pode, por exemplo, preocupar-se com lucro, beleza, poder ou moralidade, sob risco de corromper-se. A juridicização, contudo, trivializa a complexidade do fato social, já que entram na comunicação jurídico apenas os elementos previstos no programa jurídico.

Os riscos da trivialização são consideráveis, uma vez que as decisões jurídicas assim produzidas não compreendem todos os aspectos da realidade, podendo ser até mesmo perigosas para quem está sujeito a seus efeitos. A situação é agravada pelo fato de que essas consequências podem nem mesmo ser lidas pelo sistema jurídico, que as interpreta como não-direito, ou seja, como ruídos sem sentido. Por outro lado, como o direito poderia contemplar aspectos não jurídicos da sociedade sem perder seu fechamento operacional e, portanto, sua identidade sistêmica? Até mesmo uma decisão jurídica guiada pelas consequências é arriscada, já que abre o sistema jurídico para a complexidade do ambiente sem gerar nenhuma segurança de que aquela decisão é a mais adequada (SIMIONI, 2011, p. 58-59).

A solução proposta por Simioni (2011, p. 67-68) para tal dilema está na observação de segunda ordem, também chamada de observação reflexiva, através da qual os riscos não previstos por um sistema podem ser observados por outro sistema. Se o direito não enxerga os riscos das novas tecnologias, a ecologia o faz; se a economia não vislumbra os potenciais problemas da entrada de novos fármacos no mercado, o sistema saúde o faz; etc.

Essa análise dos riscos, contudo, continuará tendo que enfrentar o problema da comunicação intersistêmica a que já fizemos referência anteriormente, uma vez que a leitura adequada dos riscos pelo observador de segunda ordem é inútil se o sistema não os compreende e atua a partir deles.

Uma das premissas desta dissertação é que as demandas dos presos provisórios, ainda que juridicamente relevantes, são frequentemente ignoradas pelo sistema jurídico – ou lidas de maneira precária – quando trazidas pelas famílias

destes presos, já que as informações dos familiares são tratadas pelo sistema apenas como ruído ambiental.

Pretendemos analisar, como observadores de segunda ordem, por meio dos dados empíricos coletados, se essa premissa se sustenta e como ocorre essa comunicação intersistêmica entre o direito e família, especialmente no que diz respeito aos acoplamentos estruturais atualmente operantes: servidores e demais operadores do direito, representantes jurídicos, etc.

Ao contrário de tantos outros trabalhos produzidos na academia jurídica, não pretendemos tecer considerações acerca das decisões jurídicas, da jurisprudência ou do conjunto de normas aplicável ao caso concreto. Trata-se de uma pesquisa focada não nas tradicionais preocupações das teorias do direito, mas sim em uma sociologia do direito de base sistêmica.

Como afirma Luhmann (2014, p. 59), sociólogos observam o direito de fora enquanto juristas observam o direito de dentro. Enquanto os sociólogos estão vinculados ao seu próprio sistema, que exige, por exemplo, que eles conduzam pesquisa empírica, os juristas vinculam-se ao sistema do direito. Uma teoria sociológica do direito, portanto, levaria a uma descrição externa do sistema jurídico, mas seria adequada apenas se fosse capaz de descrever esse sistema como um sistema que descreve a si mesmo (um sistema autopoietico), o que raramente foi tentado pela sociologia do direito.

Trata-se, de fato, de terreno novo e extremamente movediço, razão pela qual avançamos com bastante cautela e cientes das dificuldades envolvidas.

3.2 A FAMÍLIA NA TEORIA DOS SISTEMAS

Iniciaremos este subtópico com a advertência de que nem todos os teóricos da teoria dos sistemas concordam com a nossa premissa de que a família é um subsistema social, como veremos mais adiante na exposição.

Trata-se de um debate extremamente relevante, já que o manancial teórico do pensamento sistêmico, abordado resumidamente no capítulo 1, apenas se aplicará à família caso esta seja tratada como um sistema autopoietico.

O motivo da polêmica talvez decorra do fato de que, ao contrário da política, da economia, do direito, da educação, da ciência, da religião, da arte e de tantas

outras matérias socialmente relevantes, a família foi pouco trabalhada, e até mesmo pouco mencionada, na extensa obra de Luhmann.

O tema é desenvolvido com maiores detalhes em dois curtos artigos publicados por Luhmann na Revista *Soziologische Aufklärung*, em 1990, com os títulos: *Sozialsystem Familie*, que recebeu tradução para o espanhol em 2016 com o título “El Sistema Social Familia”, e *Glück und Unglück der Kommunikation in Familien: Zur Genese von Pathologien* (“Felicidade e Infelicidade na Comunicação das Famílias: a Gênese das Patologias”, em tradução livre nossa), que até o momento está disponível apenas no original, em alemão.

Hugo Cadenas (2015, p. 35) especula que a aparente falta de atenção que Luhmann demonstrou em relação ao tema da família pode ter decorrido de dois fatores. Em primeiro lugar, há a questão do reduzido *status* e importância da família nas sociedades funcionais diferenciadas, o que fica evidente pelo fato de que, apesar de ela ser constantemente descrita e mencionada por Luhmann quando o assunto são as formas societais prévias à moderna – sociedade segmentária e sociedade estratificada –, o sistema da família acaba ficando teoricamente subdesenvolvido quando se trata da sociedade moderna. Em segundo lugar, é possível que Luhmann possa ter chegado tarde, já que outros teóricos adotaram os conceitos da teoria dos sistemas para analisar a família antes mesmo do próprio Luhmann, a exemplo de Tyrell.

Hartmann Tyrell foi colega de Luhmann na Universidade de Bielefeld e, ainda nos anos setenta, seguiu uma proposta de Friedhelm Neidhart e argumentou que a família, dentro da perspectiva sistêmica, funciona tanto como um sistema quanto como um grupo social. Sua diferenciação ocorreria mediante regras de pertencimento de dois tipos, que se combinam: conjugalidade e parentalidade. Em um nível micro, a família seria um grupo com suas regras de pertencimento e, em um nível macro, seria um sistema funcional diferenciado internamente de maneira segmentada, em múltiplas famílias (CADENAS, 2015, p. 35-36).

Presume-se que Luhmann não concordou com as conclusões de Tyrell, já que no primeiro dos artigos acima mencionados, traduzido como “El Sistema Social Familia”, originalmente publicado em 1990, ele agradeceu ao colega pelas numerosas sugestões e pela minuciosa discussão acerca do manuscrito, mas manteve sua formulação de que as famílias se formam como sistemas sociais (LUHMANN, 2016, p. 1) e de que existem, na sociedade moderna, sistemas

funcionais, organizações, interações e movimentos sociais, mas não grupos (LUHMANN, 2006, p. 3).

Em realidade, o estudo da família, em comparação com outras áreas das ciências sociais, ainda está conceitualmente subdesenvolvido, já que, apesar da existência de muitos estudos sociológicos e antropológicos sobre a família e suas transformações, as teorias acerca do tema continuam remetendo às origens da sociologia, aos trabalhos de Max Weber, Georg Simmel, Lévi-Strauss, dentre outros. Já o paradigma sistêmico, ainda que partindo de deficiências, tem boas ferramentas conceituais para avançar na matéria (CADENAS, 2015, p.30).

Segundo Luhmann (2016, p. 1), a teoria dos sistemas está perfeitamente capacitada para lidar com sistemas caracterizados por um alto grau de orientação pessoal, como é o caso das famílias, que se formam, na sociedade moderna, como sistemas sociais, e são formadas por pessoas.

Pessoa, na perspectiva sistêmica, não é sinônimo de sistema psíquico ou sistema biológico e não equivale ao ser humano em sua integralidade. A pessoa é formada por expectativas, sejam elas próprias ou alheias. Quanto mais diversas forem estas expectativas, mais complexa será a pessoa. Através desta definição, a sociologia consegue acessar uma área que antes estava restritiva à literatura, já que se torna possível discutir temas como personalidade, autenticidade e sinceridade. O conceito evidencia que a compreensão do funcionamento do sistema psíquico não auxilia no entendimento da pessoa, já que quando conhecemos alguém de uma forma também é possível que aquela pessoa seja conhecida de diversas outras formas. Alguém pode ser visto, dentro de um presídio, como um herói maravilhoso, e, fora dele, como insípido e débil (LUHMANN, 1998, p. 288).

Na teoria dos sistemas, o conceito de pessoa é mais concreto do que o conceito de papel¹³, que é um ponto de referência abstrato, um setor do comportamento humano que é esperado por outros seres humanos. Enquanto as expectativas em relação a uma pessoa são individuais, as expectativas em relação a um papel são gerais. Podemos citar como exemplos o papel do professor, da mãe, do médico, do cantor, do paciente, etc. (LUHMANN, 1998, p. 288-289).

¹³ Remetemos o leitor para o subtópico 3.1 – Uma Visão Sistêmica do Direito –, em que tratamos das expectativas normativas que o direito estabiliza, utilizando como um de seus pontos de referência os papéis, mas não as pessoas.

Família, em uma perspectiva sistêmica, não é um conjunto de seres humanos ou das relações existentes entre eles, mas sim as comunicações que ali que ocorrem. Quando se fala de um sistema da família, fala-se única e exclusivamente de um nível comunicativo. A família de se trata aqui é um fenômeno social, sujeito, portanto, a modelações históricas e passível de adaptação em caso de alterações sociais. Em outras palavras, o foco da análise é a estrutura do sistema social família. (LUHMANN, 2016, p. 92-97).

A comunicação familiar abrange tudo que diz respeito às pessoas que integram a família, já que tanto suas condutas internas quanto suas condutas externas são relevantes internamente e são um tema legítimo de comunicação. As comunicações familiares se estimulam e irritam psiquicamente com muito mais facilidade do que as comunicações públicas. Um membro de uma família não pode simplesmente retrucar comunicações acerca de seus comportamentos, sejam eles internos ou externos ao sistema, com frases como “não é da sua conta” sem que isso tenha repercussões dentro da própria família, baseada quase sempre em uma semântica de amor, intimidade e compreensão mútua (LUHMANN, 2016, p. 95-97).

Como já vimos, pessoas aqui, não são sistemas psíquicos ou orgânicos, já que estes não pertencem a nenhum sistema, mas sim construtos do observador, que, neste caso, é a própria família.

A família poder ser caracterizada como um sistema social comunicativamente desinibido, o que significa que seus membros, por partirem do pressuposto de que ali existem indivíduos interessados em quem eles são como pessoas, sentem-se livres para propor temas de conversa ou para fazer perguntas. Ainda que os integrantes de uma família frequentemente sintam-se irritados pelas comunicações familiares, aquele espaço admite possibilidades comunicativas inexistentes em outros âmbitos sociais (LUHMANN, 2016, p. 98-99).

A integração em um sistema familiar é relevante para qualquer indivíduo, mas, no caso dos presos provisórios essa relevância é ainda maior, já que, como veremos mais adiante, no momento da apresentação dos dados empíricos da pesquisa, esses presos, excluídos dos demais sistemas sociais, muitas vezes encontram apenas na família um senso de pertencimento.

Além disso, são essas famílias que continuarão enxergando a pessoa, mesmo que ela esteja encarcerada, e que continuarão lutando, a despeito das inúmeras circunstâncias adversas, para trazê-la de volta para o seio familiar.

Nenhum subsistema social consegue incluir a totalidade da pessoa, nem mesmo a família, mas é apenas dentro dela que se torna possível que a pessoa seja o ponto de referência da comunicação. Em nenhum outro sistema a conduta das pessoas, como um todo, é vista e colocada no centro do debate, razão pela qual se pode dizer que a função do sistema da família é incluir a inteira pessoa na sociedade. Essa função única do sistema da família na sociedade é o que explica porque existem tantas expectativas e exigências ao redor da família e por que ela tão defendida por seus membros contra os outros (LUHMANN, 2016, p. 102).

Ao contrário dos demais subsistemas sociais, não é possível falar de um sistema familiar capaz de operar como uma unidade. Não há, nas sociedades modernas funcionalmente diferenciadas os clãs, tribos ou alianças tribais que existiam nas sociedades segmentárias, de modo que podemos falar apenas em famílias concretas, individuais, não sendo possível afirmar que exista um *medium*, a exemplo do amor, ou uma instituição que unifique essas diferentes famílias. O conjunto das famílias, portanto, não tem função social alguma. O que tem função social é a família concretamente analisada (LUHMANN, 2016, p. 104-105).

Segundo Luhmann (2016, p. 110), a família é um sistema social autônomo e autopoiético, já que opera fechada em uma rede recursiva de observação de observações e somente reconhece e admite operações relacionadas a este rede.

Também é a conclusão de Cadenas (2015, p. 36-39), que defende que a família moderna é um sistema funcionalmente diferenciado, tendo como característica a comunicação íntima e sendo seu código basal a distinção entre parentes (parente/não parente). Sua função social seria a inclusão do parente em uma rede de comunicação íntima e desinibida.

Observe-se que, no conceito de Cadenas, destaca-se um elemento não encontrado em Luhmann: o código parente/não parente. A partir dessa ideia, seria possível afirmar que o sistema da família apenas compreenderia as comunicações daqueles considerados parentes. Todas as outras comunicações pertenceriam ao ambiente e seriam lidas pelo sistema familiar como ruído sem sentido.

Assim, o parentesco seria a base da comunicação social da família; a partir daí esta produziria, por exemplo, sobrenomes e o conceito de casa ou lar. Os requisitos para a inclusão no sistema familiar seriam a filiação (a parentalidade) ou a aliança (a conjugalidade). O excluído de um sistema familiar, ou seja, um não-parente, poderia buscar inclusão em outro sistema familiar através de uma aliança

conjugal. Sem a possibilidade de alianças não haveria a reprodução social da família (CADENAS, 2015, p. 36-39).

Nas sociedades modernas, o problema central da família deixaria de ser a consanguinidade ou a procriação e passaria a ser a filiação, o que seria ilustrado pelas lutas dos casais homossexuais pelo direito à adoção. Além disso, as famílias monoparentais e os casamentos sem filhos demonstrariam que atualmente basta um mínimo preenchimento dos papéis familiares para que exista um sistema autopoiético (CADENAS, 2015, p. 36-39).

Teubner (2010) também destaca que a solidariedade é um componente importante das famílias e que essa intimidade varia muito de família para família, tendo cada uma suas idiossincrasias, de forma a ser impossível generalizações acerca das estruturas e operações do subsistema da família.

Interessante é o fato de que nos livros “Love as Passion: The Codification of Intimacy” (“Amor como Paixão: a Codificação da Intimidade”, em tradução livre nossa), publicado em 1982, e “Love a Sketch” (“Amor, um Esboço”, em tradução livre), publicado postumamente em 2008, Luhmann não trata da família, mas sim dos relacionamentos românticos. Trata-se de um detalhe curioso, principalmente quando se leva em consideração que a intimidade é comum tanto aos casais quanto às famílias, e que os relacionamentos amorosos muitas vezes são a base para a constituição das famílias.

Talvez isso decorra do fato de que o amor não é o *medium* da família. Além de o amor estar presente em contextos que nada tem a ver como a família, a exemplo das amizades e das relações sexuais passageiras, a comunicação familiar não depende do amor, sendo plenamente possível que parentes não se amem.

Poderíamos acrescentar, em reforço a este argumento, que existem relações familiares marcadas pelo ódio, casamentos arranjados e até mesmo casamentos que são fruto de uma tentativa de enriquecimento. Não à toa, nosso Código Civil, no Livro do Direito de Família, exige, em seu artigo 1.641, inciso II, que o maior de setenta anos case obrigatoriamente no regime de separação total de bens.

A grande vantagem de utilizar o referencial sistêmico para analisar a situação social da família é a possibilidade de compreendê-la mesmo diante das diversas estruturas que ela pode adquirir dentro da sociedade. Independentemente de essa família ser monoparental, homossexual, etc., a Teoria dos Sistemas é capaz de explicar como ela pode se comunicar com outros subsistemas da sociedade através

de acoplamentos estruturais, mantendo, ainda assim, suas estruturas internas intactas (TAKESHI, 2017, p. 27).

4 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS ACERCA DA PESQUISA EMPÍRICA

Nos capítulos anteriores, para destrinchar o marco teórico deste trabalho, desenvolvemos uma pesquisa teórica qualitativa, utilizando como procedimento a análise de conteúdo bibliográfico.

A partir de agora adentraremos na parte empírica da pesquisa, razão pela qual alguns esclarecimentos metodológicos gerais se fazem necessários.

Para essa etapa empírica da pesquisa, adotamos uma abordagem metodológica tradicional: uma análise qualitativa centrada em entrevistas. Utilizamos o termo abordagem tradicional (ou fechada), aqui, no sentido explicitado por Pires (2008, p. 158-160), ou seja, trata-se de um trabalho em que é impossível, para o pesquisador, abarcar toda a população integrante do objeto da pesquisa (todas as famílias de presos provisórios e todos os operadores do direito que lidassem, direta ou indiretamente, com a situação dos presos provisórios), razão pela qual faz-se necessário retirar uma amostra bem definida passível de posterior generalização. Já uma abordagem metodológica aberta (ou experimental) implicaria a análise de toda a população do objeto de pesquisa, o que não é viável no âmbito deste trabalho.

Epistemologicamente, a abordagem pode ser classificada como exploratória – flexível, adaptável e não-tradicional –, inspirada no Teoria dos Sistemas. Assim, a análise dos dados obtidos com a pesquisa empírica ocorrerá por uma lente sistêmica, o que significa que todo o arcabouço conceitual delineado até este ponto será a base para as conclusões e generalizações teóricas que serão conduzidas a partir do referencial empírico.

O principal método de colheita de dados utilizado no âmbito da pesquisa empírica foi a entrevista semiestruturada, em um modelo metodológico chamado de entrevista reflexiva com os sistemas, discussão que aprofundaremos nos próximos subtópicos.

Optamos pela abordagem qualitativa tanto para a pesquisa teórica quanto para a pesquisa empírica, justamente porque ela é mais flexível, construindo-se e adaptando-se ao objeto à medida que a pesquisa progride (PIRES, 2008, p. 154). Ademais, consideramos que a abordagem qualitativa é a que melhor se adequa a uma observação de segunda ordem e a um referencial teórico desconstrutivista e multidisciplinar como é o da teoria dos sistemas.

4.1. TEORIA DOS SISTEMAS E PESQUISA EMPÍRICA

A primeira pergunta que pretendemos responder é por que utilizar, em uma pesquisa empírica jurídico-sociológica, a teoria dos sistemas, e não um outro marco teórico.

A resposta é dada por Teubner (1998, p. 1-2), quando esclarece que a teoria dos sistemas pode contribuir para suprir um hiato existente entre a teoria e a pesquisa empírica em direito, especialmente após a introdução dos métodos científicos modernos. A partir daí, a teoria teria passado a ser vazia, tornando-se mais e mais filosófica e especulativa, e a pesquisa empírica teria passado a ser cega, baseando-se em uma teoria construída *ad hoc*. Esse hiato vem se agravando pela utilização, pelos sociólogos que fazem pesquisa empírica em direito, de teorias e modelos econômicos que fazem com que a pesquisa sociológica perca sua identidade, ou pela tentação de seguir a virada linguística, o que faz com os teóricos do direito questionem a validade de uma coleta sistemática de dados e de sua paciente análise.

De um lado, a pesquisa empírica opta pela observação de primeira ordem, vendo a ação legal como uma operação, um evento no espaço-tempo que pode ser relacionado a outros eventos sociais. A análise empírica do direito assim concebida volta-se ou para modelos formais-matemáticos ou para explicações causais e tentativas de previsão. Do outro lado, as teorias sociológicas legais optam pela observação de segunda ordem, vendo as ações legais como observações, como comunicações, como transformações recursivas de diferenças, como construções de espaços especiais de sentido, como conhecimento autônomo. Com isso, as teorias jurídicas mergulham cada vez mais na tradição hermenêutica, fazendo análises sofisticadas do fenômeno da compreensão, ridicularizando qualquer tentativa de formalização, explicação causal ou predição. E todas as tentativas de combinar essas duas grandes tradições acabam sendo sugadas para dentro de um buraco negro (TEUBNER, 1998, p. 2-3).

Segundo Walter Reese-Schäfer (p. 220, 2014), é um erro pensar, como faziam as abordagens teórico-subjetivas de pensamento, a exemplo da hegeliana, que a observação de segunda ordem é hierarquicamente superior à observação de primeira ordem. A diferença está apenas no foco da observação: se uma coisa é observada – um conceito, um símbolo, etc. – a observação é de primeira ordem; se

um observador é observado, a observação é de segunda ordem. Não existe hierarquia justamente porque esses dois tipos de observação acontecem a todo o tempo e todos participam desse jogo. Quem observa também pode ser observado. Não há como observar de fora, sem fazer parte da realidade observada.

A teoria dos sistemas, compreendendo as diferenças intrínsecas entre uma observação de primeira ordem e uma observação de segunda ordem, e desde que utilizada conjuntamente com técnicas adequadas ao objeto de pesquisa, pode contribuir para reduzir esse hiato, permitindo que uma área de pesquisa seja vista por uma ótica bastante distinta, mais adequada à complexidade social. Apenas a prática dirá quais são as melhores técnicas de pesquisa (TEUBNER, 1998, p. 31).

Assim, a teoria dos sistemas, identificando que o aparato de pesquisa teórica e empírica atualmente existente é insuficiente para dar conta da complexidade social, constitui-se como uma oportunidade de desenvolvimento de estruturas metodológicas próprias para a condução de pesquisas empíricas dentro deste novo referencial sistêmico (MAGALHÃES COSTA, 2018, p. 30).

Há, é claro, uma desvantagem bem óbvia na utilização da perspectiva sistêmica, que é a novidade do referencial teórico, principalmente quando utilizado como base para metodologias ainda não consolidadas na tradição sociológica. De fato, como diagnostica Margarida Garcia (2010, p. 155), a sociologia desenvolveu poucos instrumentos teóricos e metodológicos para abordar a teoria dos sistemas de um ponto de vista empírico. A pesquisa acaba, portanto, testando sua própria metodologia enquanto ocorre, fazendo-se necessários, por vezes, ajustes ao longo do caminho.

Parece especialmente relevante em um trabalho como este relembrar a função que Álvaro Pires (2008, p. 156) atribui à metodologia. Para ele, não se trata de ditar regras absolutas de saber-fazer, mas sim de ajudar o pesquisador a refletir e adaptar, tanto quanto seja possível, seus métodos ao objeto de pesquisa em construção.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o principal objetivo deste trabalho, que é o de observar as comunicações intersistêmicas entre os subsistemas sociais da família e do direito, sequer poderia ter sido concebido da forma como foi sem o referencial teórico adotado. É o que Rafael Simioni (2011, p. 25-26) afirma acerca de sua própria dissertação de mestrado. Alguns problemas não são visíveis

ou passíveis de debate até que tenhamos a lente adequada para enxergá-los adequadamente.

Vejamos agora que técnicas utilizamos neste trabalho para adaptar a pesquisa empírica à perspectiva sistêmica.

4.2. ADAPTANDO A PESQUISA EMPÍRICA À PERSPECTIVA SISTÊMICA

Para a construção da parte empírica da pesquisa, utilizamos como referencial metodológico principalmente as ideias de Margarida Garcia (2014), que apresenta três propostas de métodos que favorecem, a partir da teoria dos sistemas, o diálogo entre o direito e as ciências sociais: o descentramento do sujeito, as entrevistas qualitativas concebidas como entrevistas reflexivas com o sistema, e a dessubstancialização das categorias jurídicas.

Acerca deste conturbado diálogo entre juristas e sociólogos, Luhmann tece algumas considerações na introdução do seu *A Sociological Theory of Law* (“Uma Teoria Sociológica do Direito”, em tradução livre nossa).

Segundo Luhmann (2014, p. 2), a Sociologia do Direito raramente aparece nos programas universitários e, quando aparece, a tarefa é quase sempre conduzida por juristas, e não sociólogos. O mesmo ocorre com as pesquisas empíricas em direito, raríssimas dentro da sociologia, apesar de o campo ter crescido da década de oitenta em diante.

A pergunta que Luhmann (2014, p. 3-8) almeja responder é por que a sociologia jurídica é tão difícil para os sociólogos, estando a resposta, para ele, em alguns fatores. Em primeiro lugar, a penetração no direito exige estudos especializados e trabalhosos, não sendo possível avançar em pesquisas sociológicas sobre o direito sem compreender seus conceitos, símbolos e métodos de argumentação. Em segundo lugar, o direito perpassa, direta ou indiretamente, por diversas áreas da vida, sendo difícil isolar o fenômeno empiricamente. Ademais, inexistem instrumentos de pesquisa adequados para a análise de um sistema tão estruturalmente complexo quanto é o jurídico, fazendo-se necessária uma sociologia do direito que alcance essa complexidade, como é o caso da teoria dos sistemas.

Como socióloga e pesquisadora no campo das ciências sociais, a preocupação de Garcia (2014, p. 187), ao fazer pesquisa em direito, é não alienar o jurista, fazendo uma pesquisa sociológica “sem o direito”, ou seja, sem tematizar o

direito, seus conceitos, suas convenções e suas abordagens teóricas, apesar do interesse no funcionamento do sistema jurídico. O que ela almeja, ao contrário, é uma sociologia do direito “com o direito”, que se interessa pela forma como o sistema jurídico descreve e observa a si mesmo, buscando compreender as teorias e ideias do próprio direito, o que torna o olhar externo do pesquisador interessante para o jurista e contribui para a evolução informada dos modelos normativos construídos internamente.

O leitor poderia imaginar que tais problemas não se apresentam quando se faz pesquisa sociológica em direito na posição do jurista, como é o caso aqui, mas não é isto que se observa na prática.

E isto porque a observação externa do sistema jurídico, imprescindível para uma pesquisa sociológica do direito, não é algo a que juristas estão habituados. Nas palavras de Luhmann (2004, p. 60, tradução nossa): “Tudo que está disponível com o rótulo de teoria jurídica foi produzido em conjunto com autodescrições do sistema jurídico”. O mesmo pode ser dito das pesquisas em direito, que continuam, em sua grande maioria, produzindo observações de dentro do sistema jurídico para o próprio sistema jurídico, raramente fazendo observações de segunda ordem. Houve algum progresso nos últimos trinta anos, mas ainda assim até mesmo as teorias jurídicas mais críticas e interdisciplinares continuam subordinadas ao sistema do direito, vinculadas, por exemplo, ao conceito de norma do próprio sistema jurídico (LUHMANN, 2014, p. 54-56).

Apesar desta pesquisa investigar a comunicação intersistêmica entre família e direito, a perspectiva jurídica será privilegiada, até porque as entrevistas foram conduzidas no espaço físico em que o sistema jurídico opera – Fórum Criminal –, e não nas residências ou outros locais em que as famílias possam residir. Aqui, portanto, o sistema da família será interpretado muito mais como ambiente do sistema jurídico.

É importante frisar que, na perspectiva sistêmica, não existe hierarquia entre os subsistemas sociais, até porque cada um deles exerce uma função essencial à sociedade. Assim, a perspectiva jurídica não será privilegiada aqui por ser mais importante ou relevante, mas sim porque estamos diante de uma pesquisa sociológica conduzida por juristas. Se esta mesma pesquisa fosse conduzida por psicólogos ou sociólogos, certamente o foco da observação seria outro e as conclusões da investigação consideravelmente diferentes.

4.2.1. Descentralizando o sujeito e entrevistando reflexivamente o sistema

Os dois primeiros métodos a que Margarida Garcia (2014, p. 185) faz referência, e sem os quais as conclusões desta pesquisa, baseadas nos dados extraídos das entrevistas conduzidas, sequer teriam sido possíveis, são o descentramento do sujeito e a entrevista reflexiva com o sistema.

Álvaro Pires (2014, p. 5-6) apresentou o método da entrevista reflexiva com o sistema, ao qual ele se refere como uma abordagem metodológica, epistemológica e teórica, em artigo publicado em 2014, em uma revista de sociologia criminal, e afirma ter se inspirado, para concebê-lo, em Foucault e na teoria dos sistemas, destacando, dentro dela, os nomes de Teubner, De Giorgi e Luhmann. O que ele propõe, considerando a premissa sistêmica de que os sistemas sociais são observadores e comunicativos, é que o pesquisador empírico entreviste, de maneira reflexiva, os sistemas, e não os atores.

Por trás da ideia de entrevistar sistemas está o descentramento do sujeito, retirando o foco da análise dos sistemas psíquicos, ou seja, das consciências dos atores, e colocando-o no sistema. Com isso, torna-se evidente a distância que muitas vezes existe entre as representações dos atores e as comunicações do sistema ao qual eles pertencem. Isso não significa que esse método personifique os sistemas, apesar de ele sem dúvida confirmar a premissa sistêmica de que eles têm uma perspectiva sobre eles mesmos e sobre o seu ambiente, ainda que, na consciência dos atores, o cenário seja bastante diferente (GARCIA, 2014, p. 185-190).

Teubner (1989, p. 739-741) explica bem o tema ao afirmar que o direito pensa independentemente das consciências e construções dos juristas, processando informação autonomamente, criando seus próprios sentidos, metas e propósitos, construindo sua própria realidade e definindo as expectativas normativas. E isso porque, como sistema autopoietico, o direito é apenas e tão somente comunicação autoconstruída, o que não significa que o direito não precise de pessoas, de suas intenções, estratégias e ações, contudo elas não entram na comunicação legal, que é objetiva, social e externa ao sujeito. Quando o direito lida com pessoas, ele não lida com pessoas de carne e osso, mas sim com construções, com artefatos semânticos produzidos pelo sistema jurídico. Para o direito, elas são os papéis que

elas exercem, os personagens que elas interpretam, produtos internos da comunicação jurídica.

Com o descentramento do sujeito, pouco importa a trajetória, o gênero ou a escolaridade dos atores, já que todos eles atuam a partir de estruturas sistêmicas já estabelecidas e que provavelmente sobreviverão a eles, estruturas que os levam a escolher um sentido em vez de outro, estabilizando as comunicações dentro do sistema (GARCIA, 2014, p. 193-195).

Disso resulta que as entrevistas, concebidas reflexivamente, são apenas pontos de apoio para a observação do ponto de vista do sistema. Os dados coletados e as análises posteriormente feitas focarão não nas consciências individuais, mas sim na comunicação sistêmica evidenciada a partir deles, até porque é o sistema que produz as condições de formulação do discurso dos atores. O material discursivo extraídos das entrevistas será tratado, portanto, como um conjunto de autodescrições do sistema (GARCIA, 2014, p. 193-195).

Alguns trechos das entrevistas realizadas ajudam a esclarecer como, através das falas dos atores, é possível vislumbrar o discurso do sistema jurídico operante:

Servidor 3: Eu entendo que, como funcionário, como servidor, eu estou naquele momento representando o Judiciário.

Promotor 2: Eu sigo alguns protocolos de atuação. Digamos, numa situação assim... Você é bem objetivo, você se atém aos fatos. Se aconteceu dessa maneira, se tem tal prova eu vou capitular... aqui é tráfico, aqui não é. (...) Para ser o mais objetivo possível e não ficar pensando nas eventuais subjetividades que aparecem ali. (...) Mas tem que criar um protocolo mesmo para ser mais objetivo, não ficar imaginando muita coisa ou supondo. Eu acho que é por aí. Tem que ter isso para se manter emocionalmente equilibrado.

Juiz 2: Não importa o que aquele réu fez. Eu tenho o meu papel e ele tem o papel dele.

Os operadores do Direito compreendem que, independentemente de suas opiniões pessoais e consciências individuais, eles estão ali exercendo um papel e que determinadas condutas são esperadas deles. A comunicação jurídica nem sequer ocorre fora dos parâmetros estabelecidos pelo próprio sistema.

Pensando no descentramento do sujeito e na entrevista com o sistema, optamos por nos referir aos entrevistados apenas pelos papéis que eles exercem na perspectiva do sistema jurídico, sem identificá-los pessoalmente e sem fazer menções ao seu gênero, idade ou trajetória. Mencionaremos, assim, um Promotor 1, como fizemos acima, ou um Juiz 3, um Defensor Público 2, um Familiar 5, etc.

Em muitas das entrevistas conduzidas, os sujeitos, após terem sido assegurados do anonimato, afirmaram não ter problemas com a identificação pessoal, fornecendo seus nomes e detalhes de sua trajetória. Dados de tal tipo foram ocultados nesta pesquisa em função da metodologia adotada.

Consideramos relevantes para a pesquisa apenas dados pessoais concernentes ao tempo de permanência no cargo e ao tipo de competência criminal exercida, já que um dos objetivos da investigação é analisar se as comunicações e observações sistêmicas acerca das famílias variam de uma competência criminal para outra e se a quantidade de tempo em um determinado papel jurídico exerce influência nas rotinas e visões do sistema acerca de seu ambiente.

4.2.2 Dessubstancializando categorias jurídicas

O terceiro e último método proposto por Margarida Garcia (2014, p. 185) é o da dessubstancialização das categorias jurídicas.

Levando em consideração a distinção forma/*medium* da teoria sistêmica, que trabalhamos no subtópico 3.1 (“Uma Visão Sistêmica do Direito”), para o qual remetemos o leitor, Garcia (2004, p. 197-199) sustenta que as categorias jurídicas devem ser encaradas como formas que podem operar de diferentes maneiras em diferentes meios e diferentes sistemas. Os direitos humanos são um exemplo de uma categoria jurídica de caráter policontextural, já que cada subsistema social tem o seu próprio entendimento do que sejam os direitos humanos, inexistindo, nesses diferentes contextos, uma concepção certa, verdadeira ou mais próxima da essência do termo.

Dessubstancializar a categoria jurídica, em uma perspectiva radicalmente construtivista, é deixar de se perguntar o que aquilo é ontologicamente, mas sim o que aquilo é para o direito, para a família, para a economia, etc. Os objetos policontexturais perpassam diferentes universos de sentido, variando sua forma a depender do meio em que se encontram. O que vai determinar essa forma é o ponto de observação e o sistema de referência (GARCIA, 2004, p. 197-199).

A dessubstancialização das categorias jurídicas é imprescindível para que seja possível uma observação do direito de um ponto de vista externo (GARCIA, 2014, p. 201-202). Em outras palavras, apenas podemos compreender o que algo é

para o direito quando observamos o sistema jurídico de fora, do seu ambiente, compreendendo que aquilo pode ser coisas diferentes em outros sistemas.

Uma categoria jurídica que precisaremos dessubstancializar no âmbito desta pesquisa é a do preso provisório. O tema será abordado de maneira mais aprofundada mais adiante. Por ora, destacamos que, do ponto de vista do sistema jurídico, o preso provisório é aquele cujo processo ainda não transitou em julgado, seja porque ainda não foi sentenciado, seja porque aguarda julgamento de recurso, mas que não responde em liberdade em virtude do preenchimento dos requisitos da prisão em flagrante, da prisão temporária ou da prisão preventiva. Trata-se de uma categoria jurídica que é estudada no âmbito do Processo Penal e que envolve um silogismo: preenchidos os requisitos, permanecerá o acusado preso provisoriamente até que haja uma alteração das condições inicialmente observadas.

Esta mesma categoria jurídica, vista pela ótica do sistema familiar, possui um significado consideravelmente diferente. Os parentes do preso provisório não estão interessados nos aspectos técnicos do encarceramento e frequentemente não compreendem a linguagem jurídica. O que eles observam é uma pessoa de seu círculo íntimo em uma situação precária, de forma que farão o possível para tirá-la da prisão e recolocá-la no seio familiar. A fala do Juiz 4, abaixo transcrita, exemplifica, na prática, o que foi aqui dito.

Juiz 4: A gente tem que entender que a mãe e os familiares não estão enxergando ele como um preso provisório. Estão enxergando como um familiar que está preso. A gente tem que ter um olhar diferenciado, principalmente em relação às mães. A gente tem que mostrar para eles porque o filho deles está preso, porque não está em casa, que é só o que eles querem.

A dessubstancialização desta categoria jurídica envolve a compreensão de que os dois subsistemas operam em meios de sentido diferentes, sendo não só esperado, como imprescindível para o bom funcionamento dos dois sistemas, que a comunicação entre eles enfrente consideráveis empecilhos.

Se o direito passasse a ver o preso provisório pela ótica da família, enfrentaríamos uma grave crise jurídica, já que os magistrados, sensibilizados pela situação do réu, fariam com que eles retornassem para seu círculo de parentes mesmo quando preenchidos os requisitos legais para o encarceramento. Por outro lado, se família enxergasse o preso provisório pela perspectiva do direito, trataria o parente de forma fria e técnica, consciente da necessidade de manutenção da prisão, sendo incapaz de acolhê-lo naquele momento de dificuldade.

Nenhuma proposta de melhoria da comunicação intersistêmica pode prosperar se não tiver como premissa a necessidade de preservação da autonomia dos sistemas autopoiéticos. Tanto o sistema do direito quanto o sistema da família devem permanecer operacionalmente fechados, sob pena de destruição, o que não impede uma busca por um aprimoramento dos pontos de abertura de um sistema para o outro, sempre numa perspectiva de sustentabilidade.

Dessubstancializar categorias jurídicas, portanto, não é propor uma alteração dos conceitos jurídicos para que eles passem a integrar aspectos dos outros sistemas, mas sim compreender, do ponto de vista do observador externo, que o direito possui um ponto cego, ou seja, ele é incapaz de enxergar os sentidos que os outros sistemas dão a uma categoria jurídica.

É importante frisar que o pesquisador não precisa optar por um único ponto de vista, por um único sistema ou por um único meio de sentido, especialmente se possui conhecimento interdisciplinar. Um jurista ou um cientista social, por exemplo, pode fazer tanto observações internas, analisando o sistema jurídico a partir das distinções do próprio direito, quanto observações externas, analisando cientificamente o direito, propondo soluções ou modelos normativos alternativos aos produzidos pela teoria do direito ou pela doutrina. Um pesquisador que consegue frequentar as duas disciplinas nem incorre no discurso técnico do direito e nem no problema sociológico de não levar o direito a sério ou não compreendê-lo bem, o que contribui para que um sistema aprenda com o outro e para que sejam pensadas soluções mais criativas para os problemas existentes (GARCIA, 2014, p. 203-205).

4.3. DEFININDO A AMOSTRA: CRITÉRIOS DE SELEÇÃO E RECRUTAMENTO DE VOLUNTÁRIOS

Como já vimos no tópico 4, as pesquisas de estrutura tradicional ou fechada exigem que o pesquisador, diante de um todo que aqui chamaremos de população, selecione uma amostra: uma parte daquele todo que seja representativa o suficiente para comportar as posteriores generalizações teóricas.

No que diz respeito à possibilidade de generalizações teóricas a partir de uma base empírica, é preciso destacar a diferença entre universo de análise e universo geral. O universo de análise é aquele do qual a amostra é imediatamente extraída. Ele corresponde ao conceito de população. Já o universo geral é aquele ao qual o

fenômeno observado se aplica ou se refere (PIRES, 2008, p. 166). No caso desta pesquisa, o universo de análise é o conjunto de todos os familiares de presos provisórios e operadores do direito que, direta ou indiretamente, atuam na situação dos presos provisórios no âmbito da justiça criminal estadual da Bahia. O universo geral, por sua vez, seria composto por todos os familiares de presos provisórios e operadores do direito que, direta ou indiretamente, atuassem na situação dos presos provisórios na justiça criminal estadual do Brasil e de todos os países em que o sistema jurídico funcionasse da maneira semelhante.

Uma das premissas da teoria dos sistemas é que todos os sistemas possuem estruturas semelhantes e comparáveis. Assim, as observações feitas pelos sistêmicos acerca do funcionamento dos sistemas jurídicos aplicam-se a praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais. Ainda que as estruturas variem a depender das condições do ambiente, os sistemas operam da mesma forma.

Isso significa que algumas das observações extraídas desta pesquisa empírica podem ser válidas até mesmo em um universo geral, ainda que muitas delas fiquem confinadas apenas ao âmbito do universo de análise.

Optamos por uma amostra bastante diversificada, já que tínhamos a intenção de entrevistar os sistemas, e não os atores. Como a pesquisa pretendia observar as interações entre dois sistemas – o da família e o do direito –, conduzimos o trabalho em duas frentes: a) entrevistas com familiares de presos provisórios; b) entrevistas com operadores do direito que lidam, direta ou indireta, com a situação do preso provisório.

Detalhamos, no subtópico 5.1, porque as famílias dos presos definitivos foram excluídas do recorte temático desta pesquisa, e, conseqüentemente, da amostra empírica. A discussão envolve as diferenças de tratamento entre os presos provisórios e definitivos, razão pela qual remetemos o leitor para lá caso queira se adiantar no debate.

Neste mesmo subtópico 5.1, explicamos que, durante a condução das entrevistas, ficou claro que se faria necessário mais um recorte no tema e, conseqüente, na amostragem, já que existe considerável diferença de tratamento entre o preso provisório ainda não condenado em primeira instância, ou seja, aquele que aguarda o proferimento da sentença, e o preso provisório já condenado que aguarda o julgamento do recurso. A situação deste segundo preso provisório se

assemelha mais à situação do preso definitivo, razão pela qual a pesquisa se limitou ao primeiro tipo de preso provisório.

Dentre os operadores do direito, escolhemos entrevistar servidores das varas criminais, juízes criminais de primeira instância e defensores públicos e promotores de justiça atuantes na área criminal.

Buscamos, na medida do possível, entrevistar operadores do direito que atuassem em diferentes competências criminais: crimes de competência do Tribunal de Júri, crimes de competência comum, crimes de competência especializada, crimes envolvendo tráfico de drogas, etc.

Quanto ao espaço físico, as entrevistas foram conduzidas no Fórum Criminal Desembargador Carlos Souto, na cidade de Salvador – BA, prédio que concentra quase todas as varas da justiça criminal de primeira instância da comarca. As exceções ficam por conta das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher, as varas de crimes cometidos por crianças e adolescentes e as varas dos juizados especiais criminais, que funcionam em outros locais.

Optamos por não incluir na amostra os advogados criminalistas. E isso porque os demais operadores do direito que selecionamos estão fortemente vinculados ao próprio Poder Judiciário ou a instituições que orbitam o Poder Judiciário, como é o caso da Defensoria Pública e do Ministério Público, razão pela qual, ao entrevistá-los, estamos entrevistando também o sistema jurídico que está por trás de suas atuações profissionais. O mesmo não pode ser dito dos advogados, que observam o Poder Judiciário externamente e apenas de maneira pontual, tendo em vista sua presença esporádica no Fórum Criminal e sua atuação como profissionais liberais autônomos.

Também excluímos da amostra os juízes criminais de segunda instância, ou seja, os desembargadores, tendo em vista que, além de existir uma maior dificuldade de acesso, existe uma quantidade muito pequena de familiares de presos provisórios no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde se concentra a segunda instância judicial.

Ao todo, entrevistamos 25 (vinte e cinco) pessoas, distribuídas da seguinte forma: 9 (nove familiares), 4 (quatro) juízes, 5 (cinco) defensores públicos, 5 (cinco) servidores e 2 (dois) promotores.

As entrevistas, que geraram 6 (seis) horas e 45 (quarenta e cinco) minutos de áudios gravados, foram transcritas, produzindo 45 (quarenta e cinco) páginas de

conteúdo. Optamos por não colocar essa transcrição como um anexo do trabalho para evitar que a identidade dos entrevistados fosse revelada.

Os dados foram coletados ao longo de 6 (seis) meses: entre novembro de 2018 e abril de 2019.

Tínhamos a intenção de entrevistar pelo menos 10 (dez) familiares e 5 (cinco) operadores do direito de cada categoria, contudo algumas dificuldades surgiram no processo de recrutamento de voluntários para a pesquisa empírica.

O recrutamento ocorreu, inicialmente, através de uma abordagem direta: as pessoas eram perguntadas acerca de sua disposição e disponibilidade para participar da pesquisa. Aos poucos, contudo, a abordagem passou a ser indireta, já que os entrevistados passaram a indicar pessoas que estariam interessadas em participar da pesquisa, fornecendo seus dados para contato.

A dinâmica das entrevistas com os familiares dos presos provisórios mostrou-se complexa, já que a maioria deles comparece ao fórum criminal apenas quando há audiência designada. Seu estado de ânimo, nestes momentos, é em geral ansioso, impaciente e cauteloso. Eles aguardam do lado de fora das varas criminais, na área de espera, os momentos de entrada e saída do preso na sala de audiências, sempre acompanhado da escolta policial. Durante todo este tempo, eles frequentemente buscam informações, perante os servidores, acerca da situação prisional.

Ainda que os familiares tenham se mostrado mais receptivos pelo fato de estarem sendo interpelados por uma pesquisadora que também é servidora do Poder Judiciário, diversas tentativas de aproximação foram rejeitadas. Alguns familiares afirmaram estarem nervosos demais para dar uma entrevista, outros mostraram-se receosos de que suas respostas repercutissem no andamento do processo (ainda quando assegurados de que isto não ocorreria) e outros revelaram não ter interesse em discutir uma questão íntima com um pesquisador.

A adesão foi maior quando os familiares estavam no fórum apenas e tão somente para obter informações acerca do processo ou da situação prisional do réu, contudo esses momentos eram menos frequentes, o que dificultou o alcance do número de 10 (dez) familiares inicialmente pretendido.

Entre os operadores do direito, os que se mostraram mais disponíveis foram os defensores públicos. Diversos deles inclusive demonstraram bastante engajamento com o trabalho, fazendo observações e perguntas sobre a pesquisa mesmo muito tempo depois da realização da entrevista.

Os servidores mostraram-se receptivos apenas após a identificação da pesquisadora como servidora, o que evidencia que o acesso a esses operadores do direito seria bem difícil para alguém que não pertencesse aos quadros do Poder Judiciário. Em diversas oportunidades, até mesmo o acesso físico a tais funcionários mostrou-se complicado, já que frequentemente as portas das varas criminais ficam trancadas e os servidores atendem quem se dirige ao balcão sem se levantarem de suas mesas de trabalho. Foi apenas pela utilização do crachá identificador de servidor público que a pesquisadora conseguiu adentrar em muitos desses cartórios e conversar com os funcionários.

O acesso mais complicado, contudo, foi aos juízes e aos promotores, que sempre se mostravam bastante atarefados. Esses operadores do direito frequentemente comparecem ao fórum apenas nos dias e horários das audiências, mostrando-se indisponíveis até mesmo para um contato rápido em outras oportunidades. As entrevistas conduzidas neste trabalho foram viabilizadas pela intermediação de outros operadores do direito, que gentilmente forneceram os contatos de promotores e juízes que estariam mais dispostos a contribuir para a pesquisa.

Se para o acesso aos servidores já existe uma barreira física, para o acesso aos juízes existem duas, uma vez que, em geral, o gabinete dos juízes só pode ser acessado por dentro das varas criminais, com a autorização dos servidores.

Digno de nota é o fato de que pelo menos três magistrados, ainda que plenamente informados acerca da pesquisa e assegurados da garantia de completo anonimato, declararam não se sentirem confortáveis em discutir detalhes de seu trabalho ou de sua conduta profissional. Como veremos mais adiante, essa é justamente uma das desvantagens da pesquisa semiestruturada, que exige uma relação de confiança dentre entrevistado e entrevistador.

4.4. A ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA E A BASE EMPÍRICA: EXTRATOS SIGNIFICATIVOS E FRASES RECORRENTES

O principal método de colheita de dados utilizado neste trabalho foi a entrevista semiestruturada, que é uma forma de entrevista em que o pesquisador, tendo definido previamente um conjunto de perguntas, permite que o entrevistado discorra sobre os temas propostos com mais espontaneidade e liberdade. O

contexto é bastante semelhante ao de uma conversa informal, contudo o pesquisador conduz o diálogo para os pontos relevantes para a pesquisa (BONI; QUARESMA, 2005, p. 75).

Ao contrário das entrevistas fechadas, que normalmente envolvem apenas o preenchimento de perguntas contidas em um formulário, as entrevistas semiestruturadas podem ser feitas com pessoas que não sabem ler ou escrever, como inclusive foi o caso de alguns dos familiares entrevistados neste trabalho, e costumam ser mais longas e aprofundadas, permitindo que sejam abordados temas mais complexos. As desvantagens desse tipo de entrevista são o dispêndio de tempo que elas exigem e a insegurança do entrevistado em relação ao seu anonimato (BONI; QUARESMA, 2005, p. 75-76).

Para minimizar essa sensação de insegurança entre os entrevistados, utilizamos um “Formulário de Consentimento Livre e Esclarecido”, que, além de conter as principais informações pertinentes à pesquisa (instituição de ensino, nome do orientador e da orientanda, título da pesquisa, e-mail para contato, etc.), assegura o entrevistado da garantia de completo anonimato, declarando expressamente, ainda, que a pesquisa não possui nenhum intuito de lucro.

Todos os entrevistados assinaram esse termo de consentimento, que está disponível para consulta nos anexos da pesquisa, e aqueles que não sabiam ler ou escrever foram rigorosamente informados de seu conteúdo, sendo colhida impressão digital.

Além do termo de consentimento, elaboramos um roteiro de perguntas para a entrevista semiestruturada, também disponível nos anexos da pesquisa, que ficava à disposição do entrevistado antes e durante a pesquisa.

O roteiro servia como guia durante a entrevista, permitindo à pesquisadora direcionar as perguntas e respostas para os temas relevantes para a pesquisa, e impediu que fossem esquecidos questionamentos importantes.

As entrevistas foram gravadas, também com o consentimento dos entrevistados, e, após a organização dos dados coletados, foram selecionados os extratos mais significativos e as frases recorrentes, que formam a base empírica deste trabalho, permitindo as generalizações teóricas subsequentes.

Como o objetivo deste trabalho é compreender como os sistemas “pensam” e observam seu ambiente, não são as falas pessoais dos atores que interessam à pesquisa, mas sim esses extratos significativos e essas frases recorrentes, aquelas

que evidenciam o meio de sentido em que as comunicações estão ali operando e o tipo de condicionamento que marca as operações daquele sistema.

Como já adiantamos no subtópico anterior, optamos por não colocar a inteira transcrição dos áudios como anexo da pesquisa, de forma a garantir o anonimato dos participantes. Os trechos e extratos relevantes para o objeto da pesquisa serão destacados no próximo capítulo e a compilação das transcrições poderá ser disponibilizada para os examinadores em caso de necessidade, bem como os termos de consentimento devidamente assinados pelos participantes.

Feitos todos esses esclarecimentos metodológicos e epistemológicos, passemos à análise dos dados coletados, que serão organizados por temas relevantes, e às observações teóricas formuladas a partir da base empírica, alicerçadas em uma perspectiva sistêmica.

5 AS COMUNICAÇÕES INTERSISTÊMICAS ENTRE DIREITO E FAMÍLIA: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA BASE EMPÍRICA

É importante frisar que partimos da premissa de que os sistemas se comunicam entre si, o que é algo que nem todos os sistêmicos admitem. Como já esclarecemos no final do capítulo 2, a comunicação entre os sistemas sociais é tão improvável quanto a comunicação entre seres humanos, já que envolve uma dupla contingência, mas ainda assim ela ocorre através das aberturas cognitivas dos sistemas.

Se a teoria dos sistemas for interpretada radicalmente, o que existe na sociedade são diversos subsistemas fechados em si mesmos, com seus próprios meios de sentido, operações e estruturas. Nesse cenário, o ambiente de um sistema social, onde estão todos os outros subsistemas sociais, seria capaz de produzir apenas irritações, apenas ruído sem sentido. Como toda observação que um sistema faz é auto-observação, um sistema somente seria capaz de observar o ambiente a partir de suas próprias estruturas comunicativas. O sistema poderia reagir a essas irritações ambientais produzindo alterações internas, mas poderia também simplesmente ignorá-las. De qualquer forma, não seria possível dizer que um sistema se comunica com outro sistema que está em seu ambiente, já que os diferentes meios de sentido impediriam o fluxo de informações.

De fato, não é possível afirmar que é viável uma comunicação intersistêmica em termos lineares. E isso porque os sistemas autopoieticos são autônomos e operacionalmente fechados. Através de suas aberturas cognitivas eles decodificam o ruído do ambiente segundo seu próprio código binário, garantindo a identidade do sistema e deixando de fora tudo que é diferente do próprio sistema. Isso não significa, contudo, que não existam influências recíprocas entre os sistemas (SIMIONI, 2011, p. 85-89).

O que Simioni (2011, p. 80-91) destaca é que os subsistemas sociais compartilham vários elementos de sentido, já que operam através da comunicação e seu ambiente é toda a sociedade. A comunicação é um elemento comum na base autopoietica de todos os sistemas da sociedade. Como esclarece Luhmann (1996, p. 27-28), os elementos de sentido podem ser compartilhados, mas não os sentidos, que são reconstruídos conforme a lógica interna de cada sistema. Tanto Direito quanto economia, por exemplo, compreendem o que é um contrato ou uma

propriedade, ainda que o sentido de cada um desses institutos seja diferente para cada um desses sistemas. E mais, um sistema social é capaz de produzir ressonância em outro, como é o caso de alterações jurídicas em um contrato que repercutem no lucro que ele é capaz de proporcionar.

Assim, a comunicação intersistêmica depende de um meio de comunicação que seja capaz de decodificar as informações produzidas por um sistema para que elas possam ser entendidas por outro. Devem ser observadas nesse processo tanto a abertura cognitiva do sistema que produz a informação quanto a abertura cognitiva do sistema que assimila a informação (SIMIONI, 2011. p. 90-91).

A comunicação intersistêmica é um fenômeno que ocorre apenas dentro da sociedade e alguns mecanismos a viabilizam. É o caso dos acoplamentos estruturais, da atuação das organizações, dos movimentos de protesto, etc. Assim, a informação que um sistema produz pode ser lida por outro sistema como ruído (informação que não informa) ou como comunicação (informação que informa). Já no ambiente da sociedade tudo é ruído sem sentido, por não ser possível a comunicação (SIMIONI, 2011. p. 82-122).

Uma das hipóteses deste trabalho, que veremos neste capítulo se foi ou não confirmada, é que os principais acoplamentos estruturais que viabilizam a comunicação entre as famílias dos presos provisórios e o sistema jurídico, fazendo esse processo de decodificação, além, é claro, dos próprios representantes jurídicos previstos em lei – advogados e defensores públicos –, são os operadores do direito: servidores públicos, juízes e promotores. No caso da Defensoria Pública, sua atuação como acoplamento estrutural seria ainda mais bem estruturada, já que se trata de uma organização social não limitada à função de representação jurídica.

5.1 A SITUAÇÃO DO PRESO PROVISÓRIO: BREVES OBSERVAÇÕES A PARTIR DOS DADOS EMPÍRICOS COLETADOS

Ainda que fosse possível, em tese, observar as comunicações entre as famílias de todos os presos e o sistema jurídico, optamos por um recorte temático e excluímos da observação os presos definitivos, ou seja, aqueles que já foram definitivamente condenados, inexistindo recurso pendente de julgamento.

Levamos em consideração alguns fatores para fazer essa escolha. Em primeiro lugar, observamos que a situação do preso definitivo é muito mais estável.

Com a condenação, a ação penal é arquivada e permanece em trâmite apenas o processo de execução, que segue as disposições da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984. A fiscalização da pena é feita pelo juiz da execução, pelo próprio estabelecimento prisional e pelas instituições interdisciplinares que orbitam o sistema prisional, a exemplo do Patronato de Presos e Egressos¹⁴ e do Conselho Penitenciário¹⁵. Com isso, garante-se a aplicação, ao preso definitivo, de diversas políticas criminais, a exemplo da progressão de regime, do auxílio-reclusão, da saída temporária, etc.

A situação do preso provisório, por ser precária, aumenta a probabilidade de que ele seja excluído das comunicações jurídicas e invisibilizado pelo sistema jurídico, o que torna o papel do representante jurídico – advogado ou Defensor Público – e o papel da família ainda mais relevantes.

Juiz 1: Em termos de assistência e fiscalização da pena, eu acho que o preso provisório, se ele não tem advogado particular, ele vai estar ali em um amontoado, junto com os outros dentro da cadeia pública ou dentro das unidades de presos provisórios. É isso, é essa experiência que eu tenho visto ao ter que visitá-los.

Defensor 5: O preso provisório é um preso raivoso. Ele acabou de entrar, a situação dele é indefinida, ele não sabe o que vai acontecer com ele. O preso definitivo tem data de saída, ainda que seja distante. Ele também tem os benefícios. É outro perfil. Antes de existir a audiência custódia, eu cansei de ouvir de preso “Dr., pede para o juiz me condenar porque eu quero saber quando eu vou sair daqui”. O preso definitivo fica mais confortável, os espaços são maiores. Ele já consegue trabalhar. O ambiente do preso provisório é muito pior. Ele vai para a delegacia, depois ele vai para o COP [Centro de Observação Penal], sujeito a ameaças das facções criminosas.

Juiz 4: O preso definitivo tem um comportamento muito mais sociável dentro do sistema prisional. O preso provisório é arredio, talvez porque ele ainda está em uma situação de incerteza. Eles ficam ansiosos, esperando, como eles dizem “cantar o alvará”. É muito mais fácil, durante uma visita, tratar com os que já estão condenados. Os estabelecimentos dos definitivos também são bem mais organizados. Os definitivos só começam a ficar arredios de novo quando vai chegando o dia do benefício ou quando passa o prazo.

Defensor 4: O preso provisório não tem como estudar ou como trabalhar, tendo em vista que a Cadeia Pública e o Presídio Salvador não têm estrutura para isso. Não há controle das atividades desenvolvidas. Por conta disso, se, no futuro, ele for condenado, ele não vai conseguir a remição por estudo ou trabalho referente a esse

¹⁴ Para mais informações acerca da atuação do Patronato de Presos e Egressos da Bahia, acessar <http://ppebahia.com.br/>

¹⁵ Para mais informações: <http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/conselhopenitenciario>

período de prisão provisória. Isso prejudica muito o preso. O preso provisório também não consegue as saídas temporárias.

Em segundo lugar, uma pesquisa que envolvesse presos definitivos exigiria um maior envolvimento do pesquisador com o sistema prisional e com as instituições a ele vinculadas, o que tornaria este trabalho muito mais complexo.

Assim, o recorte temático decorreu de uma necessidade de redução da complexidade da pesquisa, de forma a torná-la viável dentro das limitações materiais e temporais existentes.

A situação dos presos provisórios no Brasil é notoriamente precária. Recentemente, noticiou-se que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para a China e para os Estados Unidos, sendo que 40% destes presos são provisórios que ainda aguardam sentença (CALIXTO, 2019) (CONJUR, 2017).

A situação prisional do Brasil vem chamando a atenção da Corte Interamericana de Direito Humanos, que recentemente publicou resoluções recomendando a adoção de medidas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, Maranhão (CIDH, 2018a); no Complexo Penitenciário de Curado, em Recife (CIDH, 2018b), Pernambuco; no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro (CIDH, 2018c); e na UNIS – Instituto de Atendimento Socioeducativo –, no Espírito Santo (CIDH, 2017).

Um relatório do Departamento Penitenciário Nacional, do ano de 2016, registrou que a população carcerária brasileira é de 726.712 presos, em um sistema que possui apenas 368.049 vagas, o que significa uma taxa de ocupação de 197,04%. Destes presos, 40,2% ainda aguardam julgamento na primeira instância.

Segundo o relatório, o estado com maior população carcerária é São Paulo, com 240.061 presos, e o estado com menor população é Roraima, com 2.339 presos. A Bahia possui 15.294 presos em um sistema que comporta 6.831 presos (223,9% de taxa de ocupação), sendo que 8.901 presos – 58,2% – ainda aguardam o julgamento em primeira instância. O percentual de presos provisórios do estado da Bahia é o 5º maior do Brasil, perdendo apenas para Amazonas, Ceará, Maranhão e Sergipe.

Ademais, o último relatório do Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2018, registrou que o tempo de tramitação dos processos criminais na primeira instância

da justiça estadual varia entre 1 (um) ano (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios) e 7 (sete) anos e 10 (dez) meses (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Na Bahia, o tempo médio é de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses.

Ainda que nem todos os réus aguardem presos ao julgamento de seus processos na primeira instância, os dados evidenciam que, caso a situação seja de prisão provisória, o melhor cenário é de uma média de 1 (um) ano de encarceramento. Segundo o já mencionado relatório do Departamento Penitenciário Nacional, 61% dos presos do sistema prisional baiano estão presos há mais de 90 (noventa) dias.

Sobre a execução provisória, é importante destacar que a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984 –, em seu artigo 2º, parágrafo único, estabelece que as normas ali previstas se aplicam também aos presos provisórios.

Ocorre que a situação não é tão simples quanto faz parecer uma primeira leitura da Lei de Execução Penal, já que o princípio da presunção de inocência (ou princípio da não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Com isso, evidencia-se uma dificuldade operacional no sistema jurídico: se o preso ainda não definitivamente condenado deve ser presumido inocente, então como é possível que ele já sofra os efeitos de uma execução da pena? Ainda que a execução seja considerada provisória, por existir a possibilidade de modificação da sentença em segunda instância, os seus efeitos não são, já que atingem a pessoa do acusado de maneira irreversível. Basta imaginar o exemplo de um réu que, condenado em primeira instância, e provisoriamente executado, é inocentado em segunda instância. Caberá a ele, posteriormente, apenas uma ação indenizatória contra o Estado, mas o tempo de liberdade perdido não é passível de reversão.

Diante deste cenário, os Tribunais Superiores fixaram entendimento no sentido de que a execução provisória da pena privativa de liberdade viola o princípio da não-culpabilidade se ausentes os requisitos da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Admite-se, todavia, a expedição de carta de execução provisória da sentença, a chamada guia de recolhimento, para permitir que mesmo antes do trânsito em julgado, o réu possa usufruir os benefícios da execução, a exemplo da progressão de regime. É o conteúdo da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal (FARIA, 2014, p. 18).

Assim, a execução provisória da pena é, em regra, proibida, salvo para aplicar os dispositivos da Lei de Execução Penal benéficos ao acusado quando existente prisão cautelar ou sentença condenatória recorrível, com a emissão de guia de recolhimento (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 1.328).

A Lei de Execução Penal faz referência à guia de recolhimento nos seus artigos 105 a 107, estabelecendo que sua expedição ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença condenatória que aplicou pena privativa de liberdade ao réu; e que ninguém será recolhido para cumprimento da pena sem a guia.

É com a expedição da guia de recolhimento que a sentença condenatória transitada em julgado adquire força executiva, iniciando-se a competência do juízo da execução (FARIA, 2014, p. 108).

Um dos objetivos deste trabalho era justamente compreender qual a situação jurídica dos presos provisórios ainda não condenados, para os quais ainda não houve a expedição de guia de recolhimento, já que, segundo observações prévias da pesquisadora enquanto servidora da justiça criminal, são as famílias deste tipo de preso as que mais frequentemente comparecem às varas criminais procurando atendimento. Se a competência do juízo da execução ainda não teve início, não existindo guia de recolhimento ou processo de execução em curso, então como os benefícios da Lei de Execução Penal são a eles aplicados?

Com a pesquisa empírica, o que verificamos é que, na prática, existem dois tipos de presos provisórios: a) aqueles condenados em primeira instância, estando pendente julgamento de recurso na segunda instância; b) aqueles que ainda não foram julgados em primeira instância. Para os primeiros, são confeccionadas guias de recolhimento provisório e tem início a execução provisória da pena, aplicando-se os benefícios da Lei de Execuções Penais. Já os segundos ficam numa espécie de limbo jurídico enquanto aguardam o julgamento de seus processos.

Juiz 3: As guias de execução provisória só são expedidas quando tem trânsito em julgado para acusação, ainda que pendente recurso da Defesa. É uma forma de possibilitar que o preso tenha os benefícios da lei de execução enquanto se julga aquele recurso. Mas a situação mais sensível é a daquele preso que ainda não tem sentença, que é provisório, que está no estabelecimento e, naquele conjunto, também está no meio da fiscalização pelos juízes da execução por conta do estabelecimento prisional.

Defensor 1: A gente sabe que, pela lei, os benefícios também deveriam existir para os provisórios sem condenação, mas não existem. A guia de recolhimento provisório é uma ficção jurídica, uma aberração, como diz o Aury Lopes, mas é uma aberração necessária.

Defensor 4: Nós podemos buscar a aplicação das medidas da Lei de Execução Penal, principalmente essa questão de o preso se encontrar em estabelecimento prisional inadequado, o que acontece muito, mas para isso precisamos da guia de execução que indica se o regime prisional é o aberto, o semiaberto ou o fechado. (...) Quando o preso provisório já foi condenado em sentença e já tem guia de execução, a gente tem um controle maior do cumprimento dos benefícios da Lei de Execução Penal por conta da estrutura do estabelecimento prisional, estrutura física e de pessoal. Aí já tem fiscalização por parte do Estado-Juiz.

Em outras palavras, o que os operadores do direito relataram é que o processo de execução provisória só tem início após a confecção da guia de execução provisória, o que, por sua vez, ocorre apenas após a prolação da sentença:

Servidor 4: Eu diria que nós [vara de tóxicos] temos uns duzentos e poucos presos provisórios. A duração do processo varia muito. Eu diria que os processos mais rápidos duram um ano mais ou menos. Aqui a gente só faz a guia de recolhimento provisória depois da sentença: [guia] definitiva se não tiver recurso e [guia] provisória se tiver recurso.

Com isso, verificou-se a necessidade de um novo recorte temático dentro do recorte “presos provisórios” já estabelecido, já que esta pesquisa, desde o seu início, limitou-se à situação dos presos provisórios sem processo de execução em curso, o segundo tipo de preso provisório do qual falamos.

O art. 83 da Lei de Organização Judiciária da Bahia – Lei 10.845/2007 – lista as atribuições dos juízes criminais, dentre as quais está a decretação da prisão preventiva (inciso III). Já o art. 88, inciso VII, da mesma lei estabelece que é do juízo da execução a obrigação de inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais, tomando as providências para seu adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades; e, em seu art. 88, inciso VI, estabelece que o juízo da execução deve zelar pelo correto cumprimento da pena.

Não há menção, em nenhum dos dispositivos mencionados, à situação desse preso que está na linha divisória das atribuições do juiz criminal e do juiz da execução penal: o réu que, por estar em um estabelecimento prisional, deve ser inspecionado pelo juízo da execução, mas que, por não ter sido condenado, não tem uma pena a ser fiscalizada. Com isso, há uma zona de incerteza acerca da atribuição de aplicar e fiscalizar eventuais benefícios da Lei de Execução Penal a presos não condenados, ainda que a lei seja expressamente a eles aplicável.

Transcrevemos abaixo o trecho de uma entrevista com um juiz da execução penal, que, apesar de um pouco extenso, evidencia a realidade desses presos provisórios ainda não condenados:

Juiz 1 (Juiz da Execução Penal): Eu visito também os presos provisórios, infelizmente, embora eu tenha brigado ultimamente. Eu até fiz um fiz uma comunicação junto à corregedoria no sentido de me tirar dessa função. (...) Essa atribuição do preso provisório está na Lei de Organização Judiciária. E isso é um absurdo. Porque o juiz da execução hoje, no meu caso, por exemplo, que é o de regime fechado, eu tenho 2.000 presos condenados em regime fechado. Eu já faço Salvador inteira. Eu já faço essa visita aos presídios, essa inspeção mensal, e eu fraciono, eu faço mais de uma vez esse contato direto com os presos. Então fazer visita para Cadeia Pública e Presídio Salvador, que é de presos provisórios, e chegar até o gabinete do diretor e conversar com o diretor, para mim isso é tapeação. Teria que ir lá para dentro. E ir lá para dentro eu passei a fazer isso, mas eu me transformo em um político. Porque eu vou falar para ele [o preso] que eu vou resolver o problema dele, mas eu não vou revelar que não está sobre a minha responsabilidade o processo dele, entendeu? E não adianta eu ficar mandando ofício para corregedoria para conversar ou encaminhar ofícios para o juiz da condenação para adiantar o processo. A rotina e o ritmo cada um tem um, entendeu? Então não tem como fazer essa obrigatoriedade até por parte da própria corregedoria. O que a corregedoria faz é: “É obrigação do juiz, a cada mês, fazer a revisão das preventivas”. Tem que fazer uma reanálise disso, entendeu? Mas alguns colegas não fazem, então vira um caos. Hoje o Presídio Salvador ele está cheio. A população é muito grande. E a Cadeia Pública do mesmo jeito. Tem um número muito maior de presos provisórios do que de definitivos. Somando as duas unidades, muito mais que 2000 presos, tenho quase certeza.

O Juiz 3 confirmou que aos juízes da execução é conferida a responsabilidade de fiscalizar a situação prisional dos presos provisórios, ainda que eles não sejam responsáveis pelo processo, por conta de ato da Corregedoria de Justiça.

Juiz 3: Aqui na capital eu não faço essas visitas [aos presos provisórios] porque a atribuição é dos juízes da execução. Existe um ato normativo da Corregedoria de Justiça que regulamenta isso. Inclusive é até uma queixa dos juízes da execução porque, enquanto presos provisórios, não seriam efetivamente da responsabilidade deles. Entretanto, pelo que eu pude acompanhar dessas discussões, até mesmo enquanto fui membro da mesa diretora da Corregedoria, era que se dizia que, como os juízes da execução são corregedores permanentes das unidades prisionais, essa atribuição já era inerente à própria função de juiz de vara de execução. Então ainda que ele não seja responsável pelo processo, pelo andamento processual daquele preso que é provisório, o fato de ele estar integrado naquele estabelecimento prisional e o fato de nem sempre ser respeitada, aliás é mais comum que não seja respeitada, a separação entre presos provisórios e condenados que temos na LEP [Lei de

Execução Penal], faz com que o juiz da execução tenha que ter essa responsabilidade na fiscalização desses presos provisórios também, por conta da situação em si do próprio estabelecimento prisional.

O que se verifica, portanto, é que a situação prisional dos presos provisórios é fiscalizada pelo juízo da execução, que não é, contudo, o responsável pelo processo, o que significa que as eventuais medidas pertinentes dependerão da comunicação entre esses dois magistrados, não ocorrendo, na prática judiciária, a aplicação dos benefícios da Lei de Execução Penal antes da sentença e antes da confecção da guia de recolhimento provisória.

Esse limbo jurídico, esse espaço em que o sistema jurídico, por falta de previsão legal, não consegue observar o seu ambiente, é justamente aquilo que temos a intenção de observar, como observadores de segundo grau, nesta pesquisa, analisando em particular como se dá a comunicação entre Direito e família neste cenário.

Como vimos no subtópico 3.4, que tratou do subsistema social do Direito, o meio de sentido em que o sistema jurídico opera é o das normas. Podemos dizer, em uma linguagem não sistêmica, que as normas são a linguagem que o Direito entende. Quando há um espaço de indeterminação nestas normas, seja porque seu conteúdo não é claro para o operador, seja porque há situações não abarcadas por elas, surge um ponto cego para o sistema jurídico.

É justamente o que observamos neste caso. Como a situação dos presos provisórios não condenados, pela ausência de regras de atribuição claras, acaba não integrando as operações jurídicas, ela passa a ser lida pelo sistema como ruído ambiental sem sentido. Esses presos acabam sendo excluídos do sistema, tornando-se, portanto, invisíveis.

Segundo Luhmann (2013, p. 19-43), a inclusão é o lado interno da forma e a exclusão o seu lado externo. Ambos se referem ao modo pelo qual, no âmbito comunicacional, os seres humanos são identificados e considerados como relevantes. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas é possível que alguém se torne uma não-pessoa, alguém que ninguém reconhece é que, apesar de possuir direitos formais, não consegue acessar os sistemas. Em casos de exclusão extremos como esse, a pessoa deixa de ser compreendida como uma pessoa e passa a ser vista como um corpo, o que representa um risco a sua integridade física e até mesmo a sua vida.

E mais. A exclusão em um sistema funcional frequentemente acarreta a exclusão em outros sistemas funcionais. Assim, famílias que vivem na rua, por não terem endereço fixo, não conseguem matricular seus filhos em uma escola. Quem não possui documento de identidade não consegue votar, casar-se ou acessar benefícios sociais. Quanto mais pobre é uma pessoa, maior o risco de que ela venha a se tornar uma criminosa (LUHMANN, 2013, p. 38).

Neste ponto, é interessante recordar a crítica de Foucault (2006, p. 230-231) ao discurso de que as prisões são instituições fracassadas quando, em verdade, existe um controle político muito grande do tipo de crime e criminoso que se quer produzir, principalmente quando se observa que, a partir da modernidade, com a ascensão da burguesia, o foco da intervenção penal passou a ser não o crime grave ou violento, mas sim o pequeno crime patrimonial.

O conceito de subintegração de Marcelo Neves (1994, p. 261) talvez se encaixe melhor à realidade dos presos provisórios que observamos, já que não se trata de uma situação de completa exclusão sistêmica, mas sim de uma inclusão no que diz respeito aos deveres e de uma exclusão no que concerne aos direitos. Os presos provisórios, especialmente os sem condenação, não têm acesso aos benefícios do sistema jurídico, a exemplo dos previstos na Lei de Execução Penal, mas são radicalmente submetidos à estrutura punitiva estatal. Os direitos fundamentais não desempenham um papel relevante em suas vidas, mas deles é exigido o cumprimento dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo do Estado.

De qualquer forma, é aí neste espaço de exclusão, de invisibilidade, de subintegração, que a irritação do sistema da família ganha importância fundamental, obrigando o Direito a apresentar algum tipo de resposta a esse estímulo ambiental, ainda que as respostas sejam as mais variadas:

Juiz 1: Os juízos de conhecimento não visitam os estabelecimentos. Eles fiscalizam as preventivas só olhando os processos, sem ir lá. O juiz que tem maior sensibilidade e controle faz isso. Ele sabe quantos presos ele tem e todo mês ele fica olhando. Do contrário é a família do preso que vai bater na porta, se é que algum juiz vai ouvir. Eu acho que alguns juízes ouvem, outros não.

Defensor 4: No caso do preso provisório sem condenação, a gente fica dependendo da família e do acervo de processos. Porque nesse caso o defensor público tem que dar conta de todas as instruções em andamento e da fiscalização dos presos provisórios. Tudo isso prejudica o processo de ressocialização do preso. Pseudo, não é? Porque a gente sabe que não funciona.

Com isso, passamos ao subtópico seguinte, que trata da questão da representação jurídica do preso no processo penal.

5.2 AS FAMÍLIAS E A REPRESENTAÇÃO TRANSUBJETIVA DOS PRESOS PROVISÓRIOS

No subtópico 2.3, abordamos o construtivismo radical, que é a base da teoria dos sistemas, e a severa crítica dos sistêmicos às concepções teóricas que colocam o ser humano no centro da sociedade.

Nas velhas teorias iluministas europeias, toda a humanidade era compreendida através do conceito de sujeito, esse ente abstrato que concentrava em si todas as características humanas, essa construção metafísica que ignora a diversidade empírica, eliminando as diferenças (GONÇALVES; VILLAS BÔAS, 2013, p. 55-56).

Como afirma Luhmann (1998, p. 15), a própria sociologia, ao conceber a noção de sujeito, vale-se de teoria nebulosas e sem base empírica. Afinal, de que homem se fala se existem tantos homens distintos?

A mesma crítica pode ser estendida às tradicionais concepções jurídicas de sujeito de direito ou de parte no processo. Ainda que, concretamente, as situações apresentem-se das mais diversas formas, o Direito continua baseando-se prioritariamente na ideia de que apenas um ser humano pode ser sujeito de direito ou parte em um processo. Isso pode ser exemplificado pelos recentes malabarismos que o Direito Penal teve que fazer para comportar a ideia de que uma empresa possa cometer um crime ambiental. Toda uma teoria *ad hoc* teve que ser desenvolvida, já que as sanções penais foram pensadas para pessoas, e não para empresas ou instituições.

Outro exemplo desta limitação do conceito de sujeito de direito ou de parte processual são os conceitos de curadoria especial e de representação ou assistência, pensados especificamente para casos em que um sujeito ou uma parte é incapaz de falar por si mesma, seja porque é menor de idade, seja porque é incapaz, seja porque está ausente do processo. A solução encontrada pelo Direito foi substituir, no âmbito processual, uma pessoa por outra, em uma ficção jurídica que resolve a limitação do modelo vigente. Contudo, quando entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, várias exceções tiveram que ser criadas, a exemplo da exigência

de que a criança e o adolescente seja ouvido em ações de guarda, não sendo mais suficiente que os pais falem pelo menor.

Marco Aurélio Marraffon (2018) sustenta que o sujeito de direito, inspirado nas ideias modernas de Descartes, é o ser humano racional, que pensa o mundo a partir de parâmetros objetivos e científicos, ignorando tudo que venha dos sentidos, dos sentimentos. Ao separar o sujeito do objeto, a modernidade desenvolveu uma fórmula geradora de certeza e verdade, contudo gerou um reducionismo na compreensão da complexidade da existência humana.

Para os presos, incluindo os provisórios, a determinação legal é no sentido de que sua atuação no processo se dê apenas através de seus representantes jurídicos: advogado constituído ou Defensor Público. É o conteúdo dos artigos 259 a 267 do Código de Processo Penal.

O artigo 262 do CPP estabelece que apenas o acusado menor tem direito a um curador, o que significa que todos os outros réus presos atuam no processo através de seu representante jurídico previsto em lei: o advogado, seja ele privado ou público.

Isso é uma decorrência da premissa de que existe uma teoria geral do processo ou uma concepção genérica de processo aplicável a todas as situações jurídicas. Pensa-se em uma parte processual, em um determinado sujeito processual, e em um representante jurídico que atuará tecnicamente em nome desta parte ou sujeito.

Em virtude disso, desenvolveu-se um Direito Processual Penal que não altera a sua estrutura básica no caso de uma parte encarcerada, ou seja, com uma limitação física a sua liberdade de locomoção e comunicação que dificulta e por vezes até mesmo impossibilita contato adequado e suficiente com o representante jurídico.

Enquanto o réu solto tem condições de pessoalmente buscar atendimento nas varas criminais, na Defensoria Pública ou perante seu advogado, entrando em contato ele mesmo com suas testemunhas de defesa, o réu preso depende, muitas vezes, de intermediários que não são considerados partes pelo processo penal e que, portanto, frequentemente enfrentam dificuldades e limitações formais na sua atuação perante o sistema jurídico.

Uma das hipóteses desta pesquisa era a de as famílias dos presos provisórios atuavam, na prática, como representantes jurídicos informais dos presos,

numa espécie de representação transubjetiva, e que isso ocorria por conta de seu potencial de irritação do sistema jurídico.

Os dados empíricos coletados confirmaram a hipótese, demonstrando que, na prática, as limitações do modelo de representação do preso no processo penal são amenizadas pela atuação das famílias, que são as responsáveis por levar as demandas dos presos para o sistema jurídico, nessa comunicação intersistêmica que é viabilizada por alguns acoplamentos estruturais que detalharemos mais adiante.

Juiz 1: Eu acho que a situação dos presos definitivos e dos presos provisórios, em relação às famílias, se assemelha. Quando eu converso com os provisórios, eu falo para eles que conversem com os familiares para que os familiares cheguem até os advogados. Quem está dentro das unidades deveria ter uma assistência da Defensoria Pública, mas como a demanda é grande, então vai sobrando sempre gente. A experiência que eu tenho é os familiares são os primeiros advogados deles, dos presos, seja condenado ou provisório. É o pai, a mãe, a companheira, a namorada, a irmã. E são eles que levam, que fazem essa intermediação o tempo inteiro. Aqui às vezes chegam para mim também as famílias dos presos provisórios. E eu explico que não sou eu, que vá até a vara, procure o defensor, se tem advogado, então conversa com advogado. É o tempo inteiro a gente fazendo isso. (...) são os familiares aqueles que estão na frente. São os primeiros, os que mais sofrem sabe e estão ali atentos a tudo, desde questionar a deficiência da assistência jurídica até a falta de comida, a situação prisional dele lá dentro da unidade. São eles o tempo todo. E aí deles se não tivesse [família]. Aqueles que não tem [família] recorrem as famílias do amigo. Quando não tem família, eu oriento “E fulano? É perto da casa dos seus pais, da sua família?”. Eles mandam recado por terceiros para chegar até eles. E no caso dos condenados, quando eles não têm contato nenhum, eu tento aproximar, estreitar via assistente social, que aí a gente tenta encontrar um jeito. Vamos imaginar que ele não tem visita da família, e perdeu o contato, só sabe de uma referência x na cidade tal. Aí com essa referência a gente tenta estreitar e consegue. Os familiares são a peça para eles ali dentro.

Assim, apesar de a legislação processual-penal não autorizar uma representação do preso que seja transubjetiva, ou seja, que abarque não só o preso, mas também aqueles que ele elegeu como seus representantes, como é o caso da família, é isto que vem acontecendo cotidianamente, ainda que de maneira precária.

Familiar 1: Eu conheço preso que não tem família. É muito difícil. Alguns já morreram lá dentro, outros já morreram fora. Eu corro atrás. Eu faço tudo. Se não fosse por mim ele estaria bem pior.

Familiar 3: Eu acho que eu ajudo ele. Se ele ficar lá esquecido é pior. Eu consegui umas testemunhas das outras vezes e ele acabou saindo mais rápido. Minha filha também corre atrás lá em Juazeiro.

Se a pessoa não tiver família para correr atrás fica mais tempo na cadeia.

E isso ocorre porque, apesar de as famílias estarem no ambiente do sistema jurídico, operando em um meio de sentido de intimidade, e não de normas jurídicas, elas são capazes de não só irritar, mas também de se comunicar com o Direito através de acoplamentos estruturais, que decodificam sua linguagem, e de organizações que atuam como tradutores oficiais.

A precariedade dessa representação transubjetiva dos presos decorre do fato de que o sistema jurídico consolidou estruturas bem específicas no que concerne ao processo penal. Como as operações jurídicas ocorrem a partir dessas estruturas e formam elas mesmas as estruturas, nessa recursividade circular, tudo que está fora desse esquema é lido pelo sistema como ruído sem sentido, razão pela qual as respostas produzidas variam consideravelmente. Uma vez irritado por um estímulo ambiental (neste caso, as pressões dos familiares), o sistema responde, mas isso não significa que ele altere suas estruturas internas daí em diante. Como já vimos, o sistema alterará suas estruturas internas apenas quando ele mesmo entender que aquela adaptação é necessária para sua estabilidade e autonomia funcional.

O que pretendemos, aqui, é observar o sistema jurídico de um ponto de vista externo e, portanto, privilegiado, problematizando as estruturas jurídicas atualmente existentes e, se este for o caso, propondo alterações e adaptações internas às demandas ambientais, o que contribuiria para uma estabilidade sustentável de ambos os sistemas: o jurídico e o da família.

São essas algumas das ideias que exploraremos em mais detalhes nos subtópicos seguintes.

5.3 O PERFIL SOCIOECONÔMICO DOS PRESOS PROVISÓRIOS E SUA REPERCUSSÃO NA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA

Uma ressalva faz-se necessária neste ponto do trabalho, uma vez que essa representação do preso provisório que chamamos de transubjetiva não foi observada em todas as varas criminais, existindo um componente socioeconômico que altera as comunicações intersistêmicas entre Direito e família.

Os dados empíricos demonstram que nas varas especializadas em crimes tributários, contra a administração pública, contra a fé pública, etc., ou seja, os

comumente conhecidos como crimes de colarinho branco, praticamente não há atendimento a familiares de presos provisórios.

Servidor 2: O atendimento aqui na vara especializada, por se restringir a crimes tributários, contra a ordem econômica, fé pública... A classe social já é diferente das varas que pegam tóxicos ou comuns. As famílias que chegam aqui já vêm acompanhadas de advogados. Não vem desamparadas. Aqui a classe é A. Nós tiramos poucas dúvidas.

O Servidor 2, como evidencia o trecho acima transcrito, relata que as famílias comparecem às varas especializadas acompanhadas por um advogado e que raramente há a necessidade de esclarecimentos adicionais. Tudo indica que para estes réus e estas famílias a representação jurídica funciona extremamente bem.

Juiz 3. Nos crimes econômicos – tributários e contra as relações de consumo – a gente [vara especializada] tem uma realidade de quase que 95% de acusados com advogados constituídos.

Defensor 1: A gente vê muito a diferença de tratamento que existe nas varas especializadas. Alguns réus lá chegam com um batalhão de advogados, que protelam o processo o máximo possível para que advenha a prescrição. E muitas vezes os juízes e os promotores foram alunos dos advogados mais antigos, então existe toda aquela deferência. O crime econômico não tem, culturalmente, o estigma de um crime patrimonial.

Na fala do Defensor 1, acima transcrita, podemos vislumbrar até um exemplo daquilo que Marcelo Neves (1994, p. 261) chama de sobreintegração de grupos privilegiados, que, com o apoio da burocracia estatal, bloqueiam a reprodução do Direito.

Parece existir também uma considerável diferença na qualidade dos serviços prestados pelos advogados nas varas especializadas e nas varas comuns ou de tóxicos, como indicaram familiares de presos provisórios e servidores.

Servidor 2 (Vara Especializada): “Eu até hoje só vi um caso de reclamarem de advogado. Foi um caso em que o advogado perdeu o prazo.

Familiar 1: Meu filho está preso e responde a três processos [em varas comuns]. No começo eu coloquei advogado particular. Cheguei a colocar dois, mas minhas condições foram acabando. Ficou muito caro. O primeiro advogado só foi uma vez lá no presídio olhar o menino. O segundo também, a mesma coisa. Aí eu disse que se ele não ia ficar acompanhando o menino eu não ia mais ter condição de pagar. Aí ele pegou e largou o caso. Ele me levou só de uma vez R\$ 1.500,00 e não foi mais lá. Também não conseguiu soltar.

Servidor 4 (Vara de Tóxicos): Eu atendo alguns familiares. (...) Semana passada mesmo eu atendi um que estava querendo trocar o

advogado. O advogado tentou soltar na audiência de custódia, não conseguiu e sumiu. Não cuidou mais do processo.

Servidor 3 (Vara Comum): É muito comum os familiares aparecerem quando o advogado some. Isso é clássico. O advogado fica presente durante a fase de prisão em flagrante, mas aí o acusado foi citado há 3, 4 meses e o advogado sumiu. Não apresentou defesa. E o acusado se descobre sozinho. Eles dizem que o advogado não atende, que diz que está tudo resolvido quando não está.

Os dados revelaram que quanto pior é a condição socioeconômica do réu, pior é a qualidade do serviço prestado pelos advogados contratados e maior a presença de familiares nas varas criminais, o que confirma a hipótese deste trabalho de que as famílias são responsáveis, na prática, por uma representação transubjetiva do preso provisório quando ela se faz necessária, sendo esta comunicação intersistêmica essencial para reduzir a invisibilidade do preso perante o sistema jurídico.

Outro fator para um menor comparecimento das famílias nas varas especializadas é o fato de que o número de presos provisórios é consideravelmente menor nelas do que nas varas comuns ou de tóxicos.

Servidor 4: Eu diria que nós [vara de tóxicos] temos uns duzentos e poucos presos provisórios.

Servidor 3: Na vara de tóxicos o número de presos é gigante e me impressionou muito lá o número de mães e de esposas.

Servidor 2: Nós [vara especializada] só temos 10 presos provisórios. São crimes em que é difícil ocorrer flagrante. Normalmente o que existe é busca e apreensão, mas sem gerar flagrante”.

Juiz 3: Eu [vara especializada] tenho uma realidade hoje de 6 presos provisórios.

Apenas para efeitos comparativos, na última inspeção ocorrida no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia¹⁶, no ano de 2018, a 1ª Vara de Tóxicos de Salvador possuía, no total, 2.141 processos em andamento e 96 processos de réus presos ainda não sentenciados; a 2ª Vara de Tóxicos de Salvador possuía, no total, 2.611 processos em andamento e 132 processos de réus presos ainda não sentenciados; a 3ª Vara de Tóxicos de Salvador possuía, no total, 2.684 processos em andamento e 144 processos de réus presos ainda não sentenciados.

Já nas varas comuns, a inspeção constatou que na 11ª Vara Criminal de Salvador há 1.743 processos em andamento, sendo 37 de réus presos ainda não

¹⁶ Para mais informações, consultar o relatório de inspeção na íntegra, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-unidades-judiciais-tjba-2018.pdf>

sentenciados; na 15ª Vara Criminal de Salvador há 2.055 processos em andamento, sendo 34 de réus presos ainda não sentenciados; e na 3ª Vara Criminal de Salvador há 2.346 processos em andamento, sendo 20 de réus presos ainda não sentenciados.

Por fim, na 2ª Vara Especializada de Salvador há 1.779 processos em andamento, sendo 12 de réus presos ainda não sentenciados.

O réu de uma vara especializada, portanto, raramente está preso e quase sempre possui um bom advogado constituído nos autos, o que evidencia que o sistema jurídico atua mais próximo do seu ideal, gerando menos exclusão e maior sustentabilidade ambiental, quando não existem fatores socioeconômicos de exclusão dos réus.

Servidor 2: “Na vara especializada os réus são os patriarcas da família, empresários, políticos. Quem comete o crime é quem sustenta a família.

O mesmo fenômeno pode ser observado nas varas de combate ao crime organizado, em que os réus possuem uma boa condição econômica.

Servidor 3: Na vara de combate ao crime organizado eu nunca atendi um familiar. Nunca apareceu um para atendimento. Eu só atendia advogados. Eu acho que porque existe uma relação de poder muito forte do outro lado. São pessoas muito articuladas, como se fossem dono de empresas.

Nestes casos em que há privilégio econômico, o sistema familiar, pouco afetado pelas pressões do sistema jurídico, já que praticamente não há encarceramentos ou dificuldades na representação jurídica dos réus, não tem motivos para irritar o Direito, exigindo respostas.

Nos demais casos, contudo, que são a grande maioria, o sistema familiar pressiona o sistema jurídico através dos recursos de que dispõe.

No relatório do Departamento Penitenciário Nacional do ano de 2016, registrou-se que 74% da população carcerária brasileira tem menos de 35 anos; 64% é negra – 89% no caso da Bahia –; e 61% não completou o ensino fundamental – 87% no caso da Bahia, onde 10% dos presos são analfabetos.

Relatou-se ainda que 26% dos réus responde por crimes relacionados ao tráfico de drogas, 26% por roubo, e 12% por furto, o que significa que 64% dos crimes cometidos são aqueles tradicionalmente associados a populações de baixa renda.

Vejamos agora de que formas o sistema familiar irrita o sistema jurídico e como ele responde.

5.4 FORMAS DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA E O ALTO GRAU DE VARIABILIDADE DAS RESPOSTAS DO SISTEMA JURÍDICO ÀS IRRITAÇÕES DO SISTEMA DA FAMÍLIA

Um dos aspectos que buscamos compreender através da pesquisa empírica é como se dá, no caso dos presos provisórios, essa irritação do sistema jurídico pelo sistema familiar e que tipo de respostas o sistema do Direito apresenta diante destas provocações ambientais.

Um ponto relevante, e que foi destacado por diversos operadores do Direito, é o perfil dos familiares que comparecem às varas criminais pleiteando atendimento. Os dados coletados evidenciaram que quase sempre são as mães dos presos que pedem informações, providenciam documentos e solicitam providências, seguidas pelas esposas dos presos. Em menor quantidade comparecem pais, irmãos e irmãs, tios e tias.

Servidor 2: Eu acredito que em 90% dos casos são as mães que comparecem para saber o andamento processual, tentar ajudar de alguma maneira o filho.

Servidor 4: Em mais de 50% dos casos quem vem é a mãe. Acho que só vi pai aqui uma vez. As esposas às vezes vêm também, até com filho no braço. Não sei se porque não tem creche ou onde deixar o filho...

Promotor 2: Geralmente quem procurava eram as mães, a esmagadora maioria. Os pais eram bem menos. Esposa também já aconteceu, inclusive esposa vítima, com uma cicatriz imensa, tentativa de homicídio, pedindo pelo marido.

Servidor 5: As mães são as que mais vêm, esmagadoramente. Em segundo lugar as esposas. Filhos raramente. Pais bem pouco também.

Um dado interessante é que muito raramente comparecem familiares de presas provisórias, a exemplo do companheiro ou marido da presa. O fato de a quantidade de presos do sexo masculino ser muito maior do que a de presos do sexo feminino talvez explicasse a questão, contudo os entrevistados relataram que mesmo levando em consideração essa diferença no número de encarcerados homens e mulheres, é praticamente insignificante a presença de familiares de presas buscando atendimento.

Servidor 3: Os pais vêm pouco. Além disso, eu nunca atendi o marido de uma ré, mas já atendi várias esposas de réus. É claro que existe uma maior quantidade de homens presos, mas nesses 10 anos de serviço eu devo ter prestado atendimento em pelo menos 100 processos de réus mulheres e nunca vi um marido. Já vi mãe, mas nunca pai e nem marido.

Defensor 4: São raríssimos os casos de presos provisórios em que a família não acompanha. Eles correm atrás e buscam o apoio, o auxílio, da Defensoria. Mas eu faço uma ressalva. Isso é para presos do sexo masculino. Eu nunca atendi um familiar de presa do sexo feminino. Mas a proporção de homens também é maior. Eu diria que para cada 30 homens presos eu atendo 3 presas mulheres, mas mesmo assim eu nunca atendo um familiar de presa. No caso delas, quem entra em contato é a diretora do estabelecimento prisional.

Dentre os operadores do Direito, muitos destacaram que a presença dos familiares, especialmente das mães dos presos, gera uma reação emocional que pode inclusive afetar sua atuação jurídica. Os promotores entrevistados mencionaram um aumento no grau de “empatia” e “sensibilidade” a partir do contato com as famílias, gerando um maior senso de responsabilidade social e uma maior abertura da promotoria e até da magistratura para a realidade social do preso.

Promotor 1: Aqui na capital é mais difícil eu ter contato com as famílias dos presos, mas no interior até que tinha bastante. E é bem interessante. Porque a gente fica conhecendo uma realidade que a gente, como órgão de acusação, não tem tanto contato. A procura da família traz mais essa realidade para a gente, sensibiliza mais o promotor. (...) Eu acho importante esse contato da família com o juiz e com o defensor, até pela questão da realidade social do preso. É importante que a família esteja próxima, que o juiz veja esse interesse. Eu acho que o olhar do juiz muda, até na hora de uma aplicação de uma pena.

Promotor 2: Você não vai ficar se emocionando ali porque senão ninguém trabalha, mas esse é um momento em que se cria mais empatia, quando você vê que tem uma pessoa que é amada, tem família como outra pessoa qualquer. (...) A gente sabe que causa um sofrimento para muita gente a pessoa estar presa. Quando a gente está trabalhando, oferecendo uma denúncia, a gente tem a responsabilidade de saber como aquilo vai impactar. A gente tem que ser objetivo, não ficar pensando nisso o tempo todo, mas dentro dessa responsabilidade isso também aparece, não só com a verdade que se busca, mas tem também o impacto que aquilo tem sobre a vida de muita gente.

O Servidor 3 relatou que pedidos de mães de presos o sensibilizam, produzindo um aumento na celeridade de seu trabalho, e que ele observa o mesmo tipo de reação nos magistrados, que se veriam incapazes de recusar pedidos de atendimento de mães de presos, sendo elas, na avaliação do servidor, os familiares que têm mais facilidade de acesso aos juízes.

Servidor 3: Várias vezes eu me sentia muito tocado por uma mãe pedindo, mais do que com um advogado pedindo, e isso fazia com que eu fosse mais célere. Com o advogado pedindo eu fico mais tranquilo. Inclusive eu percebo que isso faz diferença para os juízes também, quando eu vou falar sobre um processo, principalmente os juízes homens. Acho que porque eles pensam na relação deles mesmos com as mães. A mãe é meio que uma figura universal. Eu já vi juízes que são muito frios e distantes com outros públicos, pouco receptivos com advogados, não conseguiram recusar pedidos de mães. Eu acho que a figura materna é a que tem mais acesso.

Servidor 1: Eu já vi caso de a mãe desmaiar, o irmão gritar e o acusado sair chorando. Faz muita diferença para todo mundo ver a família naquele estado.

Assim, uma das formas de comunicação intersistêmica entre famílias e sistema jurídico é essa reação emocional provocada pelo contato com o familiar e que repercute nos sistemas psíquicos e em sua atuação dentro do sistema jurídico.

Apesar de os sistemas psíquicos estarem no ambiente dos subsistemas sociais, ambos se comunicam através de um mesmo meio de sentido, qual seja, a linguagem. Então um sistema psíquico, como é o caso de um servidor específico, funciona como um acoplamento estrutural entre o Direito e família, mediando essa comunicação. Se o sistema psíquico é emocionalmente afetado em sua atuação profissional, isso repercute em suas comunicações jurídicas futuras.

Mais adiante detalharemos os dados empíricos mais específicos pertinentes a essa atuação dos servidores e demais operadores como acoplamentos estruturais. Por ora, pretendemos apenas evidenciar que os operadores do Direito, atuando como acoplamentos estruturais, ao mesmo tempo em que compreendem seu papel institucional e a importância de uma atuação técnica, frequentemente não conseguem deixar de reagir emocionalmente às demandas do sistema familiar, já que são sistemas psíquicos e integram eles mesmos estruturas familiares.

Não é possível, contudo, generalizar a atuação de um operador do Direito e entender que ela é representativa do funcionamento de todo o sistema jurídico, já que o sistema não é o conjunto de suas partes. O sistema é capaz de observar a si mesmo e ao ambiente e é capaz de produzir suas próprias operações e estruturas, razão pela qual exercer um papel no Poder Judiciário é atuar dentro de certos parâmetros pré-estabelecidos. A fala do Promotor 2, que já destacamos ao tratar da metodologia da pesquisa empírica, é emblemática neste sentido:

Promotor 2: Eu sigo alguns protocolos de atuação. Digamos, numa situação assim... Você é bem objetivo, você se atém aos fatos. Se aconteceu dessa maneira, se tem tal prova eu vou capitular... aqui é

tráfico, aqui não é. (...) Para ser o mais objetivo possível e não ficar pensando nas eventuais subjetividades que aparecem ali. (...) Mas tem que criar um protocolo mesmo para ser mais objetivo, não ficar imaginando muita coisa ou supondo. Eu acho que é por aí. Tem que ter isso para se manter emocionalmente equilibrado.

Ainda que um promotor, como consciência individual, possa, eventualmente, sentir desequilíbrios emocionais resultantes de sua atuação profissional, existe a compreensão de que o papel exige uma atuação técnica, uma adequação ao tipo de comunicação de que se vale o sistema jurídico em suas operações. São os “protocolos de atuação” que exigem uma comunicação mais objetiva, que deixa de lado os ruídos ambientais aqui chamados de “eventuais subjetividades”.

Os operadores do Direito atuam equilibrando os pratos de uma balança: por um lado, são sistemas psíquicos e se emocionam, por outro, exercem papéis cujas condutas são pré-estabelecidas pelo sistema jurídico. É nesse equilíbrio dinâmico que os familiares agem, contribuindo, muitas vezes, para a produção de comunicações jurídicas adaptadas a essas pressões ambientais.

E ainda que o apelo emocional não funcione, não seja efetivo no efeito pretendido, a simples ocupação do espaço físico pelos familiares já torna mais difícil para o sistema jurídico ignorar aquela demanda por atendimento ou até mesmo por respostas mais específicas.

Juiz 1: Às vezes não é uma família que vem. Às vezes vêm 10 mães, uma procissão de gente, e como chega. (...) Eu sei que têm momentos aqui em que eu estou “Nossa para onde é que eu vou? Eu não fiz nada até agora só atendendo o povo”.

Servidor 3: Na vara de tóxicos o número de presos é gigante e me impressionou muito lá o número de mães e de esposas. Elas eram atendidas no balcão e depois iam atrás de mim quando eu estava saindo do trabalho, me acompanhavam até o banheiro... Tive várias situações assim.

Em geral, os operadores do Direito relataram que, no mínimo, a constante presença dos familiares no fórum torna o processo mais visível para todos aqueles que trabalham dentro do sistema jurídico. O Servidor 3 afirmou que, por mais “chato” que seja para um servidor ter que atender uma família no balcão toda semana, isso pressiona o sistema jurídico, fazendo com que o processo seja visto.

Servidor 3: Eu acho que a presença dos familiares faz muita diferença para o sistema, que age muito pela demanda, mas também pela pressão. Então uma família atuante, por mais chato que seja para um servidor ter que atender aquela família toda semana no balcão, sem dúvida faz com que o processo seja visto, ainda que o cartório não faça ele andar.

É importante frisar que este é um processo muito natural, e inclusive esperado, dentro da perspectiva sistêmica. Se o ambiente não pressionasse o sistema, exigindo dele adaptações e variações nas respostas, a tendência do sistema seria de estagnar dentro de suas próprias auto-observações, que representam apenas uma fatia da realidade, uma seleção oriunda dos parâmetros do próprio sistema. É nesse equilíbrio tênue, nesse cabo-de-guerra, nessa constante mudança que permite a permanência do sistema, que opera toda a sociedade moderna e a vida no planeta. Um sistema jurídico estagnado, que não apresenta respostas satisfatórias e sustentáveis às demandas do ambiente social, é um sistema que corre grave risco de dissolver-se na sociedade, perdendo sua diferenciação funcional e, eventualmente, se extinguindo.

O Servidor 5 evidencia essa tendência à estagnação do sistema quando afirma que, em geral, os servidores da unidade têm uma visão genérica da situação dos presos provisórios e que é a provocação da família que exige uma resposta mais específica para o caso concreto.

Servidor 5: Nós já tivemos vários casos aqui em que o processo só conseguiu andar um pouco mais rápido por causa das informações que a família trouxe. Acontece de o familiar chegar aqui dizendo que a pessoa está presa há não sei quanto tempo. Aí quando a gente olha o processo vê que o defensor não apresentou a resposta à acusação. Vira uma coisa mais pessoal. A gente consegue visualizar os pontos e os problemas específicos. Por exemplo, a gente tem uma lista de presos, mas a gente só tem uma visão genérica deles. Quem tem uma visão específica são os parentes. São eles que dizem “Olha, ele está com tal doença”. E aí a gente descobre que a unidade de custódia não está dando tratamento médico específico.

Essa “visão genérica” da situação dos presos provisórios é uma decorrência da programação do sistema jurídico, cujo meio de sentido são as normas. As condutas dos servidores são guiadas pelas previsões legais, sendo que estas não preveem a entrada, no Direito, de informações trazidas por familiares de presos.

Como um familiar não é nem parte no processo e nem representante jurídico do preso, existe uma barreira comunicativa. Para o sistema jurídico, o sofrimento da família é ruído ambiental sem sentido. E não poderia ser diferente, já que o sistema entraria em colapso caso deixasse de atuar dentro de suas programações, cumprindo sua função social. Todavia, isso não significa que inexista comunicação entre o sistema do direito e o sistema da família, já que existem os limites dos sistemas são porosos, ou seja, possuem espaços de abertura cognitiva, o que permite que os acoplamentos, como é o caso dos servidores e demais operadores, e

as organizações, como é o caso da Defensoria Pública, traduzam para a linguagem sistêmica os ruídos ambientais. Com isso, uma informação antes sem sentido torna-se uma informação com sentido.

Interessante, neste ponto, é pensar na fala do Promotor 1, quando afirma que a presença dos familiares somente faz diferença para o bom andamento do processo porque o sistema jurídico não funciona idealmente.

Promotor 1: Na justiça ideal não deveria fazer diferença para o processo a família vir aqui no cartório, mas justiça real faz. A pressão da família faz com que o processo ande mais rápido, naturalmente. A família vem aqui todo dia, cobra, pergunta, né? E isso faz com que os funcionários, o juiz e o promotor fiquem preocupados em cumprir os prazos. Não deveria fazer diferença, mas na realidade faz.

Mas que sistema jurídico ideal seria esse? Seria aquele em que os representantes jurídicos teriam uma atuação bem próxima da que foi pensada no momento da elaboração das normas jurídicas, tal como ocorre nas varas especializadas e nas varas de combate ao crime organizado? Ou seria um sistema jurídico em que as pressões do sistema familiar seriam canalizadas e traduzidas para uma linguagem jurídica de maneira organizada, através de acoplamentos e organizações especificamente pensadas para este papel?

Como elucidava Rafael Simioni (2011, p. 97), é o próprio sistema que seleciona do ambiente, a partir dos parâmetros de seu código operacional, as informações que irritarão, produzindo ressonância, o que significa que a irritação é sempre uma auto-irritação e a ressonância intersistêmica autocontrolada e autoselecionada.

Atualmente, o que os dados empíricos revelam é que as reações do sistema jurídico as essas irritações e pressões do sistema da família, do ponto de vista do observador externo, são bastante caóticas. A ressonância, dentro do sistema jurídico, de um mesmo estímulo pode mudar radicalmente a depender, por exemplo, da estrutura que seja responsável pela tradução da informação de um sistema para o outro.

Enquanto em uma vara judicial o familiar pode ser atendido pelo servidor de tal forma que aquela interação supra eventuais defeitos no processo e contribua para uma tramitação processual mais eficiente e célere, em outra ele pode nem mesmo ser atendido.

Servidor 5: Já aconteceu aqui de o advogado se recusar a renunciar esperando o pagamento. Aí a gente orientou a família a ir até o presídio e pegar uma declaração de próprio punho do preso expressando o desejo de retirar os poderes do advogado e ser

assistido pela Defensoria. A gente colocou essa declaração no processo, certificou e o magistrado, tendo em vista isso, nomeou a Defensoria Pública. (...) Mas eu já vi em outras unidades os servidores nem pesquisarem a situação do processo pelo nome da parte, exigirem do familiar o número do processo. Eles não queriam se dar ao trabalho, diziam “Sem o número do processo eu não consigo fazer nada”. E aí a pessoa ia embora. Eu já vi situações assim. Tem como pesquisador pelo nome da pessoa, pelo nome da mãe... Mas exigir informações técnicas... Às vezes ele [o familiar] não sabe te informar.

Se na primeira situação relatada pelo Servidor 5 o problema de representação judicial do preso foi identificado e sanado, na segunda situação houve apenas ruído sem sentido não processado pelo sistema. Tudo dependerá da atuação específica do acoplamento estrutural. Enquanto um servidor pode fazer o possível para atender bem um familiar, inclusive atuando como intermediário entre ele, que representa informalmente o preso, e o representante formal, outro servidor fazer o mínimo possível ou pode até mesmo ignorar a presença do familiar, tratando-o como invisível e o excluindo das comunicações jurídicas:

Servidor 5: As famílias dos presos têm um grau de escolaridade muito baixo. Muitas vezes eles nem conseguem comunicar para a gente o que eles querem. Aqui na unidade as pessoas são muito solícitas com os familiares. Não que em todas as unidades seja assim. Às vezes a gente verifica que não existe essa sensibilidade para passar a informação. A pessoa chega no balcão desesperada dizendo que tem um filho preso, sem saber o que fazer. E aí a gente tem que descobrir quem está preso, quando foi preso, se tem defensor, se tem advogado. Aqui a gente tenta fazer o melhor, prestar a informação mais clara possível, mas isso não quer dizer que em todo lugar seja assim.

Servidor 4: Poucas coisas eu resolvo por aqui mesmo. Na maioria das vezes eu mando eles peticionarem através do advogado ou da defensoria. No máximo junto um documento, dou uma informação, imprimo uma denúncia ou uma sentença para eles. Não tem muito o que a gente fazer, até porque eles vêm meio perdidos, sem nem saber o que querem.

As respostas do sistema jurídico às irritações do sistema da família possuem um alto grau de variabilidade. Em outras palavras, não há consistência na forma como o sistema jurídico seleciona as informações provenientes do sistema da família, o que gera uma comunicação intersistêmica problemática e irregular.

Os dados empíricos revelaram que um dos fatores que influencia nessa comunicação entre o sistema jurídico e o sistema da família é a geração à qual pertence o operador do Direito. As gerações mais antigas oscilariam entre um tratamento quase hostil ao preso e ao familiar do preso e um tratamento caritativo.

Já as gerações mais novas estariam mais investidas no papel de servidor público, prestando um atendimento que visa otimizar o processo judicial, mas que ainda assim é humano.

Servidor 3: Para mim o material humano do serviço, especialmente nas varas criminais, faz muita diferença. Já é muito negativo ser mãe de um preso e eu já vi funcionários atendendo e dando um mínimo de informação, sem nem levantar da cadeira. Os servidores mais antigos atendem muitos os familiares como se fosse um favor. Eles são distantes, não adaptam a linguagem... Eu já vi casos de a pessoa só ter o dinheiro do transporte daquele dia e o servidor não entregar uma certidão que podia ser entregue no mesmo dia. Pedir para voltar depois para pegar. E como essas pessoas são atendidas com pouca humanidade, dá para entender por que muita gente acredita que a Justiça é distante. Ali seus valores todos vão ser colocados, seus preconceitos... Os servidores mais novos têm outro olhar. Eles prestam um serviço mais humanizado e procuram resolver o problema. Eles, por exemplo, quando encaminham para outro órgão, dão o telefone, o endereço, explicam onde é... Os servidores mais antigos só dizem 'Não é aqui'. Talvez faça diferença o fato de os servidores novos já terem passado pela iniciativa privada e não terem passado a vida inteira como funcionários públicos.

Promotor 2: Se um familiar procurar o Ministério Público procurando atendimento, ele consegue. Eles é que não procuram tanto aqui na capital. E as pessoas sempre dizem que são bem atendidas no Ministério Público. Acho que porque os servidores são jovens. A estrutura do Ministério Público é recente. Eles têm mais esse espírito de servidor público, diferente, por exemplo, de um cartório. Eu mesma já fui maltratada em cartório, não como promotora, mas antes. Acho que essa geração, talvez por uma questão de educação, entende que está ali exercendo uma função pública e não trata os outros como se fosse superior, como se outros fossem serviçais. Mas é claro que tem exceções, as "juizites".

Sobre essa tendência de prestar um atendimento caridoso que alguns operadores do Direito mais antigos apresentam, é importante enfatizar que, para Luhmann, o Direito, a partir do momento em que diferenciou funcionalmente na sociedade, perdeu as funções morais, éticas e educativas que o sobrecarregavam (LUHMANN, 1985, p. 24). Dito de outro modo, o sistema jurídico funcionalmente diferenciado opera melhor quando abandona pretensões de educar ou de atingir ideais morais ou éticos.

Servidor 1: Eu tenho 32 anos de Tribunal. Eu costumo dar conselhos para os presos, para as famílias, pergunto por que estão nesse meio se a família é direita, o que levou eles a fazer esse tipo de roubo... Às vezes me chamam de Irmã Dulce. (...) Eu tenho esse lado bom (...) Quando o preso chega eu dou café, eu dou água, você está me entendendo? O que eu puder fazer... Até um lanche se eu conseguir. Eu falo no ouvido da juíza 'Dra., já são 13 horas. Quando ele chegar já não vai ter almoço para ele'. O almoço lá é até 12 horas. Se

chegar depois não tem mais. A juíza aqui já comprou várias vezes almoço ou lanche para os presos com o dinheiro dela. Aliás, todos nós aqui já tiramos do nosso próprio bolso para comprar uma coisinha ou outra. A gente se sensibiliza. Os filhos deles chegam aqui chorando com fome. Aí a gente se pode dá um biscoito, um pão (...)

Servidor 3: De modo geral o que eu sinto dos juízes e dos promotores não é receptividade para atender familiares não. É uma atmosfera de favor, e não de prestação de serviço. Não é uma atmosfera acolhedora. Eles atendem como se fosse um símbolo de caridade. Com os defensores públicos eu não sinto a mesma coisa, até porque para os presos os familiares são a linha de contato.

Servidor 3: Eu acho que o servidor tem que olhar não só para a pessoa que ele está atendendo, mas também para si. Refletir sobre o que é ser um funcionário público e sobre o serviço que você está prestando. Não é um favor. É um serviço. Eu vejo mais isso nos servidores novos.

O que é possível extrair das falas dos operadores do Direito e dos familiares entrevistados é que o atendimento e aproveitamento jurídico das informações trazidas pelos familiares varia muito de servidor para servidor, de vara criminal para vara criminal, de juiz para juiz, de Defensor Público para Defensor Público.

Promotor 1: Eu acho é o perfil do juiz, do promotor, do defensor, do cartório, que vai fazer diferença para que se chegue perto desse ideal de justiça. É muito pessoal. É o comprometimento pessoal. Hoje eu trabalho com um juiz que dá bom andamento aos processos, mas eu já trabalhei com juízes mais lentos, que tinha que ficar cobrando, correndo atrás. Depende do perfil do juiz e de cada um dos participantes do funcionamento judicial. Eu acredito que a sensibilidade de quem atua no Poder Judiciário faz a pessoa ter mais comprometimento, mais cuidado, querer que o processo ande mais rápido.

Servidor 1: Eu sou muito emotiva, mas o atendimento depende muito da personalidade cada servidor.

Servidor 5: Eu já vi em outras unidades os servidores nem pesquisarem a situação do processo pelo nome da parte, exigirem do familiar o número do processo. Eles não queriam se dar ao trabalho.

Servidor 3: Eu já vi funcionários atendendo e dando um mínimo de informação, sem nem levantar da cadeira.

Entre os juízes entrevistados a constatação foi a mesma. O Juiz 2, por exemplo, foi muito peremptório ao afirmar que não atende familiares.

Juiz 2: Eu não atendo familiares de presos provisórios. Não me recordo de ter tido contato com nenhum parente de preso. O que eu atendo são os advogados.

Já os juízes 3 e 4 relataram que atendem familiares com muita frequência.

Juiz 3: A gente sabe que as pessoas já vêm aqui à justiça com esse problema muito latente, então a orientação sempre é que esse atendimento no balcão, seja às próprias partes, seja a parentes e familiares das partes, seja um atendimento humanizado. É um atendimento que eu também procuro prestar, inclusive faço atendimento a quem procura falar com o juiz e faço o atendimento nesses termos também, logicamente dentro daquilo que é possível fazer.

Juiz 4: É o que acontece com hoje com os juízes criminais. Eles não têm como. A demanda é tão grande que eles não têm como ficar atendendo os familiares. Eu sei que têm momentos aqui em que eu estou “Nossa para onde é que eu vou? Eu não fiz nada até agora só atendendo o povo”. Se isso acontecer com os colegas, então eles também não vão dar conta.

E enquanto o Defensor 3 informou que o juiz da unidade em que ele atua não permite contato entre familiares e presos, o Promotor 2 relatou que, em geral, os juízes permitem que os familiares falem com o preso nas audiências.

Defensor 3: O juiz aqui, por questões de segurança, não autoriza que os familiares tenham contato com os presos durante as audiências.

Promotor 2: Em audiência, aqui na capital, os familiares pedem para falar com os presos, mas não a mim. Eles pedem ao juiz, à defensora ou ao advogado. Como está preso, tem a questão da segurança, não só dele, mas também das outras pessoas. Eles participam da audiência sentados e algemados, mas o juiz permite que os familiares entrem, abracem e conversem brevemente.

Um dos motivos para essa comunicação intersistêmica ocorrer de maneira tão irregular, dependendo, em grande parte, da personalidade do membro do Poder Judiciário que está prestando o atendimento, é a ausência de reconhecimento de sua importância ou relevância para o sistema jurídico, que é indiferente a essas demandas trazidas pelos familiares, inexistindo orientação institucional acerca da questão.

Servidor 1: Eu nunca recebi orientação sobre como atender familiar nem da juíza e nem do Tribunal. Quando você entra no Tribunal, você não recebe curso. Você aprende ali no cartório. Ninguém lhe orienta.

Servidor 2: Eu nunca recebi orientação do Tribunal e nem do magistrado em relação a atendimento. Nós sabemos quais os direitos dos advogados, mas em relação às partes a gente não tem nenhuma orientação formal. O magistrado atende parentes no balcão. Os advogados ele recebe no gabinete.

Servidor 3: Sobre atendimentos de familiares eu nunca recebi orientação do Tribunal. Dos magistrados a orientação era só sobre eles atendiam ou não familiares. Esse era o limite da orientação. Mas nunca recebi orientação sobre como atender.

Servidor 4: A orientação que eu recebo aqui da juíza é tratar bem, explicar, tranquilizar, né? Para eles não ficarem muito revoltados. Tem até um cartaz colado aí dizendo as três coisas que tem que ter no cartório, uma delas é dignidade da pessoa humana. Um dia desses a gente falou numa reunião desse negócio aí da missão dos cartórios, dos objetivos... A ideia é a gente deixar eles o mais por dentro possível, pra eles não acharem que a gente não está fazendo alguma coisa que podia fazer ou que está fazendo corpo mole.

Juiz 4: O Tribunal de Justiça nunca me passou orientação acerca desses atendimentos a familiares. Eu não me lembro, por exemplo. Ato da Corregedoria, Recomendação, nada...

Apenas o Servidor 5 mencionou que recentemente o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vem promovendo cursos que abordam a necessidade de um atendimento mais humanizado.

Servidor 5: O Tribunal, recentemente, vem tentando trazer uma humanização do atendimento. Está promovendo vários cursos. Mas isso é recente, frise-se. Semana passada, por exemplo, tivemos um curso de gestão cartorária cujo módulo 2 era essa questão da humanização do atendimento ao réu solto, mas isso também serve para a família de um modo geral.

Até agora o foco da análise foram as irritações com as quais o sistema jurídico tem que lidar e quais as respostas que ele fornece para esse sistema familiar que se encontra em seu ambiente. É preciso lembrar, contudo, que o sistema jurídico também irrita o sistema familiar. É o que acontece quando um juiz criminal determina, em uma decisão, que um membro daquela família será dela separado.

Quando tratamos do sistema da família, vimos que muitas vezes é apenas na família que as pessoas se sentem incluídas na sociedade. Também vimos que a exclusão de um subsistema social pode acarretar, e frequentemente, acarreta a exclusão em outros subsistemas sociais, o que explica porque réus economicamente favorecidos sofrem menos os impactos negativos de uma aplicação irregular das regras processuais-penais. Assim, muitas vezes é apenas no sistema familiar que esses presos provisórios se sentem incluídos. Ainda que todo um aparato policial esteja sendo movido contra eles, a sensação que muitos têm, quando não existe inclusão familiar, é de ninguém os está vendo, que sua existência é insignificante para a sociedade.

Juiz 4: Os presos que não recebem visitas são mais rebeldes. Eu sinto um desgosto. Eles falam assim "Dr., ninguém está interessado em mim, na minha vida eu não tenho ninguém não". Às vezes eles até sabem onde os pais moram, mas se não recebem visita é como se não existisse ninguém como se eles fossem sozinhos na vida.

Defensor 5: Quando o sujeito não tem família, eu costumo dar uma atenção maior. Porque alguém tem que falar com esse cara, né? Senão ele fica só no ambiente prisional. Imagina um cara passar 2 anos só nesse ambiente prisional e depois ser liberado. (...) O cara sem família só tem contato com outros presos e com os agentes penitenciários, que são mal remunerados, vêem ele como um inimigo, um ladrão, não querem saber, vivem tensos, em um clima de guerra.

Defensor 4: Quando a família não procura, a gente tem muita dificuldade. (...) Eles acham que já perderam tudo e não tem mais nada a perder. (...) Quando a família está por perto e visita, esse vínculo não deve ser quebrado. Eles precisam manter contato com o meio externo até para perceber que as coisas podem melhorar. Quando o assistido tem um familiar preso, ele se mostra mais arrependido, ele sente que quer mudar, melhorar, até porque ele não quer ver a família sofrendo, adentrando nos estabelecimentos prisionais.

Num cenário como esse, é enorme o impacto das decisões jurídicas sobre os próprios presos provisórios, sobre suas famílias e sobre a relação desses presos provisórios com suas famílias.

Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), do ano de 2015, acerca da reincidência criminal no Brasil, registrou, em diversos momentos, a importância das famílias no processo de reintegração do preso à sociedade.

A pesquisa concluiu que o elemento central no processo de reintegração social é o apoio familiar, apontado pelos presos como a contribuição mais significativa para a sua vontade de mudar, de não mais delinquir e de nunca mais voltar ao sistema prisional. O amparo da família funcionaria como um alicerce emocional e um estímulo para a vida, sendo as visitas dos familiares a coisa mais importante de suas vidas (BRASIL, 2015, p. 114).

Os dados coletados evidenciaram que, em algumas situações, os magistrados e promotores, sensíveis a realidade e, como os acoplamentos estruturais que são, medeiam a comunicação entre o sistema jurídico e o sistema familiar, utilizando como fundamento uma preocupação com a ressocialização do preso.

Juiz 4: Quem tem acompanhamento da família tem outra postura, principalmente quando a família é bem estruturada. Quando a família é bem estruturada os pais vêm para as audiências. (...) Sempre que os pais estão aí eu permito que entrem, justamente para fortalecer esse vínculo. Quando tem filho menor, eu também sempre peço para o policial aguardar, peço para tirar as algemas, se for o caso, para a criança não ver o pai algemado, e permito que o réu tenha um contato com o filho, até porque é mais difícil criança entrar no sistema prisional para visitar. Então é aqui, no fórum, que o réu tem a

oportunidade de ver o filho pequeno. (..) Tem que tomar os cuidados de segurança, mas eu sempre deixo. Porque eu sei da importância que tem o fortalecimento desses vínculos. (...) Quando o preso provisório tem o acompanhamento da família, se ele for culpado, a consciência pesa. Durante o tempo em que ele estiver custodiado ele vai pensar no sofrimento dos familiares. Um preso uma vez me disse que o momento mais difícil da cadeia é quando a mãe visita porque ele tem que ver ela sair chorando. Existe todo um trabalho psicológico de pensar sobre como é melhor se comportar em sociedade.

Promotor 1: Quando a família se apresenta a gente vê que há um interesse de ressocializar, de cuidar do preso. E aí fica mais fácil para o promotor dar uma oportunidade para o preso. Acho que para o juiz também, provavelmente. (...) Na hora da audiência, se a família está por perto, o juiz às vezes ouve, anota uma coisa. Acho que ele leva em consideração na hora de aplicar a pena. (...) Eu falo ressocializar no sentido de reintegrar à sociedade. A presença de um pai, de uma mãe que vem procurar, preocupado, sendo a primeira vez, a gente tem um outro olhar. Ele vai ter uma estrutura familiar para que possa acompanhar uma liberdade provisória, por exemplo.

Promotor 2: Faz diferença a família ser atuante. Por que com o que que a gente se preocupa quando a pessoa está presa? Se ela não vai voltar a fazer. E quando a família é próxima... Porque é a possibilidade de recuperação daquele indivíduo, entendeu? Quando a família próxima você sente mais... Quando o pai dá um limite, quando o pai é próximo, a gente sente uma confiança maior de que ele possa se recuperar. Porque o pai, na formação nossa, é ele que dá esse limite. Eles são criados às vezes de qualquer jeito, não tem limite, principalmente no tráfico de drogas. Eu vejo que a pessoa está fazendo ali, principalmente esses mais pobres, ela não está enxergando às vezes a gravidade do que eles estão fazendo. Existe a cultura do tráfico. Eles convivem com aquilo ali e até para se proteger eles vão banalizando aquilo que não é para ser banalizado. Se a família traz ele mais para perto a gente sente maior confiança até de um pedido de liberdade. Porque o que todo mundo quer, não só a defesa, mas também a magistratura e o MP, é que aquela pessoa se recupere.

Assim, há operadores do Direito que não só visualizam o impacto do encarceramento nas famílias como também utilizam a dor e o sofrimento gerados pela intervenção jurídica para alavancar a ressocialização do preso em sociedade. Através dessa comunicação intersistêmica, é possível que a situação familiar do preso motive um parecer favorável à liberdade provisória, uma autorização de contato entre presos e familiares durante as audiências e influencie até mesmo a dosimetria da pena, além de outras repercussões que possam não ter sido mencionados pelos entrevistados.

O que se observa, aqui, é que as comunicações do sistema familiar são traduzidas para uma linguagem que o sistema jurídico consiga compreender. O

discurso dos operadores do Direito mostra-se preocupado não com as famílias em si, mas sim com a ressocialização do preso e com a redução dos índices de reincidência. O que esses operadores compreenderam é que famílias desestruturadas produzem criminalidade, razão pela qual fazem a mediação da comunicação intersistêmica e, ao mesmo tempo em que minimizam os impactos negativos do sistema jurídico nas famílias, contribuem para um processo penal mais eficaz em suas funções preventiva e ressocializadora.

Entretanto, também aqui a comunicação intersistêmica depende da sensibilidade e da personalidade de cada operador, inexistindo consistência e regularidade nas reações do sistema jurídico, como demonstram os extratos abaixo.

Defensor 3: O juiz aqui, por questões de segurança, não autoriza que os familiares tenham contato com os presos durante as audiências.

Juiz 2: Eu não analiso essa questão da família para conceder ou não liberdade provisória. O que me interessa é a condição do preso, o fato, como esse fato repercute socialmente e também a possibilidade de reincidência caso haja retorno prematuro desse preso para a sociedade. A gente sabe que nos crimes contra o patrimônio, furto e roubo, principalmente roubo, o indivíduo vive disso.

Promotor 1: (...) é muito de cada juiz, da formação de cada juiz. Tem juiz que é muito mais aberto a isso e tem juiz que nem recebe família, que não tem nem contato.

Vejamos agora outras situações em que os operadores do Direito, especialmente os servidores, funcionam como acoplamentos estruturais, mediando a comunicação entre o sistema da família e o sistema jurídico, bem como a atuação da Defensoria Pública, também um acoplamento estrutural, enquanto organização do sistema da sociedade.

5.5 OS OPERADORES DO DIREITO COMO ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ORGANIZAÇÃO MEDIADORA DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA

Apesar de os familiares não serem procuradores ou representantes jurídicos dos presos provisórios, não podendo, por falta de previsão legal, falar nos autos em nome deles, na prática eles atuam como procuradores sem procuração por conta da mediação dos acoplamentos estruturais.

Servidor 4: Eu acho que faz diferença o preso ter família. Às vezes, por exemplo, a família chega aqui e a gente vê que o processo estava há um tempo parado, que já podia ter agilizado. O sistema

não é muito eficiente, né? Às vezes o oficial de justiça não dá nenhuma resposta sobre o mandado e esse processo fica perdido. Tanto que a gente tem que fazer um controle. Quando passa de 100 dias parado a gente tem que olhar. Muitas vezes quando o familiar vem o processo está nessa situação aí. É como se a família fosse o advogado no lugar do advogado.

Apesar de os advogados também funcionarem como acoplamentos estruturais, intermediando a comunicação entre o sistema da família e o sistema jurídico, não os incluímos na amostragem da pesquisa empírica, pelos motivos já mencionados no tópico anterior, referente à metodologia, razão pela qual não trataremos da representação jurídica feita por advogados.

São os operadores do direito, especialmente os servidores, que traduzem as demandas dos familiares e dos presos provisórios para uma linguagem jurídica. Assim, se um familiar não está legalmente autorizado a juntar um documento aos autos do processo, o servidor, por sua vez, pode certificar que um familiar esteve na vara criminal munido do referido documento, acostando-o em seguida aos autos.

Vimos no subtópico anterior que essa mediação, justamente por ser informal, é bastante inconsistente, dependendo da personalidade de cada operador jurídico e da insistência de cada familiar, mas, de maneira geral, essa é uma realidade que se observa em praticamente todas as varas criminais que lidam com uma população economicamente desfavorecida.

Mesmo em uma comarca de entrância final como Salvador, que possui uma organização atuante como a Defensoria Pública, verifica-se uma presença constante de familiares de presos provisórios nas varas criminais, seja em busca de informações e orientações, seja trazendo documentos e informações relevantes para o processo.

Isso ocorre por alguns motivos. Em primeiro lugar, a Defensoria Pública nem sempre dá conta da enorme demanda existente. Em segundo lugar, porque nem sempre é a Defensoria Pública a representante jurídica do preso, sendo comum que as famílias contratem um advogado na fase inicial do processo, apenas para soltar o réu, e cessem os pagamentos, de forma que o advogado abandona a causa e o preso se vê sem representante jurídico.

Servidor 3: É muito comum os familiares aparecerem quando o advogado some. Isso é clássico. O advogado fica presente durante a fase de prisão em flagrante, mas aí o acusado foi citado há 3, 4 meses e o advogado sumiu. Não apresentou defesa. E o acusado se descobre sozinho. Eles dizem que o advogado não atende, que diz que está tudo resolvido quando não está.

Servidor 4: Eu atendo alguns familiares. Eles sempre vêm meio preocupados, querendo alguma diligência. Dizendo que o preso está sem advogado ou que não estão conseguindo falar com o defensor. Semana passada mesmo eu atendi um que estava querendo trocar o advogado. O advogado tentou soltar na audiência de custódia, não conseguiu e sumiu. Não cuidou mais do processo.

Um exemplo de um servidor atuando como acoplamento estrutural, mediando essa comunicação entre o sistema da família e o sistema jurídico, foi dado pelo Servidor 5, que relatou a seguinte solução para uma situação em que um advogado desidioso, que não mais estava atuando na defesa do preso por não ter recebido os pagamentos prometidos, recusava-se a renunciar aos poderes a ele conferidos, deixando, na prática, o réu sem representação jurídica nos autos.

Servidor 5: Eles reclamam bastante dos advogados. Eles dizem que não são devidamente assistidos. Acontece muito aqui de o advogado atuar no flagrante, porque a família consegue pagar um determinado valor, e, durante o processo, eles não conseguiram manter os pagamentos prometidos. Então a gente vê muito advogados desidiosos, que a gente tem que intimar duas, três vezes. Isso é muito ruim. Porque se o preso tem advogado constituído, que não renuncia, e ele mesmo, por estar preso, não consegue retirar os poderes do advogado, a defesa fica precária. Aí a gente tem que esperar o magistrado tomar conhecimento daquela situação, intimar o preso para que ele tome conhecimento da desídia e nomeie outro advogado ou diga que tem interesse de ser assistido pela Defensoria Pública. Isso gasta um tempo. Isso não é automático. Tem que publicar, certificar, publicar de novo, certificar, fazer mandado para a unidade de custódia, esperar o Oficial de Justiça cumprir... Isso prejudica. A família ajuda nessa transição. Já aconteceu aqui de o advogado se recusar a renunciar esperando o pagamento. Aí a gente orientou a família a ir até o presídio e pegar uma declaração de próprio punho do preso expressando o desejo de retirar os poderes do advogado e ser assistido pela Defensoria. A gente colocou essa declaração no processo, certificou e o magistrado, tendo em vista isso, nomeou a Defensoria Pública.

O Servidor 4 relatou uma atuação muito parecida, em que o familiar, na prática, atuou como procurador sem procuração através da mediação dos acoplamentos estruturais.

Servidor 4: Um dia desses veio uma esposa pedindo para transferir ele [o preso]. Acho que ele estava em Lauro de Freitas e ela queria que ele viesse para cá [para Salvador]. A gente não pode fazer isso. Tem que entrar com um pedido. Ela veio aqui porque o advogado não estava mais fazendo nada. E a gente não pode revogar os poderes do advogado para passar para a defensoria. Aí só tem um jeito. Fazer uma carta precatória para lá para Lauro de Freitas para o preso dizer que não quer mais o advogado. Mas aí a gente mandou ela ir lá no presídio de Lauro e falar com o defensor de lá para o preso assinar o documento. Aí ela foi. Não sei se conseguiu resolver.

Em geral, as famílias são descritas como um elo, uma ponte, entre o preso e seu representante jurídico ou até mesmo entre o preso e o sistema jurídico, o que não seria possível sem que acoplamentos estruturais mediassem essa comunicação.

Juiz 3: A defesa tem essa possibilidade de estar com o preso, mas não é a todo tempo e a toda hora que isso é possível, por questões diversas. Então a família do preso ela é muito importante porque, além de ser instrumento de fornecimento de informações, de dados, ela também é esse elo de ligação para defesa poder entender o contexto em que determinados casos penais acontecem.

Servidor 3: Muitas vezes o defensor público não tem contato com o réu preso. Então é a família que conta a história, fornece as testemunhas de defesa... O defensor público muitas vezes só vai conhecer o réu no momento da audiência, muitos meses depois da prisão. A família se torna então a ponte entre o defensor e o réu.

Juiz 1: Quem está dentro das unidades deveria ter uma assistência da Defensoria Pública, mas como a demanda é grande, então vai sobrando sempre gente. A experiência que eu tenho é os familiares são os primeiros advogados deles, dos presos, seja condenado ou provisório. É o pai, a mãe, a companheira, a namorada, a irmã. E são eles que levam, que fazem essa intermediação o tempo inteiro. Aqui às vezes chegam para mim também as famílias dos presos provisórios. E eu explico que não sou eu, que vá até a vara, procure o defensor, se tem advogado, então conversa com advogado. É o tempo inteiro a gente fazendo isso.

Servidor 5: São eles que dizem “Olha, ele está com tal doença”. E aí a gente descobre que a unidade de custódia não está dando tratamento médico específico. Muitas vezes a gente conversa com o defensor, explica a situação, e o defensor formaliza aquilo em uma petição. Às vezes o familiar não consegue falar com o defensor. Aí ele fala com a gente e a gente fala com o defensor, fazendo essa ponte. Fica bem mais fácil. Ajuda muito os familiares virem.

Defensor 4: Na fase de instrução processual, fica muito mais difícil, sem a família, encontrar elementos e circunstâncias para amenizar a pena. Aquelas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal: conduta social, personalidade... Até mesmo testemunhas de defesa. A gente tem dificuldade para fazer uma defesa mais efetiva.

Em verdade, os operadores do Direito atuam como acoplamentos estruturais até mesmo em situações em que a Defensoria Pública é a representante jurídica do preso provisório. Muitas vezes isso ocorre porque a demanda da Defensoria Pública é muito grande, dificultando um atendimento personalizado e célere aos familiares.

Servidor 1: Eu ajudo como eu posso. Ligo até para o defensor público se não tiver advogado ou se não estiver tendo acesso ao defensor público. Marco um horário até aqui no cartório para os familiares se encontrarem com o defensor público. Porque às vezes as pessoas têm dificuldade de marcar lá na defensoria, só consegue marcar para 15, 20 dias. Converso o juiz também, digo “Olha, Dr.,

está se passando isso e isso. A pessoa tem dois meses presa e não teve uma audiência”.

Servidor 4: Quando eles vêm procurando o defensor e ele está aqui, a gente coloca eles em contato. Quando o defensor não está a gente manda eles irem lá na defensoria ou ligarem. Muitas vezes eles dizem que o advogado não está fazendo nada e que preferem o defensor. Aí nesses casos a gente manda eles irem lá também.

Servidor 1: O que os familiares mais pedem é para marcar audiência. Se chegam com um documento, um comprovante de residência, eu agilizo para pessoa não ter que ir lá na defensoria. Digitalizo e coloco no processo com uma certidão minha.

A Defensoria Pública também atua como um acoplamento estrutural, mediando essa comunicação entre o sistema da família e o sistema jurídico, contudo ela, por ser uma organização, orienta suas operações por decisões prévias, tomadas internamente, e que repercutem no ambiente social.

Neste ponto, também é importante esclarecer que o Ministério Público também é, em uma perspectiva sistêmica, uma organização, contudo ele não ganhou destaque nesta pesquisa em virtude de os dados empíricos terem demonstrado que ele presta pouquíssimo atendimento aos familiares de presos provisórios, especialmente nas capitais. Tanto os juízes quanto os promotores, como operadores do Direito, podem funcionar como acoplamentos estruturais entre o sistema da família e o sistema jurídico, contudo são principalmente os servidores e a Defensoria Pública que viabilizam essa comunicação intersistêmica de maneira regular.

Defensor 2: Eu não vejo o Poder Judiciário e o Ministério Público realizando atendimentos regulares a familiares de presos. Eu não tenho conhecimento de que isso ocorra. Na minha experiência, há raríssimas exceções.

Servidor 5: Eles recorrem mais à Defensoria do que ao Ministério Público.

Promotor 1: Aqui na capital é mais difícil eu ter contato com as famílias dos presos.

Promotor 2: Aqui na capital eu nunca fui procurada pela família de nenhum preso. Nunca aconteceu. Aqui [na capital] a promotoria fica em um lugar que eu acho que eles nem sabem exatamente onde é. Se for procurar vai ser em audiência.

As organizações são instituições do sistema da sociedade e, portanto, também são constituídas por comunicações. No caso das organizações, essa comunicação girará ao redor de decisões: a fundação da organização dependerá de uma decisão, a contratação de membros dependerá de uma decisão, etc. Ao decidir,

a organização reduz complexidade e incerteza, fazendo com que todas as decisões posteriores sejam guiadas por aquela diferença já marcada pela decisão anterior. Essas decisões, quando comunicadas ao ambiente, orientam comportamentos (LUHMANN, 2010, p. 83-90).

Essa orientação das condutas por meio de decisões fica evidente no discurso dos defensores públicos entrevistados. Ao contrário dos servidores, por exemplo, que relatam suas experiências pessoais de atendimento aos familiares, que não podem ser generalizadas para abranger o comportamento de outros servidores, os defensores públicos demonstram em suas falas que existem orientações institucionais muito claras acerca do atendimento que deve ser prestado aos presos provisórios e seus familiares.

Defensor 2: O atendimento da Defensoria Pública ocorre de duas formas: na sede da Defensoria Pública, uma vez por semana, de réus soltos ou familiares de réus presos, e nos estabelecimentos prisionais, pelo menos dois turnos por mês, de presos provisórios. É uma obrigação mínima que todo defensor tem, imposta pela corregedoria por ato normativo interno. Eu só atendo nas varas criminais em casos urgentes. Quando, por exemplo, o defensor público está fazendo uma audiência e surge uma demanda urgente. Os atendimentos são agendados previamente, tanto por telefone quanto pessoalmente, na própria sede, no máximo até o dia anterior ao dia de atendimento do defensor público.

Todos os defensores públicos entrevistados descreveram esse exato protocolo de atendimento, evidenciando que existem orientações institucionais muito claras acerca da conduta que os defensores públicos devem seguir em sua atuação profissional. Por conta disto, há uma resposta institucional muito mais consistente às demandas dos familiares dos presos. Em outras palavras, é possível prever com muito mais facilidade quais serão os *outputs* da Defensoria Pública aos *inputs* do sistema da família. Abordamos anteriormente a questão da trivialização e sua importância para a manutenção da segurança e da estabilidade dos sistemas, mas voltaremos a esse tema no próximo subtópico.

O discurso dos defensores públicos também é muito mais institucional do que pessoal, sendo muito frequente que os sujeitos de suas frases sejam “o defensor público” ou “a Defensoria Pública”, e não “eu”, o que demonstra que existe entre os defensores públicos uma grande preocupação com o papel por eles exercido.

Rafael Simioni (2011, p. 111) destaca que as organizações, por se situarem no ambiente dos subsistemas sociais, têm a possibilidade de observação das comunicações produzidas por esses sistemas e de articulação das comunicações

intersistêmicas. As organizações não deixam de funcionar como acoplamentos estruturais, tomando decisões conectadas à orientação funcional dos subsistemas sociais e, conseqüentemente, produzindo ressonância intersistêmica.

As organizações funcionam como tradutores, assimilando as informações dos subsistemas sociais e produzindo decisões que conseguem ser lidas por todos eles. Isso exige a articulação de diversos códigos e a calibragem dos valores ali envolvidos. Ainda que essa calibragem demande tempo e precise ser constantemente ajustada, as organizações bem estruturadas são um importante instrumento de planejamento e manutenção da sustentabilidade, já que não só permitem a comunicação entre sistemas sem a utilização dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, como também produzem decisões orientadoras de comportamento de um ponto de vista privilegiado, externo aos sistemas. Mas é claro que tudo dependerá da sensibilidade dos sistemas sociais a esse *feedback* das decisões organizacionais (SIMIONI, 2011, p. 114-116).

A Defensoria Pública é reconhecida pelo sistema jurídico como uma organização em diversos textos normativos, a exemplo da Constituição Federal, que, no seu art. 134, a reconhece como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e da Lei de Execução Penal, que, no seu art. 61, VIII, a reconhece como um órgão da execução penal, que, na defesa dos necessitados, velará pela regular execução da pena e visitará periodicamente os estabelecimentos penais.

Como os defensores públicos possuem o dever institucional de atender os presos e seus familiares, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, eles são os grandes tradutores das comunicações do sistema da família para uma linguagem jurídica. São principalmente eles que ouvem os familiares e, se este for o caso, protocolam as petições cabíveis, traduzindo para o código do Direito uma informação produzida a partir de um código de intimidade.

Defensor 2: O defensor público tem a obrigação de fiscalizar a situação prisional dos presos de sua unidade. Eu analiso semanalmente a lista de presos das minhas unidades para verificar excessos de prazos, mas às vezes, pelo volume, algum caso escapa, e os familiares ajudam nisso, acendem uma luz para o defensor, já que eles sabem melhor do que ninguém a data da prisão do seu ente querido.

Defensor 3: As famílias são uma forma de a gente manter um contato mais próximo com o preso. A gente visita os estabelecimentos prisionais, mas não tem condições de ver o mesmo interno mais do

que uma vez por semana ou uma vez por mês. Então são geralmente as famílias que trazem uma demanda mais específica para a gente poder atuar no processo. Acontece, por exemplo, de a família trazer a situação de um interno que está precisando de atendimento médico urgente que não está sendo fornecido.

Os dados empíricos demonstraram que, em geral, os familiares e os operadores do Direito consideram de boa qualidade o serviço prestado pela Defensoria Pública, apesar de, eventualmente, a enorme demanda impedir que o trabalho seja feito da melhor forma possível.

Servidor 2: Mas nunca ouvi reclamação da defensoria. O defensor é muito diligente. Ele atende em regra lá na defensoria, mas às vezes atende aqui no corredor nos dias de audiência”.

Servidor 4: Eu acho que a atuação da defensoria é muito boa aqui. Eu não sei como é lá na própria sede da defensoria, mas pelo menos aqui eu peço para o familiar esperar o defensor sair da audiência e ele atende normal. Me parece eficiente esse contato com a defensoria. Os defensores aqui são bem preocupados.

Familiar 7: No início tinha advogado, mas a gente não tinha mais condições e pediu para ele renunciar no processo. Mas acho que tem muito defensor público bom também. Às vezes a gente paga advogado e o defensor é até melhor.

Juiz 3: Eu não costumo identificar problemas nessa representação jurídica do preso, inclusive eu costumo dizer que a Defensoria Pública tem uma defesa técnica de muita qualidade.

O Defensor 2 chegou a afirmar que a presença dos familiares ou a situação financeira do réu são muito pouco relevantes quando existe uma Defensoria Pública “forte e atuante”.

Defensor 2: Eu acho que a situação financeira do preso ou o fato de ele ter uma família não faz diferença quando se tem uma Defensoria Pública forte e atuante. O defensor público fará todos os pedidos cabíveis. Mas se a Defensoria Pública não está forte e atuante, por exemplo, em uma comarca do interior em que há um único defensor para 100 pessoas buscando atendimento, aí sim a diferença pode ser significativa. É aquela coisa. Quem gritar mais vai acabar sendo atendido primeiro. Mas na capital o número de defensores públicos é bem razoável, ainda que haja dois promotores nas varas criminais para cada defensor público.

Alguns operadores do Direito, entretanto, identificaram problemas na atuação da Defensoria Pública.

Servidor 3: Muitas vezes o defensor público não tem contato com o réu preso, então é a família que conta a história, fornece as testemunhas de defesa... O defensor público muitas vezes só vai conhecer o réu no momento da audiência, muitos meses depois da prisão. A família se torna então a ponte entre o defensor e o réu. Mas nem sempre o defensor utiliza isso da melhor maneira, pegando, por

exemplo, o maior número de informações possível. Eu já vi muitos casos, com defensores diferentes, em varas diferentes, de as famílias terem que levar a documentação duas, três vezes porque o defensor perde. Tipo abaixo-assinado da vizinhança, rol de testemunhas de defesa, comprovante de residência, essas coisas.

Servidor 5: O pessoal reclama bastante dos defensores e do Ministério Público. Dizem que não têm acesso. Tem a questão do agendamento prévio. E às vezes a pessoa nem consegue falar com o defensor. Ela fala com um estagiário, por exemplo, que barra o contato, dizendo que não tem mais agenda, que só tem agenda para daqui a 3, 4 meses. Eles reclamam também que, mesmo em caso de réu preso, eles não recebem informação nenhuma na Defensoria Pública sobre o processo. Eles dizem “o defensor já está cuidado do caso”. Informação genérica. Raramente chega uma pessoa aqui dizendo “Eu fui lá na Defensoria e eles me pediram a documentação das testemunhas de defesa, endereço certinho...”. É o que eles passam para a gente, esse feedback. Não sei se é dessa forma exatamente.

Juiz 1: Eu acho que a Defensoria Pública tem ajudado, mas deveria ajudar mais. A Defensoria Pública tem um papel importantíssimo nessa hora, mas a minha experiência nas cadeias, com os presos provisórios não me mostra isso. Eu recentemente, em fevereiro [de 2019], visitei o Conjunto Penal Masculino, que só recebe presos provisórios. Eu conversei com 50. Nossa... É um negócio escandaloso. A Cadeia Pública e o Conjunto Penal Masculino recebem presos provisórios não só de Salvador, mas de outras regiões. Tem um provimento, que é o 04/2017, que enumera cidades que estão vinculadas. Têm presos lá do interior de 3, 4 anos aguardando terminar o processo.

Ademais, durante a condução das entrevistas, verificou-se que, a despeito de existir uma obrigação institucional de visitas regulares aos estabelecimentos prisionais, o Defensor 1 relatou que, em virtude da demanda, ele não realiza essas visitas, o que evidencia que a atuação da Defensoria Pública pode apresentar irregularidades mesmo diante de um maior controle institucional.

Defensor 1: Existem defensores no presídio e existe uma orientação de que os defensores das unidades de processos de conhecimento, como é o meu caso, façam visitas periódicas aos presídios para ter contato com os processados que se encontram com a liberdade cerceada em função dos processos que tramitam na unidade. Eu não faço essas visitas com muita frequência porque a demanda de trabalho é muito grande. A estrutura de trabalho não permite. Eu converso brevemente com o processado antes da audiência, quando ele chega na sala. E a lei também me faculta uma entrevista antes do último ato do processo, que é o interrogatório.

O que se conclui a partir das entrevistas conduzidas, todavia, é que a Defensoria Pública, ainda que possa eventualmente falhar, principalmente em virtude da ausência de condições ideais de trabalho, compreende, enquanto

instituição, a importância das famílias como esse elo entre o preso provisório e o sistema jurídico, bem como sua função de acoplamento estrutural.

Defensor 1: As famílias às vezes atrapalham, mas quase sempre ajudam. A gente inclusive manda recados para os presos através das famílias. (...) O réu que tem família é sem dúvida favorecido. Porque família é o elo de ligação entre o preso provisório e a justiça, mediante o contato com o defensor público, que é o agente facilitador desse diálogo, dessa interação.

Ciente da importância dessa comunicação intersistêmica, a Defensoria Pública desenvolveu, como a organização que é, uma série de regras e práticas que orientam os atendimentos a presos e familiares, um modelo que inclusive poderia servir de inspiração para o Poder Judiciário, como veremos no próximo subtópico.

5.6 OTIMIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA: POSSÍVEIS ALTERAÇÕES PROCEDIMENTAIS E/OU PROCESSUAIS

No início da pesquisa, em uma fase ainda preliminar de colheita dos dados empíricos, surgiu uma ideia, um esboço de uma proposta de alteração do atual modelo de representação jurídica do preso, que, como já vimos, ainda é baseada na noção clássica de um sujeito de direito, de uma parte processual. Pensando que, na prática, os presos já são representados transubjetivamente por seus familiares, por meio da mediação dos acoplamentos estruturais, seria possível, através de uma reforma legislativa, transformar os familiares em representantes formais do preso no âmbito do processo penal?

Já existem, no sistema jurídico, figuras como curadores especiais, procuradores, representantes e assistentes, que falam nos autos do processo por aqueles que não podem falar por si mesmos. É o caso de um incapaz, seja por idade ou por capacidade mental, de um ausente, de alguém que não é parte no processo, mas pode por ele ser afetado, etc.

O Familiar 4, por exemplo, narrou as dificuldades que enfrenta por não ser parte processual e, conseqüentemente, não ter direito a uma senha de acesso ao processo de seu parente, tais como os custos de deslocamento até o fórum, a demora para atendimento na Defensoria Pública e a ausência de contato com o magistrado.

Familiar 4: Eu venho sempre aqui no fórum porque eu não consigo abrir o processo em casa. E quando eu agendo com o defensor

sempre falta alguma informação, alguma coisa. Eu não consigo pegar a senha para olhar o processo, e muito menos meu filho, que está preso. Eu, como mãe, não posso pegar uma senha para olhar o processo pela internet. Eu tenho que vir de longe até aqui. Para falar com o defensor tem que agendar. E demora. Marquei para daqui a 15 dias. O defensor nunca foi lá ver meu filho. Eu nunca consigo falar com esse juiz. Nunca. E todos os advogados e defensores falam que ele é horrível, que ele é uma pessoa ruim, que ele não facilita, que ele é isso, que ele é aquilo, então eu nunca consegui. Eu não insisto mais. Eu acho que o atendimento aqui é muito pouco caso. Se eu tivesse condições de pagar eu já tinha tirado daqui.

Esta senha de acesso ao processo mencionada pelo Familiar 4 está regulamentada na Resolução 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 1.º A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.

Parágrafo único. No caso de processo em sigilo ou segredo de justiça não se aplica o disposto neste artigo.

Art. 2.º Os dados básicos do processo de livre acesso são:

I – número, classe e assuntos do processo;

II – nome das partes e de seus advogados;

III – movimentação processual;

IV – inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

Art. 3.º O advogado cadastrado e habilitado nos autos, as partes cadastradas e o membro do Ministério Público cadastrado terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

Assim, nos termos do art. 3º da Resolução, o preso, por ser parte processual, tem o direito de visualizar todo o conteúdo do processo eletrônico, o que ocorre mediante uma senha de acesso. Já os familiares, por não serem partes processuais terão acesso, nos termos do art. 1º, somente aos dados públicos do processo mencionados no art. 2º.

Ocorre que, como narrou o Familiar 4, o réu encarcerado não tem como pleitear ele mesmo, nas varas criminais, a senha de acesso. Como a senha é negada aos familiares, o acesso a informações mais específicas do processo acaba dependendo da mediação dos representantes jurídicos.

Diante desta realidade, surgiu então um questionamento. Por que não adaptar um desses modelos para que os presos, indivíduos cuja liberdade está cerceada, possam eleger representantes no processo penal, a exemplo dos familiares, que

persigam seus interesses e que sejam reconhecidos pelo sistema jurídico, numa espécie de representação transubjetiva?

Os dados empíricos foram revelando que há diversos problemas em uma proposta deste tipo.

Em primeiro lugar, o nível de escolaridade dos familiares de presos provisórios que normalmente procuram o Poder Judiciário é muito baixo. Em geral, os familiares entrevistados relataram que seus parentes presos cometeram crimes patrimoniais, especialmente furtos e roubos de aparelhos celulares. Trata-se de uma população de nível socioeconômico extremamente baixo, o que compromete inclusive sua capacidade de compreensão das informações e orientações dadas pelos operadores do Direito.

Servidor 5: As famílias dos presos têm um grau de escolaridade muito baixo. Muitas vezes eles nem conseguem comunicar para a gente o que eles querem. Eles não sabem a quem recorrer quando eles têm um problema. Eles não sabem diferenciar, por exemplo, o que é o Poder Judiciário e a Defensoria Pública.

Defensor 5: Essas pessoas são castigadas. Não tem escola, não tem saúde, moram em lugares sem urbanização.

Defensor 1: Nós adaptamos nossa linguagem ao nível de conhecimento dos presos e familiares, que é inferior ao nosso. A linguagem tem que ser mais direta. Para a pessoa leiga com informação já é difícil entender os termos e situações jurídicas. Para a pessoa leiga com pouca informação essa dificuldade aumenta. Muitas vezes é preciso repetir várias vezes a mesma coisa para tornar a informação inteligível.

O que se verificou é que existe, de fato, a necessidade de que os acoplamentos estruturais, munidos de conhecimento técnico, façam esse trabalho de intermediar a comunicação intersistêmica, permitindo, com isso, que um sistema seja capaz de compreender as informações do outro. O Servidor 3 narrou uma experiência que confirma, na prática, essa afirmação:

Servidor 3: Quanto mais pobres e menos escolarizados, maior a ignorância em relação ao trâmite de um processo. Então o vocabulário que se utiliza é uma das chaves do atendimento. É uma das coisas mais fáceis de ser feita e, na minha experiência, é uma das coisas que menos acontece. Os funcionários, os defensores e os juízes estão tão mergulhados nesse ambiente que nem sabem mais que estão utilizando jargões com os familiares. Eu já cansei de ficar digitando o termo depois de a audiência acabar, e um réu ou um familiar esperar o juiz sair, o defensor sair, para me perguntar o que aconteceu, o que aquilo significa, se tem que pagar alguma coisa, se vai ter prisão...

Sem a ajuda de um tradutor, não é possível, para alguém que não esteja, de alguma forma, integrado ao sistema jurídico e treinado na linguagem específica das comunicações jurídicas, compreender como funciona o Poder Judiciário, que estruturas o integram, qual a sequência de atos de um procedimento judicial, etc.

No caso da maioria dos familiares de presos provisórios, as típicas dificuldades que um leigo enfrenta são agravadas pelo baixo nível educacional, o que significa que admiti-los como representantes formais nos processos judiciais colocaria em risco o próprio funcionamento e autonomia do sistema jurídico. Pensando em sustentabilidade, a proposta inicialmente aventada demonstrou-se inadmissível.

Pode-se apontar ainda um segundo motivo para que uma proposta de tal tipo se mostre, na prática, inviável: o precário estado emocional desses familiares.

Praticamente todos os operadores do Direito entrevistados afirmaram que os familiares dos presos provisórios se apresentam para atendimento psicologicamente abalados, nervosos, preocupados e traumatizados, o que torna ainda mais difícil, para eles, a compreensão de complicados aspectos técnicos relativos ao processo ou de orientações racionais.

Defensor 1: É tudo muito complicado. A mãe mora, o filho chora. Tem todo um histórico familiar por trás daquela situação, um desagregamento familiar, uma desestruturação da família que vem desde os avós. É claro que nem sempre é assim, mas muitas vezes é.

Foi uma realidade que se observou com muita facilidade durante a pesquisa, já que diversos familiares de presos provisórios, quando abordados, afirmaram não terem condições psicológicas de dar uma entrevista. Ao longo do processo de coleta dos dados verificou-se que, em geral, o semblante dos familiares é abatido e sua linguagem corporal extremamente ansiosa. Em diversas entrevistas os familiares choraram bastante.

Também é preciso levar em consideração que muitas famílias possuem desavenças e conflitos internos, o que poderia gerar problemas jurídicos caso fosse necessária a escolha de um único representante dentro da família ou caso existissem dois ou mais representantes que não concordassem entre si.

Familiar 1: Eu não me dou bem com a mulher dele. Ele tem cinco filhos com ela. Dizem que ela vem aqui. Eu sinceramente não sei.

O sistema jurídico precisa reduzir a complexidade ambiental para funcionar adequadamente, e trazer conflitos familiares para dentro do sistema não contribui para sua estabilização ou sustentabilidade.

Por fim, é preciso refletir sobre a real necessidade de uma alteração legislativa de tal tipo, já que continua existindo a possibilidade de que um réu, mediante procuração, confira a um familiar poderes para atuar em seu nome, ainda que, eventualmente, possam ser exigidas formalidades adicionais, a exemplo de uma certidão do estabelecimento prisional ou da ida de um oficial de justiça ou tabelião até a prisão. O réu preso continua sendo, em regra, capaz, ainda que sua liberdade de locomoção esteja cerceada.

Ademais, a relação entre os presos provisórios e seus familiares é guiada por uma comunicação familiar, baseada em intimidade e aceitação do outro enquanto pessoa. As comunicações jurídicas são, para o sistema da família, ruídos sem sentido.

Juiz 4: Quando é mãe, geralmente ela diz o filho é inocente, que é um menino bom, bem criado, trabalhador. A gente tem que entender que a mãe e os familiares não estão enxergando ele como um preso provisório. Estão enxergando como um familiar que está preso. A gente tem que ter um olhar diferenciado, principalmente em relação às mães. A gente tem que mostrar para eles porque o filho deles está preso, porque não está em casa, que é só o que eles querem.

Assim, conclui-se que os familiares de presos provisórios não têm condições emocionais ou técnicas de atuar como representantes jurídicos formais no processo penal, o que não significa que não existam formas de aprimorar e otimizar, de maneira sustentável, essa comunicação intersistêmica entre o sistema da família e o sistema jurídico.

Uma maneira de reduzir o alto grau de variabilidade das respostas do sistema jurídico às irritações do sistema da família é controlar estrategicamente os pontos de abertura cognitiva do sistema do Direito às famílias.

A análise dos dados da pesquisa empírica revelou que, como não é sustentável que os operadores do Direito atendam os familiares a todo tempo, fornecendo-lhes o acolhimento do qual eles precisam, arranjos foram se desenvolvendo ao longo do tempo. Verificou-se que na maioria das varas criminais, por exemplo, os juízes não atendem familiares de presos, salvo raríssimas exceções. Além disso, os servidores costumam encaminhar os familiares para a

Defensoria Pública sempre que a informação da qual eles precisam seja mais técnica ou específica, abreviando, com isso, os atendimentos.

Nenhum desses arranjos, contudo, pode ser generalizado, já que cada vara criminal funciona de uma forma. Tudo depende do perfil dos operadores do Direito ali atuantes. Em regra, os juízes permitem que os familiares falem com seu parente preso após as audiências, mas há varas em que os magistrados impedem terminantemente esse contato por supostas questões de segurança. Geralmente os defensores públicos somente atendem mediante agendamento prévio, mas os familiares mais insistentes sabem que é possível falar com alguns deles entre as audiências ou após elas.

Como não existe um controle estratégico desses pontos de abertura cognitiva do sistema jurídico, as famílias, que estão em seu ambiente, continuam pressionando de diversas formas, obtendo diferentes resultados em cada caso. Com isso, a comunicação intersistêmica torna-se precária, irregular e imprevisível. Na melhor das hipóteses, os acoplamentos estruturais aproveitam das famílias as informações relevantes para a celeridade e a efetividade do processo penal e acomodam suas demandas emocionais, diminuindo a pressão e contribuindo para uma sustentabilidade ambiental. Na pior das hipóteses, o sistema jurídico, para se proteger das irritações ambientais, fecha-se ainda mais, deixando de aproveitar as informações úteis que o sistema da família poderia fornecer, piorando a qualidade de suas respostas e comprometendo sua função como subsistema social.

Uma forma de controlar essa abertura cognitiva é através da fixação de regras gerais de atendimento a familiares de presos provisórios, ou seja, através da trivialização do Direito a que dedicamos o subtópico 3.1.

Atualmente, as famílias tentam de tudo, já que nunca sabem que tipo de pressão será efetiva. Elas não insistiriam, por exemplo, em falar com o juiz caso isso fosse proibido ou caso isso só fosse permitido em situações previamente estabelecidas.

A Defensoria Pública, como organização externa ao sistema jurídico, mas a ele umbilicalmente ligada, pode servir de modelo no que diz respeito a essas regras gerais de atendimento, especialmente porque quase todos os operadores do Direito e familiares entrevistados afirmaram que não há dificuldade na obtenção de atendimento pela Defensoria Pública.

É interessante observar que, apesar da enorme demanda da Defensoria Pública, o serviço funciona bem, justamente porque existem regras muito claras. Os atendimentos somente ocorrem mediante agendamento prévio, devendo os defensores reservar dias e horários suficientes. Há atendimentos que são prioritários e, excepcionalmente, existe a possibilidade de atendimentos urgentes. Ademais, os atendimentos ocorrem nas salas dos defensores públicos, onde os assistidos ficam sentados e são ouvidos calmamente. Todas essas informações foram obtidas a partir das entrevistas conduzidas.

É uma realidade completamente diferente da do Poder Judiciário, em que os familiares são atendidos em pé no balcão, das 8:00 às 18:00 horas. Os servidores, quando demandados pelos familiares, interrompem o trabalho que estavam fazendo para prestar o atendimento e, em geral, buscam encerrá-lo o mais rapidamente possível. Em algumas varas criminais, não há nem mesmo sino, de forma que os familiares gritam ou batem no balcão quando estão em busca de atendimento.

Essa regulamentação dos atendimentos no Poder Judiciário poderia ocorrer de diversas maneiras. Sem prejuízo dos breves atendimentos já existentes, as varas criminais poderiam reservar, por exemplo, dias ou horários específicos para o atendimento prioritário desses familiares, de forma que os cartórios pudessem se organizar internamente para atender os casos mais complicados naqueles dias e horários pré-determinados. Se tais regras valessem para todas as varas criminais, as famílias poderiam inclusive se orientar a partir disso, comparecendo ao Fórum Criminal para atendimento nos dias ou horários previamente fixados. O defensor público da unidade e o magistrado, cientes das regras estabelecidas, poderiam inclusive ser acionados em caso de necessidade.

Também seria possível que a função de atender os familiares fosse diariamente revezada entre os servidores ou que a atribuição fosse conferida ao servidor mais vocacionado para tal tipo de atendimento.

Em verdade, há diversas formas de aprimorar essa comunicação intersistêmica, seja através do treinamento dos operadores do Direito para que a linguagem seja adaptada ao público; seja mediante a melhoria da estrutura física do Poder Judiciário, tornando possível, por exemplo, que um espaço físico seja reservado no cartório apenas para esse tipo de atendimento; seja mediante a contratação de novos servidores para reduzir a sobrecarga de trabalho e permitir atendimentos mais calmos e personalizados.

O ideal talvez fosse, contudo, criar uma espécie de órgão do Poder Judiciário, dentro da Justiça Criminal, que fizesse uma triagem prévia, prestando um atendimento preliminar aos réus e familiares e fazendo os encaminhamentos em caso de necessidade. Com isso, as varas criminais passariam a prestar apenas os atendimentos de fato necessários. Se esses órgãos de triagem fizessem ainda um bom acolhimento e prestassem um atendimento interdisciplinar, através de psicólogos e assistentes sociais, a comunicação intersistêmica entre o sistema jurídico e o sistema da família alcançaria seu ponto ótimo.

Menos importantes do que sugestões e regras específicas que possam ser aqui pensadas é a noção de que, sem um controle estratégico dos pontos de abertura cognitiva ao ambiente, o sistema jurídico continuará operando caoticamente e apresentando respostas variadas e inconstantes às demandas e pressões do entorno.

Talvez não seja demais enfatizar que esse diagnóstico só é possível do ponto de vista do observador externo, já que, para o sistema jurídico, as demandas do sistema familiar são ruídos sem sentido, não existindo, como já vimos, nenhum tipo de orientação institucional acerca da forma como esses familiares devem ser atendidos no âmbito do Poder Judiciário. No máximo, existem menções genéricas dos magistrados à necessidade de um atendimento humanizado ou cursos do Tribunal de Justiça neste mesmo sentido.

Do ponto de vista interno, de um sistema jurídico que é operacionalmente fechado e autônomo, não há por que integrar comunicações que não são jurídicas. Familiares não são partes no processo e nem representantes jurídicos, então todas as informações que eles produzem são irritações que, desde que não comprometam severamente o funcionamento do sistema, podem ser ignoradas.

Defensor 5: Eu acho que não é vocação da justiça pensar na situação desses familiares. A demora processual não deveria existir, né? Mas também não dá para deixar do jeito que está. Então talvez a justiça devesse pensar em setores de acolhimento com pessoas preparadas, psicólogos, assistentes sociais... O servidor que está ali não tem essa vocação. Ele é um técnico. A informação que ele dá deve ser objetiva e sem juízo de valor.

Do ponto de vista do observador externo, contudo, há uma preocupação com a sustentabilidade, a longo prazo, desses dois sistemas e é possível pensar em formas de otimizar ou aperfeiçoar as comunicações intersistêmicas de forma que

ambos, ainda que mantendo sua autonomia, possam operar com um mínimo de desgaste e com o máximo de eficiência.

6 CONCLUSÃO

O pensamento sistêmico não permite que o pesquisador nutra ilusões de que conseguiu apreender a realidade observada. Diante da complexidade do mundo e diante da improbabilidade da comunicação, tudo que se pode apresentar é uma perspectiva, uma interpretação dentre as muitas possíveis, sem nenhuma garantia de que ela será compreendida ou aceita por quem com ela tenha contato.

A pesquisa aqui desenvolvida exigiu sucessivos recortes da realidade: um recorte temático, um referencial teórico, um critério metodológico, uma definição da amostra e uma escolha dos extratos mais significativos, para citar para alguns. Outro pesquisador, com os mesmos dados empíricos, certamente teria produzido um trabalho completamente diferente.

Muito ficou de fora. Das sete horas de gravações e das quase cinquenta páginas de transcrições, apenas alguns trechos foram selecionados para o trabalho escrito. As vozes dos entrevistados, suas expressões faciais e sua postura corporal não são passíveis de apreensão por um texto. O mesmo ocorre com as experiências proporcionadas pelo ambiente de um fórum criminal. A confusão e a gritaria das salas de espera, o choro das crianças de colo, os réus presos andando de cabeça baixa pelos corredores com seus uniformes laranja berrantes, as escoltas policiais portando fuzis, as barreiras físicas para acesso aos magistrados.

Para alguém que tem pouco contato com essa realidade, talvez pareça extremamente teórico, especialmente em uma perspectiva sistêmica, falar em uma comunicação entre o sistema jurídico e o sistema da família, mas não existe discussão mais prática.

Todos os dias dezenas de famílias de presos provisórios são atendidas no Fórum Criminal de Salvador, milhares no Brasil inteiro. São atendimentos precários e improvisados, realizados no balcão das varas criminais, por servidores ou estagiários que não receberam nenhum treinamento e que prestam o serviço de acordo com sua personalidade e disposição. Os juízes e os promotores, quando estão no fórum, fecham-se em gabinetes e salas de audiência, de forma que o acesso a eles exige a boa vontade dos serventuários.

Trata-se de um cenário desolador e degradante, em que se observa, diariamente, a família do preso respondendo pelo crime junto com ele. A família, invisível para o sistema jurídico, sofre duramente os efeitos do encarceramento e da

intervenção penal naquele indivíduo, mas tudo que ela consegue fazer é irritar levemente o sistema jurídico, que responde de maneira improvisada.

As decisões judiciais inevitavelmente produzem ressonância nos demais subsistemas sociais, mas, no caso de uma família, o impacto de uma prisão pode ser devastador, já que o que existem são pequenos sistemas familiares, e não um grande sistema da família, o que significa que esses sistemas são mais frágeis a pressões externas.

O sistema jurídico também é afetado pelos sistemas familiares que estão em seu ambiente, não só pelas pressões e irritações cotidianas das famílias nos fóruns, mas também por efeitos mais sutis, a exemplo do aumento da criminalidade e dos índices de reincidência, ambos historicamente associados à desestruturação familiar. Como afirmaram diversos operadores do Direito durante as entrevistas, a ressocialização do preso é muito difícil sem o apoio familiar, havendo uma menor chance de que aquele indivíduo volte a cometer delitos caso a estrutura familiar seja estável.

O sistema jurídico, por ser autopoietico, compreende as comunicações dos sistemas familiares como ruído sem sentido e continua operando fechado em si mesmo, conforme suas estruturas internas. É só através dos acoplamentos estruturais, e o trabalho da Defensoria Pública ganha destaque nesse aspecto, que essa comunicação intersistêmica flui.

Pensar na otimização dessa comunicação intersistêmica é pensar também na sustentabilidade, estabilidade e permanência de ambos os subsistemas sociais. Do privilegiado ponto de vista do observador externo, é possível visualizar formas simples de fazer com que as irritações do sistema familiar e as informações que ele porventura possa fornecer sejam canalizadas para o sistema jurídico de maneira a inclusive aumentar a eficácia da atividade judiciária.

A chave, aqui, é identificar quais os pontos de abertura cognitiva do sistema jurídico e controlá-los estrategicamente, o que, ao menos tempo em que oxigena o sistema, fazendo com que nele ingressem informações ambientais relevantes, devidamente tratadas e traduzidas pelos acoplamentos estruturais, assegura a autopoiese do sistema, que continua produzindo suas próprias operações e estruturas.

Para os sistemas familiares, essa canalização das demandas através dos acoplamentos estruturais e dos pontos de abertura cognitiva reduz a sobrecarga

sistêmica, já que a família, apesar de ter perdido temporariamente um de seus membros, compreende quais as ferramentas das quais dispõe para tentar obtê-lo de volta ou, caso isso não seja possível, quais as formas de continuar dando assistência ao familiar preso durante o tempo de encarceramento.

Essa visualização dos pontos de abertura cognitiva e das possíveis formas de controlá-los estrategicamente só está ocorrendo no âmbito desta pesquisa porque se adotou a perspectiva da sociologia jurídica. Se o referencial fosse uma teoria jurídica, todas essas preocupações com o que está no ambiente do sistema jurídico não existiriam. Nesse caso, a análise provavelmente se limitaria às normas jurídicas aplicáveis ao caso, bem como a jurisprudência e doutrina pertinentes. Um referencial teórico deste tipo não seria capaz de apreender a complexidade social.

Não pretendemos, com isso, defender que a sociologia jurídica é superior às teorias jurídicas, mas sim que determinados objetos de pesquisa, como é o caso deste trabalho, exigem uma observação externa do sistema jurídico, já que ele mesmo, fechado em si, não tem condições de analisar como o ambiente está reagindo a suas respostas e se é sustentável que o sistema continue a lidar com os estímulos ambientais da forma como vem fazendo.

Alegoricamente, podemos imaginar um fumante. Seu corpo continua respondendo aos estímulos ambientais, ou seja, às diversas substâncias contidas em um cigarro, da melhor forma possível. O corpo adapta suas operações e estruturas ao estímulo que recebe e consegue manter o sistema estável por muitos anos. A tendência, contudo, é que a sobrecarga do sistema chegue em um ponto crítico, levando à extinção do organismo. Somente analisando de fora esse cenário é possível sugerir alterações que aumentem a sustentabilidade a longo prazo. Mesmo que deixar de fumar não seja uma opção, talvez seja possível adicionar um filtro de nicotina aos cigarros, acrescentar vitaminas à dieta ou aumentar a carga de exercícios cardiorrespiratórios. Quem seja sabe seja até mesmo possível pensar em um cigarro eletrônico ou um adesivo de nicotina.

Nas sociedades modernas, os subsistemas sociais continuarão operando fechados em si mesmos, mas com espaços de abertura cognitiva ao ambiente. Sua capacidade de adaptação das estruturas às pressões ambientais é que determinará sua permanência e estabilidade a longo prazo.

Assim como o corpo do fumante, o sistema jurídico fará o possível para preservar sua função social, adaptando suas estruturas às exigências do seu

entorno, mas sempre existirá um ponto cego. Nenhum subsistema social é capaz de compreender o que está fora dele. Sistemas são reduções de complexidade. Mesmo as poucas informações do ambiente que o sistema seleciona através de suas aberturas cognitivas são interpretadas internamente, com base em autorreferências. O corpo do fumante não é capaz de apreender a complexidade de um cigarro ou do ato de fumar. Tudo que ele percebe são as substâncias que ingressam no organismo.

Não se trata, portanto, de alterar substancialmente o sistema jurídico, forçando-o a assimilar comunicações que pertencem ao âmbito de outro subsistema social, até porque isso resultaria na desestruturação de ambos os sistemas, mas sim de pensar em formas de otimizar as traduções e mediações comunicativas que já ocorrem nesses espaços de abertura cognitiva, viabilizando, com isso, que os sistemas operem mais adaptados ao entorno e aumentando o nível de sustentabilidade ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLD, Darrell P. (Org.). **Traditions of Systems Theory**: major figures and contemporary developments. Nova York, Estados Unidos: Routledge, 2014.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimentos e aplicações. 5ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

BONI, Valdete; QUARESMA, Sílvia Jurema. Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas em Ciências Sociais. **Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC**, v. 2, n. 1, p. 68-80, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.845, de 27 de novembro de 2007. **Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia**. Disponível em: <<http://www.tj.ba.gov.br/ipraj/Lei10845.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório de Inspeção**: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Inspeção n. 4760-89.2018.2018.2.00.0000, Portarias n. 47 e 53, de 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-unidades-judiciais-tjba-2018.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 121, de 05 de outubro de 2010**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=92>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização Junho de 2016**. Brasília, 2017. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de->

informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP). **Conselho Penitenciário**. [S.I], [S.I]. Disponível em <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/conselhopenitenciario>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. **Patronato de Presos e Egressos – Bahia**. [S.I], [S.I]. Disponível em <<http://ppebahia.com.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CADENAS, Hugo. La familia como sistema social: Conyugalidad y parentalidad. **Revista MAD** – Universidad de Chile, Nº 33, 2015, pp. 29-41.

CALIXTO, Náthaly. **Imprisonment as a last resort? Reforming Brazil's prisons**. [S.I], 29 nov. 2018. Disponível em <<https://www.openglobalrights.org/imprisonment-as-a-last-resort-reforming-brazils-prisons/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. 28ª ed. São Paulo, SP: Cultrix, 2007.

CONJUR. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos**. 08 dez 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de 15 de noviembre de 2017**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil: Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa. 15 nov. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_10_por.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de 14 de março de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. 14 mar. 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de 22 de novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 22 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-cidh-placido-de-sa>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de 28 de noviembre de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil: Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. 28 nov. 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

FARIA, Marcelo Uzeda de. **Execução Penal**. 3ª ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 31ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2006.

GARCIA, Margarida. **Le Rapport Paradoxal entre les Droits de la Personne et le Droit Criminel**: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation. Tese (Doutorado) – Université du Québec à Montréal, Quebec, 2010.

GARCIA, Margarida. Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa em Direito: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, pp. 182-209, jan. 2014.

GLANVILLE, Ranulph. Cybernetics: Thinking Through the Technology. In: ARNOLD, Darrell P. (Org.). **Traditions of Systems Theory**: major figures and contemporary developments. Nova York, Estados Unidos: Routledge, 2014.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. **O Direito na Sociologia de Niklas Luhmann**. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Manual de Sociologia Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Art as a Social System**. Califórnia, Estados Unidos: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. **A Sociological Theory of Law**. 2ª ed. Nova York, Estados Unidos: Routledge, 2014.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. El Sistema Social Familia. In: LUHMANN, Niklas. **Distinciones Directrices**. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2016. p. 91-112.

LUHMANN, Niklas. Glück und Unglück der Kommunikation in Familien: Zur Genese von Pathologien. In: LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung, Band 5**: Konstruktivistische Perspektiven. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990b. p. 218-227.

LUHMANN, Niklas. **Inclusão e exclusão**. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La Ciencia de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Love a Sketch**. Cambridge: Polity Press, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Love as Passion: The Codification of Intimacy**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamentos para una Teoría General**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sozialsystem Familie**. In: LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung, Band 5: Konstruktivistische Perspektiven**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990a. p. 196-217.

MAGALHÃES COSTA, Frederico. **Educação jurídica, entre inclusão e exclusão discente: um estudo de caso da Faculdade de Direito da UFBA**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. **A Construção do Sujeito de Direito Moderno: Descartes e a tríplice mediação da subjetividade. Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, vol. 10, n. 19, p. 653-673, 2018.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De Máquinas y Seres Vivos: Autopoieses, La Organización de lo Vivo**. 5ª ed. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1998.

NEVES, Marcelo Neves. **Entre Subintegração e Sobreintegração: a Cidadania Inexistente**. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 37, nº 2, p. 253-275, 1994.

PIRES, Álvaro. **Amostragem e pesquisa qualitativa**: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução de Ana Cristina Nasser. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

PIRES, Álvaro. La Recherche Qualitative et le Système Pénal: peut-on interroger les systèmes sociaux? In: KAMINSKI, Dan; KOKOREFF, Michel (Org.). **Sociologie Pénale: Système et Experience**: Pour Claude Faugeron. Ramonville Saint-Agne, França: Les Éditions Erès, 2004.

REESE-SCHÄFER, Walter. Three Key Concepts, System, Meaning, Autopoiesis. In: ARNOLD, Darrell P. (Org.). **Traditions of Systems Theory**: major figures and contemporary developments. Nova York, Estados Unidos: Routledge, 2014.

SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. 6ª reimpr. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2011.

TAKESHI, Hamano. **The Family in the Social Complexity**: From A View of Social Systems Theory. CIEE Journal, The University of Kitakyushu, v. 15, p. 19-32, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2013.

TEUBNER, Gunther; PATERSON, John. **Changing Maps**: Empirical Legal Autopoiesis. Social and Legal Studies, v. 7, n. 4, pp. 451-486, 1998.

TEUBNER, Gunther. Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.). **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, Baden-Baden, v. 83, n. 3/4, p. 388-404, 2000.

TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. **Law & Society Review**, v. 23, n. 5, pp. 727-758, 1989.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico**: O Novo Paradigma da Ciência. Campinas, SP: Papirus, 2002.

APÊNDICE A – Roteiro da Entrevista Semiestruturada

ROTEIRO DA ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA

PARA FAMILIARES

- 1) Contextualização: leitura e assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido; definição do grau de parentesco ou da natureza da relação com o preso; colheita de informações acerca da situação processual e prisional do familiar (tempo de permanência na prisão, número de processos a que responde, etc.).
- 2) Representação jurídica do preso: houve a contratação de advogado ou há assistência pela Defensoria Pública? Como se dá a comunicação entre o preso e seu representante jurídico (meios utilizados, eventuais dificuldades, etc.)? O representante jurídico acessa a prisão (se sim, com que frequência)?
- 3) Interação com os agentes do sistema jurídico-penal: já foi atendido(a) e/ou buscou atendimento para o preso através de servidores do Poder Judiciário, promotores de justiça, magistrados, etc.? Como se deram essas interações?
- 4) Posição jurídica do preso, como parte do processo penal: já entrou em contato com a representação jurídica do preso e/ou buscou as varas criminais a pedido do preso, pleiteando em seu nome alguma providência/diligência/informação? Em caso positivo, como se deram essas interações? Houve alguma dificuldade ou exigência formal?

PARA AGENTES DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

- 1) Contextualização: leitura e assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido; definição do cargo ou da ocupação.
- 2) Interações com presos e familiares: costuma atender presos e/ou seus familiares? Se sim, quais as principais demandas? Há alguma orientação institucional, do órgão de classe, etc. acerca do atendimento a presos e familiares?
- 3) Posição jurídica do preso, como parte do processo penal: já observou dificuldades na representação jurídica do preso? Interage com outros agentes do sistema no que concerne a demandas dos presos? Faz visitas a presídios? Se sim, já lidou com demandas dos presos surgidas nessas oportunidades?
- 4) Visibilidade dos familiares: é frequente a presença de familiares no fórum criminal e nas varas criminais? Como avalia o atendimento que os agentes do sistema

jurídico-penal prestam a estes familiares? Caso seja gestor, dá algum atendimento para os demais servidores acerca do atendimento? Como avalia o papel das famílias na comunicação das demandas dos presos?

5) Papel dos familiares: costuma contatar representantes jurídicos após atender familiares? Costuma adotar providências e/ou diligências após atender familiares?

APÊNDICE B – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Declaro, por meio deste termo, que concordei em ser entrevistado(a) na pesquisa de campo referente à dissertação provisoriamente intitulada “As famílias dos presos e o sistema jurídico-penal: uma observação a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”, desenvolvida por Eduarda de Paula Sampaio, mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), sob orientação do Professor Doutor Walber Araújo Carneiro, a quem poderei contatar a qualquer momento que julgar necessário, inclusive enviando dúvidas, críticas e/ou sugestões, através do e-mail eduarda.sampaio@gmail.com

Afirmo que aceitei participar por minha própria vontade, sem receber qualquer incentivo financeiro ou ter qualquer ônus, e com a finalidade exclusiva de colaborar para o sucesso da pesquisa. Fui informado(a) dos objetivos estritamente acadêmicos do estudo, que, em linhas gerais, é observar as interações e dinâmicas que se estabelecem entre as famílias dos presos e os agentes do sistema jurídico-penal a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Minha colaboração se fará de forma anônima, por meio de entrevista semiestruturada a ser gravada a partir da assinatura desta autorização, podendo trechos transcritos desta ser incorporados ao trabalho escrito, sempre sem a identificação, seja direta ou indiretamente, dos participantes.

O acesso e a análise dos dados coletados se darão apenas pela pesquisadora e/ou seu orientador.

Fui ainda informado(a) de que posso interromper a entrevista e/ou me retirar dessa pesquisa a qualquer momento, sem sofrer quaisquer sanções ou constrangimentos.

Atesto recebimento de uma cópia assinada deste Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Salvador, _____ de _____ de _____

Assinatura do(a) participante:

Assinatura da pesquisadora:

Assinatura da testemunha:
