

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO EM DIREITO

**A DECISÃO ECOLÓGICO-JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA  
SISTÊMICA**

GABRIELLE TROMBINI

Caxias do Sul, RS

2009

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO EM DIREITO

**A DECISÃO ECOLÓGICO-JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA  
SISTÊMICA**

GABRIELLE TROMBINI

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Caxias do Sul, RS

2009

## AGRADECIMENTO

Ao finalizar esta dissertação, não posso deixar de agradecer a algumas pessoas que fizeram parte desta jornada chamada Mestrado, sem as quais, talvez, eu não teria chegado até aqui.

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me protegido e guiado em tantas viagens entre Erechim e Caxias do Sul, sob sol, chuvas, nevoeiros, noites escuras ou estreladas. Por ter me dado saúde e forças para concluir mais esta etapa, e ter me feito companhia nas longas madrugadas que sacrifiquei em prol da realização deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Leonel, pelos vastos conhecimentos partilhados nas aulas do Mestrado, no estágio de docência, nas orientações ou conversas corriqueiras. Pela dedicação e acompanhamento, apesar de eventuais adversidades. Por ter me apresentado as obras de Niklas Luhmann e junto com elas uma nova e criativa forma de observar não apenas o sistema jurídico, mas toda a sociedade.

Ao meu pai, Gilberto Trombini, por mais uma vez acreditar nos meus sonhos e possibilitar sua concretização. Por colocar meus planos e objetivos na frente de suas próprias necessidades, e estar sempre, mesmo ao longe, acompanhando meus passos e torcendo pelo meu sucesso. Pelo inegável amor e confiança em mim depositada.

À minha mãe, Glaci Accadrolli, que acompanhou de perto boa parte dessa empreitada, sendo companheira e sempre procurando uma forma de tornar meu trabalho “mais leve”. Pelo amor incondicional e o carinho ofertado.

Às minhas irmãs, Francine e Pietra Trombini, pelo apoio e torcida de sempre.

À Karla Goldberg, por ser uma das maiores incentivadoras deste trabalho, e por toda ajuda prestada, desde a fase de seleção e projeto, até a apresentação do trabalho final. Pelos conselhos dados e experiências acadêmicas compartilhadas, e sua inquestionável amizade.

À Prof. Giana Sartori, da URI – Campus de Erechim, pelo auxílio na elaboração do projeto para a seleção do Mestrado, e pelo tempo despendido com orientações e correções do mesmo.

À Prof. Clareci Mezzomo, pelos conhecimentos e experiências compartilhadas durante o estágio de docência, pela amizade e oportunidades oferecidas.

Ao meu namorado, Bernardo Alievi Camargo, por todo amor e dedicação demonstrados. Pela distância transposta, finais de semana sacrificados, aflições e estresses suportados. Pelo companheirismo de todas as horas e palavras de incentivo constantes.

À grande amiga Patricia Noll, pela amizade sincera e despreocupada, as conversas, desabafos e ajudas. Por todos os cafés, almoços, passeios no shopping ou risadas no carro.

Aos queridos amigos Rodrigo Nicoletto e Tiago Schneider de Jesus, pela amizade leal e verdadeira, pelos momentos de descontração no bar ou no Restaurante do Lago, e pelo apoio de sempre.

À Fabíola Bruschi Ansolin, por ter sido muito mais do que secretária do Mestrado: ter sido amiga, prestativa e preocupada. Por todas as dúvidas esclarecidas, reivindicações escutadas e soluções buscadas.

A todos os professores e colegas do Mestrado, especialmente Aline Ramos, Tanise Thomasi e Cheila Oliveira, pela amizade, experiências trocadas e ajudas prestadas.

A toda minha família, mas especialmente aos tios Délis, Paulo e Gladis, por terem me recebido em suas casas durante o Mestrado, fazendo com que eu me sentisse em meu próprio lar.

A todos os meus amigos, especialmente a A.M.I. de Passo Fundo e as gurias de Erechim, por entenderem minha ausência e por estarem, mais uma vez, torcendo pelo meu sucesso.

A todos aqui mencionados, e quaisquer outros que porventura eu não tenha expressamente citado, mas que participaram dessa caminhada, o meu muito obrigado.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, Glaci e Gilberto, e minhas irmãs, Francine e Pietra, por constituírem o tesouro mais precioso que eu tenho.

No existen certezas a priori y ni menos un principio fundante: todos los conceptos se clarifican solo como momentos de distinciones, como señales de reconocimiento de diferencias y como puntos de partida para abrir y ejecutar opciones ulteriores.

*Niklas Luhmann*

## RESUMO

A presente dissertação observa a decisão judicial referente a questões ecológicas, especialmente no que concerne à possibilidade de alcançar uma efetiva proteção ecológica através das decisões emanadas do Poder Judiciário. Por meio da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann, se examina a decisão como comunicação do sistema jurídico, sendo este um sistema funcionalmente diferenciado delimitado pelo código Direito/Não Direito. Por ser considerado um guia de comportamento, o sistema jurídico atua com a função de estabilizar expectativas, e neste contexto aparece o elemento dogmático da coisa julgada, que busca trazer segurança e certeza para a sociedade. Porém, como se elucida no presente estudo, na contemporaneidade os ideais de segurança e certeza são ofuscados pela nova realidade social, que evidencia riscos e indeterminações advindos da sociedade complexa. Desta forma, aparecem os chamados riscos ecológicos, que são consequência das decisões oriundas especialmente das organizações, como é o caso do Poder Judiciário. Sendo assim, se observa e questiona de que forma pode o sistema jurídico, através de seus programas decisórios, realizar efetivamente a proteção ecológica idealizada pela Constituição Federal brasileira, de 1988. Para responder a tal pergunta, examina-se a proposta de oferecer tratamento diferenciado à coisa julgada, de modo que as decisões judiciais levem em consideração o iminente risco incrustado na sociedade contemporânea. Questiona-se a possibilidade de permitir a mitigação dos efeitos da coisa julgada em questões jurídicas ecológicas, analisando possíveis consequências desta decisão.

**Palavras-chave:** Decisão Judicial; Teoria dos Sistemas Autopoiéticos; Risco Ecológico; Coisa Julgada.

## ABSTRACT

The present dissertation observes the legal decision referring to ecological questions, especially in what it concerns to the possibility of achieving an effective environmental protection through the decisions issued by the Judiciary. Through the Niklas Luhmann's Theory of Autopoietic Systems, the decision is examined as communication of the legal system, which is a functionally differentiated system delimited by the Legal/Illegal code. Because of being considered a guide of behavior, the legal system works with the function of stabilizing expectations, and in this context appears the dogmatic element of *res judicata*, which aims to bring security and certainty to the society. However, as it is elucidated in the present study, in the contemporaneousness the ideals of security and certainty are obscured by the new social reality, which highlights risks and indeterminations deriving from the complex society. In this way, appear the so-called ecological risks, which are the consequence of decisions derived especially from the organizations, such as the Judiciary. Thus, it is observed and questioned how can the legal system, through its deciding programs, perform effectively the ecological protection idealized by the 1988's Brazilian Federal Constitution. To answer such question, it is examined the proposal to offer differentiated treatment to the *res judicata*, so that the legal decisions take into account the imminent risk encrusted in the contemporary society. It is questioned about the possibility of allowing the mitigation of *res judicata*'s effects in ecological legal questions, analyzing possible consequences of this decision.

**Keywords:** Legal Decision; Autopoietic Systems' Theory; Ecological Risk; *Res Judicata*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1 A DECISÃO JUDICIAL EM LUHMANN.....</b>	<b>16</b>
1.1 Da Dogmática Jurídica Tradicional à Matriz Pragmático-Sistêmica.....	16
1.2 Uma Nova Forma de Encarar o Problema: a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann.....	25
1.3 O Sistema Jurídico como Sistema Funcionalmente Diferenciado.....	33
<b>2 ECOLOGIA JURÍDICA E O RISCO DA DECISÃO.....</b>	<b>40</b>
2.1 A Decisão Judicial através do Procedimento.....	40
2.2 Da Decisão ao Risco Ecológico.....	51
2.3 A Autopoiese do Sistema Jurídico através de seus Acoplamentos Estruturais.....	70
<b>3 CONSEQÜÊNCIAS ECOLÓGICAS DA DECISÃO JUDICIAL.....</b>	<b>83</b>
3.1 O Papel do Judiciário na Busca pelo Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.....	83
3.2 Coisa Julgada: Entre a Memória e a Redundância Jurídica.....	101
3.3 Coisa Julgada: Solução Jurídica para a Problemática Ecológica da Sociedade Contemporânea?.....	108
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>128</b>
<b>JURISPRUDÊNCIAS.....</b>	<b>136</b>

## INTRODUÇÃO

Falar sobre problemas ecológicos está em voga na atualidade. Os meios de comunicação, as organizações, os governos: todos estão preocupados, se não em resolver, pelo menos em difundir a problemática ambiental contemporânea. O sistema jurídico não escapa à discussão, tendo, inclusive, que se posicionar frente a esta nova situação ecológica, uma vez que é obrigado a decidir as questões que lhe são apresentadas.

Ao adentrar no sistema jurídico, a questão deixa de ser ecológica para ser jurídica, e por isso passa a ser tratada de acordo com os códigos e programas estabelecidos por este sistema funcionalmente diferenciado. A coisa julgada é um exemplo disso, pois é um mecanismo jurídico aplicável às demandas ecológicas submetidas ao Poder Judiciário.

O instituto da coisa julgada é um assunto que foi debatido diversas vezes por doutrinadores, juízes, operadores do Direito em geral, devido à sua importância e status constitucional. Porém, os estudos realizados, no que concerne a tal temática, geralmente são amparados por teorias dogmáticas tradicionais do sistema jurídico. Essas teorias partem sempre de pontos pré-estabelecidos, de assertivas consideradas verdades incontestáveis e, por isso, buscam externar uma certa segurança quanto às prerrogativas que seguem.

A sociedade contemporânea vem sofrendo constantes mutações em suas estruturas e operações, de modo que a base da sociedade antiga, calcada em ideais de segurança e futuro prósperos, foi abalada por uma nova ordem que se estabeleceu: a desordem. Com a modernização social evidenciaram-se novos elementos sociais, que até então eram pouco explorados: o risco, a indeterminação, a insegurança, a contingência. Tem-se consciência (ou ao menos se suspeita) de que a certeza é incerta, e todo passado-presente poderia ter sido diferente (ou não). O cenário é de muitas dúvidas e poucas respostas.

Neste panorama fica difícil sustentar pesquisas baseadas unicamente na visão dogmática tradicional do Direito, alicerçada nos conceitos de certeza e segurança. Por essa razão, o presente estudo se propõe a observar as decisões judiciais e o instituto da coisa julgada através de outra metodologia: a matriz pragmático-sistêmica. Desta forma, e uma vez que o Direito é considerado um guia de comportamento para a sociedade, o objeto dessa dissertação é observar as decisões judiciais em matéria ambiental sob a perspectiva sistêmica, de modo a verificar a possibilidade de alcançar uma efetiva proteção ecológica através das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Tendo por marco teórico a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann, irá se realizar uma observação de segundo grau, observando o sistema jurídico e suas relações com os demais sistemas diferenciados inseridos na sociedade contemporânea, a fim de examinar a possibilidade de tratamento diferenciado da coisa julgada com vistas a uma efetiva proteção ecológica. Para isso, a presente pesquisa se divide em três capítulos, além das considerações finais.

No primeiro capítulo se observa a decisão judicial sob o enfoque sociológico de Niklas Luhmann. Para isso, se faz necessário, em um primeiro momento, elucidar por que se optou por realizar a presente pesquisa sob o prisma da matriz pragmático-sistêmica ao invés da tradicional dogmática jurídica. Uma vez que o cerne da pesquisa está na decisão judicial, se apresenta as formas pelas quais a dogmática tradicional explica tal assunto.

Neste primeiro momento se apresenta elementos dogmáticos vinculados à decisão judicial, tais como: a decisão como símbolo do poder estatal, a pretensa vontade da lei, a busca pela verdade, a realidade processual e fática. Para que seja possível examinar o funcionamento do processo decisório, se apresentam as premissas decisórias constantes do sistema jurídico, com as programações condicionais e finalísticas. Mas ao final deste primeiro tópico se demonstra como, ao se deparar com novas questões, dotadas de risco e imprevisibilidade, começa-se a perceber a insuficiência das matrizes teóricas disponíveis.

Desta forma, se evidencia a insuficiência da postura dogmática em tratar questões que, ao longo do tempo, foram apresentadas com características novas, diferentes e incapazes de serem solucionadas através dos métodos convencionais e tradicionais de que dispõe o Direito.

Sendo assim, se apresenta a matriz pragmático-sistêmica como forma de realizar uma observação diferenciada e condizente com a nova realidade social.

Adentra-se, então, no segundo tópico do primeiro capítulo, que sugere uma forma diferenciada para observar a sociedade contemporânea: por meio da matriz pragmático-sistêmica se apresenta a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann. Examina-se a teoria através de conceitos como o de autopoiese e a substituição do binômio sujeito/objeto pela diferenciação sistema/entorno, base teórica de seus ensinamentos. Com isso, se analisa a diferenciação funcional da sociedade, a qual acarreta na formação de sistemas parciais (ou subsistemas sociais).

A partir da idéia de diferenciação da sociedade em sistemas sociais funcionalmente diferenciados, se observa – no terceiro e último tópico do primeiro capítulo – o sistema jurídico como um destes sistemas parciais formados no interior da sociedade. O Direito, portanto, se diferencia dos demais sistemas pela realização de sua função específica – estabilizar expectativas comportamentais – de modo que a decisão judicial passa a ser uma dessas formas de estabilização. Para que isso seja possível, é necessário que o sistema jurídico possua um código binário próprio, que delimite o âmbito das questões que entram em seu domínio, ou não. O código, neste caso, é o Direito/Não Direito, pertencente única e exclusivamente ao sistema jurídico.

Uma vez que as decisões são formas de estabilizar expectativas, ressalta-se o papel das organizações, como sistemas sociais cuja comunicação se faz através de decisões. Tais organizações, como é o caso do Poder Judiciário, são denominadas instâncias de decisão e, ao contrário dos afetados, são as responsáveis pelas decisões e assumem o risco de suas conseqüências.

Com isso se chega ao segundo capítulo, que traz a questão da decisão judicial relacionada com a problemática ecológica e o risco dela advindo. Para desenvolver este capítulo, parte-se da análise sobre o papel das instituições e a questão da legitimação das decisões em razão do procedimento adotado para se chegar a elas. Embora tal procedimento acarrete incertezas quanto ao resultado, ele cria expectativas de conduta, o que estabiliza as relações intra-sociais.

Dentro do sistema jurídico se diferencia expectativas cognitivas e expectativas normativas, adotando-se essas últimas como modelo de programação. Uma vez que as decisões são componentes do Direito, elas são examinadas como comunicações imputadas ao sistema jurídico e teriam, em tese, a função de reduzir e absorver a insegurança.

Com isso se passa ao segundo tópico do segundo capítulo, que vai da decisão judicial ao risco ecológico. Ao se relacionar a decisão judicial com a busca por segurança, vem à tona o conceito dogmático de coisa julgada, como sendo o término definitivo da questão, colocando fim à incerteza e à dúvida, ao tornar imutáveis os efeitos da decisão. Porém, ao se demonstrar a insubsistência da idéia de segurança na contemporaneidade, se evidencia a tendência atual de sujeição a riscos, indeterminações e incertezas.

Nesta seara se adentra no estudo do risco, a partir da distinção risco/perigo – e não mais risco/segurança – comprovando que os riscos são advindos das decisões, e que nenhuma decisão é livre de riscos – nem mesmo a decisão de não decidir. Ao transferir a idéia de risco para o âmbito ecológico, se chega ao conceito de risco ecológico, como fruto dos avanços tecnológicos e científicos, típicos da sociedade pós-industrial.

Após a análise do risco se encerra o segundo capítulo com o tópico que trata da autopoiese do sistema jurídico através de seus acoplamentos estruturais. Para que seja possível a autopoiese do sistema, se faz necessário que ele seja, ao mesmo tempo, cognitivamente aberto, e operacionalmente fechado. Isso possibilita a delimitação do sistema frente a outros sistemas e a seu ambiente, de modo que a única relação entre eles se dê através de acoplamentos estruturais, os quais possibilitam a irritação proveniente do ambiente e resultam em ressonância no interior do sistema.

Neste diapasão, se percebe a possibilidade de diversos acoplamentos estruturais entre o sistema jurídico e os demais. Porém, dentre os variados acoplamentos possíveis, se volta a atenção para aqueles realizados entre o sistema jurídico e o político (Constituição); sistema jurídico e ecologia (Direito Ambiental); e sistema jurídico, político e ecológico, concomitantemente (Estado de Direito Ambiental). Apesar dos referidos acoplamentos estruturais, ressalta-se que o Direito apenas sofre influências externas que se apresentam como *irritações* a serem assimiladas, as quais de modo algum retiram a autonomia do sistema

jurídico para decidir os conflitos a ele apresentados (até porque toda irritação é, na verdade, uma auto-irritação). É neste sentido que se encerra o segundo capítulo.

O terceiro e último capítulo, que trata das conseqüências ecológicas da decisão judicial, é o ponto culminante da pesquisa, onde se aplica, mais substancialmente, a teoria sistêmica de Niklas Luhmann à questão da decisão judicial e suas conseqüências para a coisa julgada em matéria ambiental.

O primeiro tópico do terceiro capítulo se refere ao papel do Poder Judiciário na busca pela efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determina a Constituição Federal do Brasil, de 1988. Sendo que as questões ecológicas são trazidas ao Poder Judiciário para que – através de procedimento próprio e específico – apresente decisões, e já que toda decisão acarreta riscos, pode-se dizer que tais decisões, emanadas do Judiciário, produzem riscos ecológicos na sociedade. Ressalta-se que, para ser possível o processo decisório em matéria ambiental, o sistema jurídico atua por meio de normas positivadas, além de princípios como o da precaução e da prevenção.

Mas este processo decisório tradicional enfrenta dificuldades, como o risco, a complexidade social, a contingência, e até mesmo a dupla contingência. Assim, discute-se a necessidade de o sistema jurídico dispor, em seu processo de decisão, de mecanismos capazes de observar e ponderar esses novos conceitos constantes da sociedade contemporânea. Esses mecanismos fariam parte de uma nova teoria, uma comunicação do risco, que auxiliaria as tomadas de decisão em situações de indeterminação, como é o caso dos litígios que envolvem temas ecológicos. Examina-se, inclusive, a possibilidade desta nova teoria permitir modificações nos programas decisórios até então disponíveis no sistema jurídico.

O segundo tópico do último capítulo chega finalmente à questão específica da coisa julgada. Sendo ela uma conseqüência da decisão judicial, e resultado do procedimento judicial, pode-se dizer que ela opera o fechamento do sistema jurídico, uma vez que seleciona decisões passadas para auxiliar na tomada de decisões futuras. Com isso, se examina a alternativa de observar a coisa julgada como condição de redundância jurídica, uma vez que ela recorre à memória para evitar a sobrecarga do sistema. Porém, em matéria ecológica, muitas vezes não se tem decisões precedentes sobre o assunto, de modo que a redundância

seria reduzida drasticamente, dificultando a busca por subsídios com base apenas na auto-referência do sistema.

Neste viés é que se chega ao ponto final da pesquisa, que questiona a possibilidade de observar a coisa julgada como solução jurídica para os problemas ecológicos da sociedade contemporânea. Uma vez que o processo de aprendizagem do sistema jurídico é possibilitado por meio de sua abertura cognitiva, se questiona sobre a possibilidade de alterar elementos do sistema – especialmente no que concerne às regras processuais referentes à coisa julgada – a fim de autorizar a mitigação dos efeitos da coisa julgada em matéria ecológica. Levantam-se três situações a serem observadas antes de decidir pela (im)possibilidade de “relativização” da coisa julgada:

a) Com a mitigação dos efeitos da coisa julgada aumentam-se a contingência e a complexidade do sistema, uma vez que aumentam as possibilidades de futuro. Além disso, estar-se-ia indo contra o propósito do sistema jurídico, que é justamente de estabilizar expectativas.

b) A coisa julgada pode ser vista como condição de autopoiese do sistema jurídico, uma vez que possibilita a abertura cognitiva (mitigação dos efeitos), ao mesmo tempo em que exige o fechamento operativo (coisa julgada). Desta forma, a “relativização” da coisa julgada estaria ligada à variedade do sistema, enquanto que a coisa julgada, em si, estaria ligada à redundância. Disso resultaria a coisa julgada como paradoxo, devido a sua (im)prescindibilidade.

c) Poder-se-ia, também, se esquivar da discussão sobre a (im)possibilidade de mitigação dos efeitos da coisa julgada e apresentar uma outra alternativa, que seria justamente de criar uma nova comunicação, uma *decisão ecológico-jurídica*. Esta decisão, por sua vez, embora submetida ao sistema do Direito, teria programas próprios, inclusive regras processuais diferenciadas, a fim de resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, levando-se em consideração o risco ecológico e as incertezas e indeterminações dele decorrentes.

Descobrir qual é a postura a ser adotada frente a tal questionamento, de modo a fazer com que as decisões judiciais venham a preservar os interesses ecológicos levando-se em conta as características da sociedade contemporânea, é o objetivo da presente pesquisa.

## 1 A DECISÃO JUDICIAL EM LUHMANN

### 1.1 Da Dogmática Tradicional à Matriz Pragmático-Sistêmica

Dentre os sistemas sociais existentes, o sistema jurídico tem grande relevância para a sociedade contemporânea<sup>1</sup>. A solução de litígios pelo Judiciário tem aumentado juntamente com o número de demandas judiciais, que cresce constantemente. Os atores sociais buscam mais do que vitórias, buscam respostas. E essas respostas nada mais são do que decisões, deliberações emanadas da organização chamada Poder Judiciário.

A questão da decisão é, portanto, de extrema importância para todo o funcionamento do sistema jurídico. Embora não seja o intuito da presente pesquisa investigar o problema sob o aspecto dogmático<sup>2</sup>, optou-se por examinar a decisão judicial também sob este enfoque, uma vez que “no quadro da teoria jurídica tradicional, a decisão constitui o fundamento da sua teoria; ou seja, ela funda a criação do Direito em uma decisão”<sup>3</sup>.

A dogmática jurídica examina o Direito a partir de pontos pré-estabelecidos, não questionando determinados conceitos e aceitando certas afirmações como verdades incontestáveis. “As decisões judiciais têm uma estrutura temporal específica: a dogmática jurídica – a dogmática procura estabelecer *a priori* as respostas aos problemas, elaborando

---

<sup>1</sup> Evitando-se adentrar na discussão sobre a sociedade ser *moderna* ou *pós-moderna*, optou-se, propositadamente, por conceituá-la apenas como *contemporânea*, uma vez que tal discussão semântica se faz dispensável para a análise do tema proposto.

<sup>2</sup> Ao diferenciar o aspecto dogmático e zetético da investigação de um problema, FERRAZ JUNIOR explica que na zetética o aspecto *pergunta* é acentuado, seus conceitos-chave são colocados em dúvida, de forma que os elementos que constituem a base de um sistema permanecem abertos à crítica, conservam seu caráter hipotético. Já na dogmática, os elementos são subtraídos à dúvida, com o predomínio do lado *resposta*. Tais elementos são tidos como fora de questionamento, inatacáveis, absolutos. Diz ainda que as questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.)

<sup>3</sup> DUARTE, Francisco Carlos. *Justiça & decisão: teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2001, p.46.

assim um controle das decisões e, conseqüentemente, do tempo.”<sup>4</sup> Isso restringe a análise do sistema jurídico, uma vez que obriga os operadores do Direito a agirem dentro de certa previsibilidade.

Mas ainda que o estudo pela via dogmática restrinja o horizonte de análise do objeto, não se pode negar que tradicionalmente esta é a visão dos juristas e estudiosos do Direito frente às questões que exigem resposta do Judiciário. Especialmente na abordagem do tema *decisão*, a doutrina dogmática ocupa um lugar importante, pois “[...] se ocupa dos requisitos técnicos que constituem o instrumento dos quais aquele que irá decidir se serve, aparentemente, para adaptar ação à natureza do conflito e verdadeiramente para encontrar a decisão prevalecente imposta conforme as previsões jurídicas.”<sup>5</sup> Esclarece, portanto, como deve se desenvolver o *procedimento*, para que se possibilite chegar à *decisão*.

Para a dogmática jurídica, a decisão judicial consiste na sentença, a qual se caracteriza por ser uma prestação estatal, através da qual o juiz solve a obrigação estatal de decidir a questão, ou decidir quanto à aplicação do direito, ainda que não controvertido.<sup>6</sup> Todo o procedimento é visto diretamente relacionado com o sistema político – mais precisamente com a figura do Estado – e sua dita *função jurisdicional*<sup>7</sup> pois, ao proibir a *justiça de mão própria*, o Estado teria assumido a função de pôr fim aos conflitos sociais.

A decisão judicial é vista, portanto, como “[...] o ato-fim do processo, ou seja, o ato do juiz para o qual caminham todos os demais atos processuais e que corresponde à resposta do poder jurisdicional ao pedido formulado pelo autor”<sup>8</sup>. Pode-se observar que tradicionalmente a decisão judicial é tida como o ato que põe termo à relação processual, ou seja: as partes esperam uma prestação jurisdicional oriunda do Estado, este representado pelo juiz, e esta prestação deve vir concretizada pela decisão judicial, denominada de sentença. “A sentença é

---

<sup>4</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.12.

<sup>5</sup> SOTO, Érica Antônia Bianco de. *Sentença civil: perspectiva pragmática*. Campo Grande: UCDB, 2001, p.31.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 2.ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

<sup>7</sup> Cf. LIEBMAN: “A sentença é conceitualmente e historicamente o ato jurisdicional por excelência, aquele em que se exprime na maneira que caracteriza a essência da *jurisdictio*: o ato de judicar.” “La sentenza è concettualmente e storicamente l’atto giurisdizionale per eccellenza, quello in cui si esprime nella maniera più caratteristica l’essenza della *jurisdictio*: l’atto del giudicare”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Tomo I. Milano, Itália: Dott. A. Giuffrè, 1957, p.199) [livre tradução].

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v.2. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.15.

o ato estatal que dirime a lide, manifestação da vontade estatal emitida no exercício da função jurisdicional.”<sup>9</sup>

Desta forma, toda atividade judiciária seria dirigida ao ato final de prolação da sentença. “Toda *resolução judicial* ou é *decisão* ou pressupõe *decisão*. Ainda mais: ou é *sentença*, ou supõe ou pressupõe *sentença*.”<sup>10</sup> Chega-se a afirmar que o exercício da atividade jurisdicional, através da decisão judicial, representa a função precípua do Poder Judiciário<sup>11</sup> e que este, por sua vez, serve para dirimir os conflitos que afetam a paz social<sup>12</sup>.

Ao decidir, o juiz não está apenas resolvendo um conflito inter-partes, ou seja, sua resposta não fica limitada aos membros componentes da lide. Sua decisão alcança horizontes mais distantes, pois propicia também uma resposta ao clamor social, fazendo com que não perdure o conflito, com que não se deixe instaurar o caos e com que seja retomado o fim do direito, qual seja, a paz e a harmonia social.<sup>13</sup>

Reduz-se o objetivo do sistema jurídico à obrigação do juiz de dirimir o conflito decidindo a demanda, utilizando, para isso, dos mecanismos processuais oferecidos pelo sistema, seguindo a denominada *vontade da lei*. “Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam.”<sup>14</sup>

Essa idéia de que a sentença do juiz busca revelar a vontade da lei é defendida por muitos autores da processualística tradicional. Chiovenda afirma que a sentença seria, geralmente, “[...] a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.”<sup>15</sup>

<sup>9</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.275.

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II: arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.373.

<sup>11</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.52.

<sup>12</sup> PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.25.

<sup>13</sup> SOTO, op. cit., p.21.

<sup>14</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p.105.

<sup>15</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1969, p.158.

Se admitido que o processo de tomada de decisão nada mais é do que a aplicação da lei ao caso concreto, com o fito de chegar a uma decisão que expresse a vontade da lei, então ele se resumiria a um raciocínio lógico-formal: “[...] premissa maior – a lei; premissa menor – o fato narrado nos autos (e só este, pois ‘o que não está nos autos não está no mundo’); conclusão – a solução judicial.”<sup>16</sup>

Sendo assim, o Direito estaria atrelado unicamente à lei, que sempre serviria de premissa maior para o processo decisório, e, desta forma, recorreria sempre às decisões anteriores, baseadas também nessas mesmas leis. É dessa forma que o sistema conseguiria assegurar a sua recursividade.

Devido a esta recursividade, portanto, não se observa a decisão como um processo de aprendizagem, mas sim, como um ato final do processo, onde se escolhe uma possibilidade, abandonando-se as demais. Estas possibilidades descartadas pelo procedimento decisional são excluídas completamente do ambiente, não ficando em suspenso, uma vez que é necessária a perpetuação da possibilidade escolhida.

A idéia de decisão judicial aparece ligada diretamente à busca pela verdade, segundo a tradição dogmática processualística. Segundo Rocha<sup>17</sup>, o Direito estabelece critérios de racionalidade que, na modernidade, construíram uma forma de enfrentar o problema da complexidade na sociedade, sendo que a primeira questão que o Direito enfrenta é a questão da verdade. Afirma que a sociedade, desde o ponto de vista do excesso de possibilidades, tenta evitar ao máximo o problema da verdade, de saber qual é a verdade, para que seja possível colocar essa aporia de modo a construir certa ordem social.

Acredita-se que o procedimento deve ser conduzido de forma a chegar a uma decisão, mas não a uma decisão *qualquer*. Objetiva-se chegar a uma decisão que exprima a verdade dos fatos. Quer-se uma decisão que traga à tona a versão *verdadeira* do caso e, para ela, a solução mais apropriada.

---

<sup>16</sup> PORTANOVA, op. cit., p.26.

<sup>17</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Observações sobre Autopoiese, Normativismo e Pluralismo Jurídico*. In: UNISINOS, Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

Mas em um sistema dotado de complexidade, com inúmeras premissas e possibilidades, a concepção de verdade torna-se difícil de ser sustentada<sup>18</sup>. O sistema jurídico apenas dispõe das informações trazidas a ele, que são transformadas pela linguagem jurídica e assim passam a figurar a verdade jurídica. Isso não significa que a verdade jurídica (aquela trazida ao processo) coincida com a verdade dos fatos (alheia ao sistema jurídico).

Em direito, pode-se conseqüentemente entrar então num mundo complementar que, enquanto sendo irreal, artificial e inventado, resolve o bloqueio. O fato da ficção abrir a possibilidade de que os conflitos, que são moralmente e socialmente insolúveis, se tornem suscetíveis de uma decisão, mesmo que esta aconteça apenas no mundo imaginário do direito.<sup>19</sup>

Então se busca saber “[...] como a verdade do processo é construída, uma vez que as informações introduzidas no processo não coincidem com a realidade fática, isto é, não há, por assim dizer, transporte dos fatos da realidade social para a realidade processual”<sup>20</sup>. O que se dispõe no processo judicial, portanto, é de uma realidade processual, e não fática. Mesmo que a realidade processual não coincida com a real, busca-se uma verdade mais próxima possível do mundo fático (verossimilhança).

Assim, se aceita como verdade aquela que é juridicamente prolatada como tal. “Nesse sentido, para a doutrina tradicional, a finalidade imediata do processo é a declaração jurisdicional da certeza; obter a verdade formal dos acontecimentos”<sup>21</sup>. Essa verdade formal, portanto, deve vir expressa em forma de decisão. É a decisão judicial que exterioriza e vincula a declaração de verdade expressa pelo Poder Judiciário.

Para auxiliar nesse processo de decisão guiado pela busca da verdade, ou da verossimilhança, o sistema jurídico busca fixar *premissas decisionais*. Essas premissas são também denominadas de *programas de decisão*, e visam a interromper a circularidade auto-referencial do Direito<sup>22</sup>. Os programas fixam as condições que devem existir para que uma operação aconteça.

---

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR, op. cit.

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. *As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org.). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p.116.

<sup>20</sup> DUARTE, op. cit., p.77-78.

<sup>21</sup> Ibid., p.80.

<sup>22</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

“O programa estabelece quais comportamentos devem ser considerados como corretos e, portanto, não de ser esperados.”<sup>23</sup> Isso funciona como uma garantia de estabilidade e segurança jurídica, pois permite ao cidadão conhecer antecipadamente os seus direitos e as obrigações a que está submetido.<sup>24</sup>

Existem, portanto, programações condicionais e programações finalísticas (teleológicas), sendo que nas primeiras “[...] a ativação depende de certas ações ou decisões dentro do sistema, [...] certas condições prévias. Na programação teleológica as atuações dentro do sistema se vinculam a fins que se busca alcançar, para os quais tais atuações serviriam como meios.”<sup>25</sup>

O sistema normativo busca estabelecer procedimentos a partir dos quais as decisões se tornem vinculantes. Por esta razão, entende-se que os sistemas jurídicos positivados e burocratizados (normas jurídicas) são guiados predominantemente por programações condicionais.

[...] os programas do sistema jurídico são sempre programas condicionais. Só os programas condicionais instruem o enlace entre auto-referência e heterorreferência; só eles lhe outorgam à orientação do sistema até o entorno uma forma cognitiva que pode ser avaliável de maneira dedutiva no sistema. [...] Os programas de fins, sem dúvida, não permitem delimitar suficientemente os fatos que se não de considerar no procedimento jurídico. Para o sistema jurídico, não se pode considerar uma programação orientada por fins; em todo caso, os programas finalísticos podem ser incluídos somente no contexto de um programa condicional [...].<sup>26</sup>

A programação condicional, portanto, depende de certas condições prévias e permite ao Direito distinguir entre o que é relevante juridicamente e o que não é. Dada uma

---

<sup>23</sup> “El programa establece qué comportamientos deben ser considerados como correctos, y por tanto han de ser esperados.” CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Mexico: Iberoamericana, 1996, p.133. [livre tradução]

<sup>24</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.15.

<sup>25</sup> AMADO, Juan Antonio Garcia. *A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In: ARNAUD; LOPES JR., op. cit., p.336.

<sup>26</sup> “[...] los programas del sistema jurídico son siempre programas condicionales. Sólo los programas condicionales instruyen el enlace entre autorreferencia y heterorreferencia; sólo ellos le otorgan a la orientación del sistema hacia el entorno una forma cognitiva que puede ser evaluable de manera deductiva en el sistema. [...] Los programas de fines, sin embargo, no permiten delimitar suficientemente los hechos que se han de considerar en el procedimiento jurídico. Para el sistema jurídico, no se puede considerar una programación orientada por fines; en todo caso, los programas finalísticos se pueden incluir sólo en el contexto de un programa condicional [...]” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 2002, p.253-254. [livre tradução].

circunstância, então, deve haver uma conseqüência. Aqui, o que importa são os meios a serem utilizados, e não os fins que serão alcançados. A programação teleológica, por sua vez, se caracteriza por atuações voltadas a determinado fim. É baseada nas conseqüências, não importando os meios que deverão ser utilizados para atingir o objetivo almejado.

A dogmática jurídica resume o Direito à programação condicional “*se x, então y*”, onde *x* representa certas condições, que se forem implementadas, devem levar a *y*, ou seja: a uma determinada conseqüência. São as leis e os códigos que instruem esse programa decisional, que determinam qual a conseqüência para um determinado ato. “Os programas do sistema jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e ‘praxis’ jurisprudenciais. [...] os programas jurídicos podem ser alterados.”<sup>27</sup>

Através da programação condicional é possível fazer referência a fatos passados, que no presente se fazem verificáveis. Dessa forma, o sistema jurídico opera como um sistema *a posteriori*, ou seja: como um sistema pós-conectado. Isso não significa que o programa condicional possa determinar, de antemão, que as condições se realizarão. Uma grande parte do Direito diz respeito a normas permissivas, que deixam em aberto se serão utilizadas ou não.<sup>28</sup>

Com a programação condicional, portanto, não se parte de uma decisão pré-escolhida para depois adaptar os meios que possibilitem essa conclusão, mas antes o contrário: se utiliza dos meios disponíveis e a partir de então se chega a uma decisão para o caso.

É importante destacar que, nos programas condicionais, o fim está na produção da decisão predeterminada e não nas conseqüências que ela produz fora do âmbito da organização. Isso significa que não se persegue o escopo nos efeitos que produz a decisão, senão que o fim está em produzir a decisão de acordo com o programa condicional.<sup>29</sup>

Estando sujeitas às programações condicionais, as decisões ficam restritas apenas ao aparato legal disponível no Direito. Não se pode recorrer a fundamentos externos que visem a justificar a escolha por uma ou outra opção, com base nas possíveis conseqüências de tal

---

<sup>27</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.77.

<sup>28</sup> LUHMANN, op. cit., 2002, p.256.

<sup>29</sup> DUARTE, op. cit., p.53.

decisão. O foco deve ser o processo de decisão, e não a decisão em si mesma. Desta forma, se assegura a supremacia estatal.

Não se pode negar que a posição dogmática ainda é prevalecente no campo do Direito. A busca pela verdade é perseguida pelos órgãos julgadores, representantes do Poder Judiciário, os quais utilizam os programas condicionais e o sistema processual para a consecução da tomada de decisão, de modo a garantir a certeza do Direito discutido, trazendo segurança para o ambiente social.

A postura dogmática ainda prepondera porque por muito tempo se mostrou suficiente para a análise e aplicação do Direito, estando, de certo modo, enraizada na cultura jurídica. Mas a sociedade evoluiu de forma gigantesca, e na contemporaneidade fica difícil estruturar o sistema jurídico sob bases tão fechadas e inertes a mudanças, sendo que a “[...] defesa de uma certeza do direito e segurança à sociedade termina por evidenciar a insuficiência da postura dogmática para manutenção de seus mitos, os quais terminam largados à aparência e reveladores da ilusão da ‘indiscutibilidade dos pontos de partida’.”<sup>30</sup>

Faz-se necessária uma nova visão de mundo, uma visão não-dogmática dos sistemas sociais. “A postura não-dogmática defende uma visão de mundo jurídico livre de verdades absolutas. O direito como fenômeno social impõe o estudo de áreas do conhecimento e não só a leitura e memorização de normas jurídicas emanadas do Estado.”<sup>31</sup>

Os sistemas sociais, atualmente, se deparam com situações de risco e imprevisibilidade e, portanto, o sistema jurídico precisa se adaptar a esta nova realidade. A absorção de riscos e a operacionalização do Direito frente às incertezas do futuro não são abordadas pela dogmática jurídica tradicional, por isso a necessidade de se examinar a decisão judicial através de outra matriz epistemológica.

Desta forma, diante de tal complexidade social e do aumento das incertezas que permeiam a sociedade contemporânea, ficou evidenciada a insuficiência das matrizes teóricas disponíveis para análise e compreensão de questões apresentadas ao Direito e que exigem respostas do Poder Judiciário. Buscaram-se, então, novas formas de observar a sociedade. “O

---

<sup>30</sup> STAMFORD, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000, p.85.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.91.

ponto não consiste tanto em obter dados novos, mas sim, em encontrar uma maneira diferente de tratar o que de alguma maneira se sabe. [...] Deveria poder se fazer algo similar de maneira completamente diferente.”<sup>32</sup>

A dogmática jurídica tradicional, portanto, sofreu abalos a partir do surgimento de uma nova matriz epistemológica, capaz de observar os sistemas sociais de forma diferenciada. Esta nova matriz, denominada pragmático-sistêmica, permitiu uma nova forma de observação não apenas do sistema jurídico, mas de toda a sociedade e todos os sistemas sociais.

Trata-se de uma inovação teórica capaz de redirecionar os estudos até então efetuados na área da sociologia e de outras áreas afins, propondo “[...] a releitura do mundo, do universo jurídico. Uma possibilidade de se repensar o processo de construção da civilização humana como um todo, de se rever as crises fabricando outras realidades e outros referenciais.”<sup>33</sup>

Ao contrário das matrizes epistemológicas até então estudadas e aplicadas (analítica e hermenêutica), essa nova forma de observação da sociedade examina a sociedade a partir de conceitos como o de risco e paradoxo. “A teoria sistêmica do direito [...] fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do direito que aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação com o sistema social”.<sup>34</sup>

Desta forma, para melhor observar a decisão judicial na contemporaneidade, se opta por deixar em segundo plano a análise dogmática tradicional – com suas implicações analíticas e hermenêuticas – e assumir uma observação baseada na matriz pragmático-sistêmica, dando ênfase especificamente à Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann.

---

<sup>32</sup> “El punto no consiste tanto en obtener datos nuevos, sino más bien en encontrar una manera diferente de tratar lo que de alguna manera se sabe. [...] Debería poder hacerse algo similar de manera completamente diferente.” LUHMANN, Niklas. *Prefacio*. In: CORSI et al., op. cit., p.12. [livre tradução]

<sup>33</sup> ROCHA, Leonel Severo; VIEIRA, João Telmo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Cosmologia, complexidade, pensamento sistêmico e gestão democrática: o caminhar que faz a sua trilha. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.37, n.100, maio/ago. 2004, p.86.

<sup>34</sup> ROCHA, Leonel Severo. Notas sobre Niklas Luhmann. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.40, n.01, jan./jun. 2007, p.51.

## 1.2 Uma Nova Forma de Encarar o Problema: a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann

Um dos nomes que se destacou no estudo da matriz pragmático-sistêmica foi o de Niklas Luhmann, o qual desenvolveu a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. A idéia de autopoiese foi apresentada pela primeira vez pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, os quais defendiam a idéia de que os seres vivos podiam se auto-produzir a partir de seus próprios elementos.

Luhmann defendeu a tese da autopoiese mas, ao contrário dos biólogos que só a viam como possível através dos elementos vitais, trouxe à tona a possibilidade de tal auto-reprodução a nível de sistemas. Ao contrário da teoria autopoiética biológica, a qual defende como elementos apenas os organismos vivos, criando assim um sistema biológico, Luhmann considera como elementos as comunicações, de modo a criar um sistema de sentido<sup>35</sup>.

Além disso, as duas formas de autopoiese se diferenciariam também em razão de que na teoria biológica haveria uma concepção radical de fechamento, exigindo um observador externo ao sistema (outro sistema) para possibilitar a produção das relações entre sistema e ambiente, enquanto que na autopoiese dos sistemas constituintes de sentido, a auto-observação se tornaria componente necessário para a reprodução.<sup>36</sup>

Sistema autopoiético é aquele dotado de organização autopoiética, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus componentes.<sup>37</sup>

Desta forma, se considera como sistema autopoiético aquele que permite “[...] as operações reprodutivas sobre a base recursiva das operações que as precedem. Um sistema pratica a autopoiese desde o momento em que ele é capaz de encadear as operações perfeitamente genuínas e indiferenciáveis de suas próprias operações.”<sup>38</sup> Um sistema

<sup>35</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

<sup>36</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.61.

<sup>37</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.58-59.

<sup>38</sup> CLAM, Jean. *A Autopoiese do Direito*. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, op. cit., p.103.

autopoiético deve ser, portanto autônomo. “O sistema é autônomo não unicamente no plano estrutural, mas também no plano operativo [...]. O sistema só pode constituir operações próprias fazendo enlaces com suas operações e antecipando ulteriores operações do próprio sistema.”<sup>39</sup>

Hornung<sup>40</sup> traz as características particulares de um sistema autopoiético: a) sua organização funcional é circular e fechada de tal forma que os componentes dos quais o sistema consiste reproduzem, em suas operações, os mesmos componentes e desta forma reproduzem o próprio sistema. Enquanto esse processo circular continua, a autopoiese e a vida também continuam; b) os sistemas autopoiéticos são abertos energeticamente, mas fechados informacionalmente. (Quanto à tal abertura e fechamento irá se explicar mais detalhadamente em tópicos seguintes).

Além da capacidade de auto-produção dos componentes do sistema, e da auto-descrição necessária para regulação de sua auto-reprodução, Teubner acrescenta que um sistema, para ser autopoiético, precisa sustentar uma auto-manutenção dos ciclos de auto-produção através de uma articulação hipercíclica: “Esta função de auto-manutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de auto-produção com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições da sua própria produção (é o chamado ‘hiperciclo’).”<sup>41</sup> Importante salientar que Luhmann não coaduna com esta idéia de hiperciclo apresentada por Teubner, pois para ele (Luhmann) a mera produção de elementos próprios já basta para perfectibilizar a organização autopoiética.

Mas não é apenas o conceito de autopoiese que a teoria dos sistemas de Luhmann trouxe. A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos trouxe um aparato teórico repleto de novos conceitos. “É uma teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção da diferença, da fragmentação e da singularidade.”<sup>42</sup> Nesse sentido, é uma teoria construtivista, cujo ponto de partida não é um objeto ou conceito tido como dado, mas

<sup>39</sup> “El sistema es autónomo no únicamente en el plano estructural, sino también en el plano operativo [...]. El sistema sólo puede constituir operaciones propias haciendo enlaces con sus operaciones y anticipando ulteriores operaciones del propio sistema.” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2007, p.46. [livre tradução]

<sup>40</sup> HORNUNG, Bernd R. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann’s Legal and Political Sociology*. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006, p.195.

<sup>41</sup> TEUBNER, op. cit., 1989, p.48-49.

<sup>42</sup> ROCHA. *Notas sobre Niklas.....* op. cit., 2007, p.51.

justamente o contrário: se baseia na diferença.<sup>43</sup> E para que seja possível observar os sistemas sociais através da diferença, se faz necessário o uso de uma *forma*.

A *forma* se caracteriza por ter dois lados opostos, de modo que a seleção de um lado significa, simultaneamente, a não seleção do lado oposto. Conforme Luhmann<sup>44</sup> a forma é, então, a própria distinção, enquanto observa um lado ou o outro, e por isso não pode, ela mesma, realizar sua própria unidade. A unidade da forma seria o terceiro excluído, que não pode observar a si mesmo, embora se observe com a ajuda da forma.

Com a ajuda do conceito de *forma* a Teoria dos Sistemas Autopoieticos busca a produção da diferença, através da substituição da recorrente diferenciação entre sujeito e objeto, pela forma sistema/entorno.

Por esta razão sugerimos substituir a diferenciação entre “sujeito” e “objeto” pela diferenciação entre “sistema” e “ambiente”. Esta diferenciação permanece na problemática clássica na medida em que parte de uma diferença e permite que um de seus lados reapareça no outro. Ela ultrapassa problemáticas clássicas porque revida tanto a teoria do sujeito como a teoria do objeto. Ela pode formular a questão do desacoplamento através do fechamento como uma questão de diferenciação de sistemas e pode substituir a premissa de um mundo comum por uma teoria da observação de sistemas de observação (*second order cybernetics*).<sup>45</sup>

Ao se mencionar a substituição da unidade pela diferença e, especialmente, pela diferença sistema/entorno, pode-se equivocadamente supor que o ambiente tenha perdido força ou importância dentro da nova teoria dos sistemas. Porém, cabe frisar que o sistema se baseia justamente na unidade desta diferença, ou seja: tal diferenciação só é possível enquanto houver os dois lados.

Para que haja diferenciação é indispensável o lado oposto, aquilo a que se opõe uma das distinções. Não existe sistema sem um ambiente que o delimite, assim como não há ambiente sem sistema. Ambos “[...] podem existir separadamente, porém não podem existir,

---

<sup>43</sup> CORSI et al., op. cit., p.87.

<sup>44</sup> LUHMANN, op. cit., 2007, p.41.

<sup>45</sup> Idem. *Conhecimento como construção*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997, p.94.

respectivamente, um sem o outro. A unidade da forma permanece pressuposta como diferença mas a diferença mesma não é o fundamento das operações.”<sup>46</sup>

Sendo assim, todo elemento de um sistema não está no seu entorno, eis que é impossível estar em ambos os lados ao mesmo tempo. Da mesma forma, o que se apresenta no ambiente não faz parte daquele sistema. “Daí que o mesmo sentido que serve para estabelecer que elementos pertencem ao sistema sirva também para determinar quais ficam fora dele, pertencendo, portanto, ao meio”.<sup>47</sup>

Um *sistema*, de acordo com Luhmann, é caracterizado, sobretudo, pelo fato de que ele tem e mantém uma *fronteira*. Todas as outras características dos sistemas são meramente secundárias. Isso significa que os assuntos que não são matérias legais estão fora do sistema jurídico, assuntos que não são políticos permanecem fora do sistema político.<sup>48</sup>

Conforme Brown<sup>49</sup>, os lados de cada distinção têm dois tipos de referência: a primeira (ou explícita) referência, é ao valor de um lado, de acordo com o modo como é marcado; a segunda (ou implícita) referência é a um observador externo. Isso significa que o *lado de fora* é o lado a partir do qual uma distinção deve ser vista. Sendo assim, para que seja possível diferenciar a forma sistema/ambiente é indispensável que o observador esteja do lado de fora de tal distinção.

Paradoxalmente cada sistema constitui, ao mesmo tempo, sistema e entorno. Isso se explica pelo fato de que, dentro do sistema social global existe não apenas um, mas vários sistemas sociais. Existiriam, portanto, dois tipos de entorno, sendo “[...] um externo e comum a todos os subsistemas e outro interno e separado para cada subsistema. Esta concepção implica que cada subsistema reconstrói e, neste sentido, é o sistema global na forma especial de uma diferença entre dito subsistema e seu entorno.”<sup>50</sup>

<sup>46</sup> ROCHA et al., op. cit., 2004, p.82.

<sup>47</sup> AMADO, op. cit., p.322.

<sup>48</sup> “A *system*, according to Luhmann, is characterized above all by the fact that it has and maintains a *boundary*. All other characteristics of systems are merely secondary. This means that issues which are not legal matters are outside the legal system, issues that are not political remain outside the political system.” HORNUNG, op. cit., p.198. [livre tradução]

<sup>49</sup> BROWN, G. Spencer. *Laws of form*. New York: Bantam Book, 1972, p.69.

<sup>50</sup> “[...] uno externo y común a todos los subsistemas y otro interno y separado para cada subsistema. Esta concepción implica que cada subsistema reconstruye y, en este sentido, es el sistema global en la forma especial de una diferencia entre dicho subsistema y su entorno.” LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p.73. [livre tradução]

A partir de distinções sistema/ambiente realizadas no interior do próprio sistema é possível a formação de sistemas dentro dele mesmo, criando subsistemas (sistemas parciais). Isso é consequência da própria autopoiese do sistema, que cria sistemas autopoieticos ulteriores a si. “A diferença entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos sistemas sociais autopoieticos, cada um dos quais com uma perspectiva própria do mundo e da sociedade. É nesse sentido que se define a sociedade moderna como multicêntrica ou policontextural.”<sup>51</sup>

O sistema serve, portanto, de entorno para os demais subsistemas sociais. Sendo assim, cada sistema parcial pertence ao ambiente de outros sistemas. Desta forma, o entorno de cada sistema é diferente do entorno dos outros, uma vez que passa a constituí-los quando está na posição contrária. Tudo depende da perspectiva de observação a ser evidenciada. Todos os sistemas parciais, porém, estão inseridos no mundo:

O mundo não é, ele mesmo, um sistema, porque o mundo inclui tudo e por essa razão ele não tem lado de fora, e deste modo, não tem fronteira. Uma fronteira é algo que delimita uma coisa de outra ou, em termos cognitivos, ela é uma distinção. Porque nesse sentido existem sempre dois lados para uma fronteira, o mundo não tem nenhuma fronteira. O sistema jurídico, por exemplo, vê o sistema político [...] como parte do seu ambiente. Mas o ambiente do sistema jurídico inclui muito mais que apenas o sistema político.<sup>52</sup>

A criação de tantos sistemas sociais se dá devido à impossibilidade de consenso fático entre os indivíduos, ou seja: dentro de cada sistema social seria impraticável um consenso sobre todos os assuntos atinentes a ele. Se nem ao menos se chega a um consenso dentro do âmbito de um sistema, muito menos seria possível chegar a um consenso social global<sup>53</sup>. Por esta razão, se faz necessária a criação de sistemas diferenciados.

No curso da evolução, a sociedade encontrou quatro formas distintas de diferenciação dos sistemas: a diferenciação em sistemas parciais similares (segmentação); diferenciação centro/periferia; diferenciação hierárquica estratificada; e diferenciação funcional. Atualmente

---

<sup>51</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.67.

<sup>52</sup> “The world is not a system itself, because the world includes everything and therefore it has no outside, and thus no boundary. A boundary is something which delimits one thing from another or, in cognitive terms, it is a distinction. Because in this sense there are always two sides to a boundary, the world has no boundary. The legal system, for example, sees the political system [...] as part of its environment. But the environment of the legal system includes much more than just the political system.” HORNUNG, op. cit., p.199. [livre tradução]

<sup>53</sup> AMADO, op. cit.

se considera que a delimitação dos sistemas parciais se dá, principalmente, através de diferenciações funcionais.

[...] vai sendo construída uma nova forma de diferenciação, baseada na distinção funcional dos sistemas parciais (economia, política e direito, por exemplo). De uma desigualdade assentada em estratos se passa a uma diferença definida com base nas funções específicas desenvolvidas pelos subsistemas. A comunicação, antes limitada em razão dos estratos sociais, passa a ser organizada em torno da nova forma de diferenciação por funções. Por outras palavras: de uma diferença entre sistemas parciais definida a partir dos estratos sociais (e, portanto, da posição dos indivíduos) se passa a uma diferença entre os sistemas parciais assentada na especificidade de funções.<sup>54</sup>

Para que haja diferenciação é preciso que cada novo sistema parcial possua limites fixados pela distinção sistema/entorno. Desta forma, regido por tal distinção, o sistema funcional garante sua autonomia, embora mantenha inter-relações com o ambiente. Mas é errôneo afirmar que cada subsistema é uma parte, uma subdivisão que só funciona quando está ligada ao todo. A teoria dos sistemas de Capra, por exemplo, defende a idéia de que “[...] as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. [...] Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados.”<sup>55</sup>

Para a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Luhmann esta idéia de total dependência entre os sistemas não procede. “[...] um sistema diferenciado já não consta propriamente de um determinado número de partes e de relações entre as partes, mas sim, de uma maior ou menor quantidade de diferenças operativamente utilizáveis entre sistema e entorno.”<sup>56</sup>

Através da diferenciação funcional cada sistema observa a sociedade a partir da função que desempenha dentro dela. Todas as funções são importantes para a sociedade, porém, cada uma é desempenhada de forma autônoma em relação às demais, sendo delimitada de acordo com isso. “Essa infungibilidade de funções, vale dizer, o caráter insubstituível da função de

<sup>54</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.153.

<sup>55</sup> CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1999, p.40.

<sup>56</sup> “[...] un sistema diferenciado ya no consta propiamente de un determinado número de partes y de relaciones entre las partes, sino, más bien, de una mayor o menor cantidad de diferencias operativamente utilizables entre sistema y entorno.” LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamiento para una teoría general*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 1991, p.30. [livre tradução]

cada sistema, permite a cada sistema construir sua complexidade interna (independência) e, simultaneamente, fornecer as condições de reação do sistema ao ambiente (dependência).”<sup>57</sup>

A estruturalmente imposta infungibilidade dos sistemas sociais não exclui interdependências de todo tipo. [...] a infungibilidade de funções [...] é compensada ao aumentar as interdependências. Precisamente porque os sistemas funcionais não podem substituir uns aos outros, eles apóiam e carregam uns aos outros reciprocamente. [...] O resultado é uma simultânea intensificação das independências e interdependências (dependências) das quais o balanço operativo e estrutural infla os sistemas individuais com uma imensa complexidade incontrolável.<sup>58</sup>

Sendo assim, diante da diferenciação funcional, todos os sistemas parciais têm o mesmo peso de importância frente ao sistema global. Não existe sistema superior ou inferior. Cada sistema desempenha uma função específica e por isso é único, incomparável e infungível.

Mais precisamente, o fator fundamental na constituição de um (sub)sistema social reside na sua função, e esta não é outra que a de demarcar um âmbito determinado da complexidade operante na sociedade, com vistas a sua redução. Já não será necessário que todos se ocupem do todo para tudo. Cada (sub)sistema permite um tratamento setorial e simplificado de parte da complexidade com a qual se ocupa. [...] A gênese de sistemas não é nem mais nem menos que a especialização funcional para a redução da complexidade. Somente assim a sociedade poderá evoluir; somente assim a sociedade poderá fazer-se mais complexa.<sup>59</sup>

Para que cada sistema saiba demarcar seu espaço e seus limites, ele precisa se perceber como sistema, precisa dirigir sua própria identidade. A identidade de um sistema só pode ser observada por ele mesmo. No momento em que um observador externo realiza esta operação e diferencia o sistema do entorno a partir das operações realizadas, então se fala em unidade. Apenas um observador externo é capaz de perceber a unidade de um sistema, e para que ele (sistema) funcione como unidade, é preciso que suas estruturas, elementos e funções sejam produzidos pelo próprio sistema.

<sup>57</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.79.

<sup>58</sup> “The structurally imposed non-substitutability of function systems does not exclude interdependencies of every kind. [...] the non-substitutability of functions [...] is compensated by increasing interdependencies. Precisely because function systems cannot replace one another they support and burden one another reciprocally. [...] The result is a simultaneous intensification of independencies and interdependencies (dependencies) whose operative and structural balance inflates the individual systems with an immense uncontrollable complexity.” LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Trad. John Bednarz, Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p.110. [livre tradução]

<sup>59</sup> AMADO, op. cit., p.306-307.

[...] tudo o que funciona como unidade para um sistema (estruturas, elementos, mas também o próprio sistema e o ambiente do sistema) precisa ser produzido através do próprio sistema. Não há nenhuma importação de unidade (ou seja, também nenhuma importação de informação) num sistema e menos ainda uma exportação. Naturalmente o próprio sistema pode observar e descrever o mundo sob este pressuposto; mas isto é e permanece então sua própria realização.<sup>60</sup>

As estruturas de um sistema são condições de sua autopoiese, e delimitam o âmbito de relação das operações. As operações, por sua vez, nada mais são do que os elementos do sistema. No caso dos sistemas sociais, as operações são as comunicações. Os elementos são produzidos continuamente pelo sistema, não param, realizando incessantemente a sua autopoiese. As estruturas, por seu turno, têm possibilidades de seleção diversas, pois podem buscar no passado ou procurar no futuro situações que lhe interessem. Podem fazer essa viagem, pois não se produzem continuamente como as operações do sistema.

As operações (elementos) do sistema se produzem continuamente e de maneira auto-referencial, ou seja: produzem e reproduzem seus próprios elementos através de suas operações. Tudo que opera como unidade no sistema é (auto)produzido dentro dele, através de seus elementos. A auto-referência dos sistemas permite sua diferenciação ante as máquinas triviais (Heinz von Foerster):

Máquinas triviais transformam, sempre da mesma maneira, *inputs* em *outputs*. Se o *input* é repetido, obtém-se o mesmo *output* – ou há um erro e a máquina precisa ir para o conserto. Máquinas auto-referenciais, ao contrário, tornam seu *output* dependente de seu respectivo estado, por exemplo, do estado que decorre das operações recém efetuadas. Elas produzem com os mesmos *inputs*, dependendo de sua própria situação, resultados completamente diferentes. Máquinas triviais são confiáveis e, contanto que não defeituosas, operam de forma previsível. Máquinas auto-referenciais não são confiáveis, têm humor instável, são de certa forma máquinas históricas e podem, portanto, ser também criativas. Elas não podem, contudo, ser programadas para a criatividade. Elas não são previsivelmente criativas, mas sim aleatoriamente criativas.<sup>61</sup>

Uma crítica à idéia de auto-produção vem no sentido de que ela pareceria contradizer o fato de que fatores externos ao sistema são responsáveis por muito do que acontece dentro dele. Especialmente no que concerne ao sistema jurídico, esta crítica é levantada em razão de o Direito sofrer grandes influências do sistema político, das estruturas econômicas e de fatores

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas. *Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.65-66.

<sup>61</sup> Idem. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.51.

sociais. Mas Teubner adverte: “[...] a teoria autopoietica considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas e políticas do direito não está excluída, mas é mesmo pressuposta, por um sistema jurídico auto-produtivo.”<sup>62</sup>

Para que os sistemas se reproduzam é preciso, portanto, a realização permanente da distinção auto-referência/heterorreferência. “A unidade desta distinção não pode ser observada; sua execução sempre se realiza unicamente de maneira operativa e interna, pois de outro modo não poderia se falar de auto-referência e heterorreferência.”<sup>63</sup> Dentro do sistema social surgiram diversos sistemas sociais parciais, auto-referentes e diferenciados dos demais pela sua função. Dentre eles, está o sistema jurídico. Sabe-se que ele é um sistema, porque tem uma função específica, que delimita seu campo de atuação. Sendo assim, tem-se o sistema jurídico como um sistema funcionalmente diferenciado.

### 1.3 O Sistema Jurídico como Sistema Funcionalmente Diferenciado

Ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que compreende a função do Direito como sendo a resolução de conflitos e o controle social, a teoria sistêmica observa como função do sistema jurídico a estabilização de expectativas comportamentais. Deste modo, a função do Direito residiria “[...] na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O direito é assim ‘a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas’.”<sup>64</sup>

O sistema jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais” do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> TEUBNER, op. cit., 1989, p.45.

<sup>63</sup> “La unidad de esta distinción no puede observarse; su ejecución siempre se realiza únicamente de manera operativa e interna, pues de otro modo no podría hablarse de autorreferencia y de heterorreferencia.” LUHMANN, op. cit., 2007, p.54. [livre tradução]

<sup>64</sup> ROCHA. *Notas sobre Niklas...* op. cit., 2007, p.51.

<sup>65</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p.63.

O Direito permite, assim, saber quais expectativas têm um respaldo social, e quais não têm. Tais expectativas conferem segurança, e assim um sujeito pode enfrentar os desencantos da vida cotidiana, ou ao menos pode ficar seguro de que não se verá desacreditado quanto as suas expectativas. Do mesmo modo, o sujeito se permite um grau maior de confiança (até de imprudência) ou desconfiança quando pode confiar no Direito.<sup>66</sup>

Diante da grande contingência do mundo (muitas possibilidades de ser), o sistema jurídico busca manter estáveis as expectativas de comportamento. É preciso ter parâmetros dos limites que podem, ou não, ser impostos (ou transpostos). A decisão é uma das formas que o sistema jurídico encontra para cumprir sua função, mas isso só é possível através do uso de um código próprio. Cada sistema parcial, para que possa se reproduzir autopoieticamente e se diferenciar funcionalmente, precisa de um código, que nada mais é do que uma distinção que guia as operações do sistema e especifica sua função.

Entendemos por código o fato de que o direito utilize um esquema bivalente para estruturar as operações próprias e para distingui-las de outros assuntos. Códigos são estruturas cheias de condições que, na máxima simplificação, podem ser reduzidas ao resultado da *bi-estabilidade*. Com isso nos referimos a sistemas que podem tomar dois estados (positivo/negativo, 1/0, aceso/apagado, etc.), a partir dos quais se desenvolvem as seguintes operações. São sistemas que têm integrada uma distinção e uma forma, e que incluem a possibilidade de que suas operações se conectem indistintamente a um lado ou ao outro da distinção [...].<sup>67</sup>

Para que a distinção se torne operativa elaboram-se programas específicos que possibilitam o decidir e “[...] estabelecem critérios para a indicação de um ou outro valor. [...] ‘fórmulas de contingência’ que vão consentir ao sistema descrever a si mesmo de forma unitária, sem incorrer na oscilação da indecidibilidade entre um valor e outro.”<sup>68</sup>

Tais códigos se caracterizam por sua binariedade, excluindo qualquer terceira possibilidade. “Nessa estrutura binária há sempre um valor positivo (ou designativo), que

<sup>66</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

<sup>67</sup> “Entendemos por código el que el derecho utilice un esquema bivalente para estructurar las operaciones propias y para distinguir las de otros asuntos. Códigos son estructuras llenas de condiciones que, en la máxima simplificación, pueden ser reducidas al logro de la *bi-estabilidad*. Con eso nos referimos a sistemas que pueden tomar dos estados (positivo/negativo, 1/0, encendido/apagado, etc.), a partir de los cuales se desarrollan las siguientes operaciones. Son sistemas que tienen integrada una distinción y una forma, y que incluyen la posibilidad de que sus operaciones se conecten indistintamente a un lado o al otro de la distinción [...].” Ibid., p.235. [livre tradução]

<sup>68</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, op. cit., p.252.

traduz a capacidade comunicativa do sistema, e um valor negativo (valor sem designação), que reflete a contingência da inserção do valor positivo no contexto sistêmico.”<sup>69</sup>

Sendo assim, o código binário traz em sua diferenciação dois valores inflexíveis, que terão a missão de selecionar o que entra e o que não entra no sistema. Tudo o que for objeto de comunicação sistêmica poderá ser atribuído a um valor e, conseqüentemente, poderá também ser refletido em um contra-valor.

Como se pode ver, do ponto de vista de uma cibernética de segundo grau, i.e., a partir da observação de observações, todo código binário resolve tautologias e paradoxos para o sistema que opera com esse código. A *unidade* que seria intolerável na forma de uma tautologia (por exemplo, legal é legal) ou na forma de um paradoxo (algo não pode legalmente manter que algo é legal) é substituída por uma *diferença* (nesse exemplo a diferença legal e ilegal). Então, o sistema pode usar esta diferença para guiar suas operações.<sup>70</sup>

No caso do sistema jurídico, então, o código binário responsável por esta seleção é o *Direito/Não Direito* (também chamado legal/ilegal). Trata-se de um código exclusivamente jurídico, ou seja: nenhum outro sistema parcial pode se utilizar dele para realizar suas operações.

Conforme Lopes Jr., tal código consiste em um mecanismo abstrato que o Direito utiliza para distinguir o que pode ser aturado como desvio no sistema jurídico e o que não pode. “[...] o código binário é a forma que o sistema encontra para delimitar o limite de sua atuação. O direito, portanto, define seu universo através de um código, que diferencia aquilo que faz, daquilo que não faz parte de sua comunicação.”<sup>71</sup>

O sistema jurídico, portanto, só pode tratar daquilo que seu código delimita como assunto a ser tratado pelo código Direito/Não Direito. Para elucidar isso, King<sup>72</sup> traz o exemplo de uma companhia aérea, que pode obedecer às regulamentações de segurança

<sup>69</sup> SCHWARTZ, Germano. *A Fase Pré-Autopoiética do Sistemismo Luhmanniano*. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, op. cit., p.75.

<sup>70</sup> “As one can see, from the standpoint of a second-order cybernetics, i.e., from the observing of observations, every binary code resolves tautologies and paradoxes for the system that operates with this code. The *unity* that would be unbearable in the form of a tautology (for example, legal is legal) or in the form of a paradox (one cannot legally maintain that one is legal) is replaced by a *difference* (in this example the difference of legal and illegal). Then the system can use this difference to steer its operations.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.37. [livre tradução]

<sup>71</sup> LOPES JR., Dalmir. *Introdução*. In: ARNAUD; LOPES JR., op. cit., p.19.

<sup>72</sup> KING, Michael. *What's the use of Luhmann's Theory?* In: KING; THORNHILL, op. cit.

porque uma falha neste setor poderia resultar não apenas em ilegalidade, mas também, no pior dos casos, num desastre ou na cassação de sua licença e sérios prejuízos financeiros. Neste sentido complementa que tudo que o Direito pode fazer é regular o que pode ser regulado pelo Direito, de modo que vastas áreas de atividade que poderiam afetar a segurança aérea podem, entretanto, permanecer invisíveis para o Direito. É bem possível que algumas delas venham a se tornar visíveis no futuro, quando se souber mais sobre erros dos pilotos ou fadiga do metal, por exemplo, e, então, elas também irão se tornar objeto de regulação.

Enquanto não se tornam objeto de regulação ou enquanto permaneçam invisíveis para o Direito, tais questões não podem ser sequer observadas pelo sistema jurídico, uma vez que ainda estão alienadas do código Direito/Não Direito. Cada sistema, ao reiterar seu código binário, exclui todos os códigos dos demais sistemas, uma vez que ao executar sua função, não admite interferências externas.

“Utilizando um conceito do lógico Gotthard Günther, a sociedade diferenciada por funções se define por isso como policontextural: muitas codificações têm validade simultânea ainda que se rechacem mutuamente.”<sup>73</sup> Isso se dá pelo fato de que, embora para o sistema referencial só importe o seu próprio código, isso não significa que os códigos dos demais sistemas não tenham importância nenhuma. Todos são válidos e indispensáveis para si mesmos, dentro do limite de seus horizontes.

Sendo assim, toda comunicação que disser respeito ao código Direito/Não Direito constitui elemento do sistema jurídico. Nessa ótica, até mesmo o valor “Não Direito” constitui elemento do Direito, eis que é parte integrante e fundamental de seu código binário e pode ser considerado “[...] um sinal desencadeante indispensável para as operações jurídicas. Não só o valor do direito, mas também o valor do não-direito têm que ser compreendidos como realização completa do código no âmbito codificado, como valor contrário ao valor

---

<sup>73</sup> “Utilizando un concepto del lógico Gotthard Günther, la sociedad diferenciada por funciones se define por esto como policontextural: muchas codificaciones tienen validez simultánea aunque se rechacen mutuamente.” CORSI et al., op. cit., p.61. [livre tradução]

contrário.”<sup>74</sup> Ambos os valores, Direito e Não Direito, formam a unidade de uma diferença, pois se interpenetram num conjunto complementar.<sup>75</sup>

Através deste código, portanto, o sistema jurídico consegue estabilizar expectativas comportamentais, sendo que uma das formas de cumprir tal função é através das decisões. Estas, por sua vez, “[...] não têm sua identidade no desenvolvimento de um acontecer determinado, mas sim, na eleição entre várias possibilidades (alternativas), que só se documenta na alternativa elegida (mas não consiste na alternativa elegida).”<sup>76</sup> Dentro da teoria da autopoiese, os sistemas são o centro de tomada de decisões, e isso se faz a partir das organizações.<sup>77</sup>

A opção adotada por Luhmann consiste em definir a organização como um sistema cujos elementos componentes são decisões. Para isso, deve distinguir entre decisão e ação. Esta última consiste em um acontecimento que pode ser imputado a um sistema, enquanto a decisão encontra sua identidade na eleição entre alternativas e, por conseguinte, tematiza sua própria contingência.<sup>78</sup>

As organizações são sistemas sociais diferenciados, mas devido à sua dinâmica, se interpõem aos sistemas funcionais da sociedade. A evolução desses sistemas obedece à necessidade de tomar decisões e de comunicar decisões para fixar os pontos de partida das decisões subseqüentes.<sup>79</sup>

Este sistema de decisões organiza seu âmbito próprio de operação, através de um entramado circular. Modifica o direito tendo em conta as decisões dos julgados para, em cada caso, reger-se pelo direito vigente; o qual, a sua vez, dá ocasião para que, de novo, se observe e se modifique o direito. Para

---

<sup>74</sup> “[...] una señal desencadenante indispensable para las operaciones jurídicas. No sólo el valor del derecho, sino también el valor del no-derecho tienen que ser comprendidos como realización completa del código en el ámbito codificado, como valor contrario al valor contrario.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.234. [livre tradução]

<sup>75</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.159.

<sup>76</sup> “[...] no tienen su identidad en el desarrollo de un acontecer determinado, sino en la elección entre varias posibilidades (alternativas), que sólo se documenta en la alternativa elegida (pero que no consiste en la alternativa elegida).” LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p.09. [livre tradução]

<sup>77</sup> ROCHA. *Observações sobre.....* op. cit., 2007.

<sup>78</sup> “La opción adoptada por Luhmann consiste en definir la organización como un sistema cuyos elementos componentes son decisiones. Para esto, debe distinguir entre decisión y acción. Esta última consiste en un suceso que puede ser imputado a un sistema, en tanto la decisión encuentra su identidad en la elección entre alternativas y, por consiguiente, tematiza su propia contingencia.” MANSILLA, Darío Rodríguez. *Prefácio*. In: LUHMANN, op. cit., 2005, p.XXIII. [livre tradução]

<sup>79</sup> LUHMANN, op. cit., 2007, p.125.

diferenciar os condicionamentos deste entramado de decisões (e só para isso!), este sistema se descreve a si mesmo como hierarquia: de órgãos ou de normas. Não obstante, o processo primordial consiste em todo caso na reprodução circular e recursiva das decisões jurídicas.<sup>80</sup>

As organizações são sistemas sociais, assim como as interações e as sociedades, e suas operações elementares consistem na tomada de decisões, tendo a propriedade de converter em decisões tudo aquilo com o que têm contato por meio de decisões. “Os processos de comunicação no interior de uma organização e entre esta e seu ambiente adquirem a forma de decisões, é dizer, de seleções que se impõem como tais.”<sup>81</sup>

A seleção das decisões deve ser atribuída a um membro da organização. A própria decisão quanto a ser, ou não, membro de uma organização, exige uma decisão relativa à aceitação das premissas de decisão, incluindo as condições necessárias para uma modificação legítima ou a re-especificação das premissas de decisão.

As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e os outros sistemas, graças às decisões das organizações. O poder judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do direito.<sup>82</sup>

Dentro da organização do Poder Judiciário se considera primeiramente o fato de os juízes, por serem membros da organização, estarem obrigados a trabalhar. Espera-se que eles cumpram com suas tarefas, caso contrário podem surgir queixas de serviço. Pertencer a uma organização significa, portanto, que os erros devem manter-se no marco do que é *juridicamente aceitável*.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> “Este sistema de decisiones organiza su ámbito propio de operación, a través de una entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho. Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (¡y sólo para ello!), este sistema se describe a sí mismo como jerarquía: de órganos o de normas. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso en la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.202-203. [livre tradução]

<sup>81</sup> “Los procesos de comunicación en el interior de una organización y entre ésta y su ambiente adquieren la forma de decisiones, es decir, de selecciones que se imponen como tales.” ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, p.99. [livre tradução].

<sup>82</sup> ROCHA. *Notas sobre Niklas.....* op. cit., 2007, p.52.

<sup>83</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

As organizações, responsáveis pela tomada de decisões, são denominadas instâncias de decisão. Denomina-se *instância de decisão* os responsáveis pelas decisões, enquanto que aqueles que não participam do processo decisório, mas que sofrem as conseqüências decorrentes da decisão, são os chamados *afetados*. Estes, por sua vez, se vêem ameaçados por decisões que não foram por eles emitidas, e as quais eles sequer podem ativar ou controlar.

Ser afetado representa, portanto, o conceito contrário ao de decisão. Nesse sentido, a condição de ser instância de decisão e a condição de ser afetado pela decisão emanada daquela instância, constitui dois lados de uma forma. Sendo assim, a instância de decisão pode observar os afetados como observadores da sua atividade de decisão, enquanto que os afetados apenas a observam em sua função de decidir.

A distinção *instância de decisão/afetados*, bem como a de *sistema/entorno*, além dos conceitos de autopoiese, diferenciação funcional, código binário, entre outros, são elementos indispensáveis para a compreensão da decisão judicial sob o enfoque da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann.

Desta forma, ao se optar por desenvolver tal temática a partir da matriz epistemológica pragmático-sistêmica, deixando num segundo plano a dogmática jurídica tradicional, se adentra no estudo específico da decisão ecológica (e o risco que ela acarreta), primeiramente se examinando de que forma se chega à decisão jurídica através do procedimento judicial.

## 2 ECOLOGIA JURÍDICA E O RISCO DA DECISÃO

### 2.1 A Decisão Judicial através do Procedimento

Dentro dos sistemas sociais existem diversas espécies de decisões, mas nem todas têm repercussão dentro do sistema jurídico ou da organização judiciária. “O direito obrigatoriamente tem a ver com decisão, porque não pode justificar por si mesmo a juridicidade da codificação que ele mesmo faz das situações que ele decide.”<sup>84</sup> Para que as decisões tenham efeito vinculante e sejam respeitadas dentro do sistema, é preciso que se revistam de certa forma, que, no sistema jurídico, se concretiza no procedimento.

Os procedimentos são, para Luhmann, um tipo de sistema social com uma função específica: a elaboração de decisões vinculantes. Esta função é a que determina algumas de suas características como a incerteza da decisão a que se chegará, a limitação de sua duração, sua estruturação abstrata mediante normas jurídicas que vigem para uma pluralidade de procedimentos e a elaboração ao longo de seu discorrer fático de uma história própria.<sup>85</sup>

Se aceita o procedimento e as decisões dele advindas, porque têm respaldo institucional. As instituições servem para a generalização do consenso pressuposto de terceiros, ou seja: presume-se que as decisões por elas emitidas exprimem as expectativas sociais. “A institucionalização diz respeito à suposição de consenso de terceiros. Os procedimentos decisórios funcionam como filtros que selecionam as expectativas normativas

---

<sup>84</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p.106.

<sup>85</sup> “Los procedimientos son, para Luhmann, un tipo de sistemas sociales con una función específica: la elaboración de decisiones vinculantes. Esta función es la que determina alguna de sus características como la incerteza de la decisión a la que se llegará, la limitación de su duración, su estructuración abstracta mediante normas jurídicas que vigen para una pluralidad de procedimientos y la elaboración a lo largo de su discorrir fático de una historia propia.” ALCOVER, op. cit., p.265-266. [livre tradução].

que circulam na sociedade, atribuindo-lhes a marca da validade.”<sup>86</sup> Desta forma, os indivíduos consentem por antecipado nos resultados do funcionamento institucional.

Contudo, nessa generalização do consenso legitimador, na qual não servem de guia os conteúdos do consentido, existe um elemento condicionante, que permite discernir quando uma instituição atua como tal e se faz merecedora desse consenso para suas atuações. Esse critério é o procedimento. Por isso Luhmann fala de “legitimação pelo procedimento”. É o “procedimento” o que distinguirá, por exemplo, a decisão dos deputados na Câmara legislativa da decisão que possam tomar os mesmos deputados na cafeteria do Parlamento a respeito de algum problema que lhes concirna, decisão que aos olhos da sociedade não se traduziria como direito.<sup>87</sup>

Neves alerta que a teoria luhmanniana nega o consenso como condição de validade jurídica, mas explica que tal negação se refere ao consenso como aceitação de todas as normas, por todas as pessoas, em todos os tempos. Desta forma, o consenso suposto, advindo da função legitimadora do procedimento, é, sim, aceito e confirmado por Luhmann. “[...] a noção de ‘consenso suposto’, que importa a reorientação das expectativas a partir do resultado do procedimento, independentemente de sua aceitação, aponta para um mecanismo intra-sistêmico de validação, seja do direito ou da política.”<sup>88</sup>

Desta forma, é o procedimento judicial quem legitima as decisões da organização denominada Poder Judiciário. Mesmo que a decisão seja contrária ao interesse do litigante, este acaba aceitando tal decisão, uma vez que ela emanou de uma autoridade e foi consequência de um procedimento predeterminado do Direito. A função do procedimento reside em dar legitimidade às decisões, e a legitimação, por sua vez, significa a disposição a aceitar decisões que ainda são indeterminadas, ou seja: que ainda não se sabe qual será seu conteúdo.

Aplica-se a incerteza para levar os receptores das decisões a um trabalho de protocolo não-remunerado. Depois de o ter cumprido, ele encontra-se como alguém que confirma as regras na sua validade e os decisores nos seus cargos e a si próprio como alguém que aproveitou as possibilidades para generalizar os seus interesses como capazes de aprovação [...]. Portanto, agora, quase não tem sentido uma revolta contra a decisão e em todo o caso também não tem mais chances [...]. A envergadura do reconhecimento

---

<sup>86</sup> NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p.234.

<sup>87</sup> AMADO, op. cit., p.331.

<sup>88</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.147-148.

institucional da jurisdição pura e simples e que sempre aconteceu – e também os resultados alegados no procedimento – criam uma situação inequivocamente estruturada, que já não deixa ao indivíduo quaisquer chances. E é exatamente esta evidência que facilita a aceitação, determina a debilidade do perdedor isolado, possibilita-lhe aceitar com maior rapidez a decisão como premissa própria de comportamento.<sup>89</sup>

Desta forma, o sujeito não é obrigado a recorrer ao sistema jurídico, a se submeter ao procedimento judicial; mas, uma vez submetido a ele, deverá seguir certas regras e aceitar suas decisões. “Quem perde ou resulta frustrado aceitou, de entrada, o jogo e suas cartas, reconheceu as normas e há de reconhecer a decisão a que estas conduziram.”<sup>90</sup>

Isso não significa que todos sairão satisfeitos, mas pelo menos dá a impressão de que a lide foi analisada e julgada de acordo com certos critérios objetivos. “O processo judicial é, de fato, o modo real do direito, pelo qual se produz decisões de caráter obrigatório, as quais são escolhidas entre normas competitivas em um regime de produção”.<sup>91</sup>

Ao oferecer à sociedade a possibilidade de recurso ao processo judicial, o sistema jurídico contribui para o aumento dos conflitos sociais. Ao normatizar situações até então estranhas ao sistema jurídico, passa a aumentar a possibilidade de conflitos institucionalizados. “O direito não é, na concepção de Luhmann, tanto um meio de evitar conflitos quanto de prevê-los e repará-los, porém processá-los. Na própria estrutura de suas normas está implícita a previsão do conflito, pois sempre se coloca como alternativa de cumprimento e descumprimento.”<sup>92</sup>

[...] ao reconhecer o caráter jurídico de circunstâncias inéditas e não rotinizadas, o direito acaba por se auto-transformar em mecanismo de “considerável incremento” da possibilidade de conflito. O direito apenas põe à disposição da sociedade a forma adequada de comunicação para o tratamento não violento dos conflitos.<sup>93</sup>

Sendo assim, o Direito não tem a função de resolver conflitos (como quer afirmar a dogmática tradicional) e muito menos de evitá-los, mas apenas de prevê-los e estabilizá-los

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980, p.98.

<sup>90</sup> “Quien pierde o resulta frustrado ha aceptado de entrada el juego y sus cartas, ha reconocido las normas y ha de reconocer la decisión a la que éstas han conducido.” ALCOVER, op. cit., p.267. [livre tradução].

<sup>91</sup> TEUBNER, op. cit., 2004, p.123.

<sup>92</sup> AMADO, op. cit., p.333.

<sup>93</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.128-129.

em termos de expectativas. Importante ressaltar que não cabe ao sistema jurídico se posicionar sobre conflitos externos a si mesmo, mas apenas os trazer para dentro do sistema, transformando-os em questões jurídicas técnicas. Desta forma, reconstrói tais conflitos externos, de modo que possam ser objeto de decisão judicial. Ao decidir sobre conflitos sociais o Direito os aliena, fazendo-os repousar sobre as ficções produzidas por ele.<sup>94</sup>

A decisão sobre conflitos sociais é não apenas *recomendável* ao sistema jurídico, mas principalmente *obrigatória* para ele. Devido ao *non liquet* (princípio que proíbe a denegação de justiça), ao juiz não é permitido *não decidir* em um processo judicial. “Com a propositura da ação, fica o juiz no dever de decidir do mérito da demanda, desde que a relação processual se tenha constituído regularmente e que preenchidas estejam as condições para o direito de ação.”<sup>95</sup> Pode-se dizer, portanto, que *decidir* consiste na operação central do sistema jurídico.

Com o referencial da teoria dos sistemas aqui adotado, a proibição de o juiz pronunciar o “non liquet” confere fechamento operativo ao sistema. O que se pede — ou melhor, o que se exige do juiz — é uma decisão. O direito positivo, o ordenamento e o sistema jurídico impõem ao juiz o dever de julgar. Essa é a operação central, típica e exclusiva de um sistema jurídico moderno. Por isso, a decisão judicial não é proposição declarativa, mas sim prescritiva.<sup>96</sup>

Mas a decisão só é possível se houver um procedimento. Este, por sua vez, só é possível se for mantida no interior das operações jurídicas a incerteza quanto ao resultado<sup>97</sup>. “A incerteza do resultado é um momento essencial da estrutura do processo, e motiva a participação ativa e o engajamento das partes. Ela é simbolizada enquanto exigência da ética jurídica através do princípio da ‘imparcialidade do juiz’.”<sup>98</sup>

No momento em que inicia o processo, as partes não têm a certeza sobre qual decisão será prolatada ao final. Existe o caráter contingente, o perigo do desapontamento, de não ter seu interesse satisfeito. Mas ao mesmo tempo se faz necessário assumir este risco, caso contrário não será possível obter uma decisão para a lide. Sendo assim, a incerteza quanto ao

<sup>94</sup> TEUBNER, op. cit., 2004, p.111-112.

<sup>95</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.227.

<sup>96</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.81.

<sup>97</sup> LUHMANN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentindo de uma Análise Sociológica do Direito*. In: ARNAUD; LOPES JR., op. cit..

<sup>98</sup> Idem. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.207.

conteúdo da decisão pode ser considerada a força motriz do procedimento. Substitui-se a *incerteza* sobre *qual* decisão será dada, pela *certeza* de que *uma* decisão será dada<sup>99</sup>.

Quando as incertezas do agir são controladas, surgem estruturas que ordenam o sistema social (expectativas de conduta). Quando estas expectativas são controladas, constroem sistemas sociais e delimitam o mundo do possível. A base dos sistemas sociais é, portanto, a incerteza. É a necessidade de controlar essas incertezas que leva os sistemas a criar estruturas que dizem qual é o comportamento adequado para cada situação<sup>100</sup>. Criam-se, portanto, expectativas de comportamento.

As expectativas se constroem com referência a identidades estáveis, como objetos, indivíduos, acontecimentos, valores, conceitos, normas. É possível observar expectativas simples: se espera que o asfalto não se funda, que as árvores se tornem verdes na primavera, que as crianças cresçam. Entre outras, também se constroem expectativas em sua relação com outros indivíduos, com capacidade de seletividade própria: se espera que Alter, contrariamente ao asfalto e às árvores, seja capaz de seleções próprias.<sup>101</sup>

Dentro do sistema jurídico estas estruturas são as chamadas expectativas normativas. “As normas jurídicas são a expressão mais concisa da confiança depositada em expectativas, e por isso, são as expectativas normativas por excelência, e uma vez frustradas, se pode recorrer à coação da norma para refazer a expectativa.”<sup>102</sup> Ao generalizar as expectativas de forma congruente, geral e indiscriminadamente, cria-se um guia de comportamento, ou seja: circunscreve-se o que está no pólo Direito e o que está no pólo Não Direito.

Sendo assim, surgem expectativas de eventos futuros, pois tudo o que está normatizado está, de certa forma, previsto. Desta forma, poder-se-ia admitir que a certeza do Direito está relacionada com “[...] seu caráter de norma objetivamente posta, destinada a regular condutas sociais de modo impessoal. Isto permite um certo grau de previsibilidade

<sup>99</sup> LUHMANN, op. cit., 1980.

<sup>100</sup> LOPES JR., op. cit., p.11.

<sup>101</sup> “Las expectativas se construyen con referencia a identidades estables, como objetos, individuos, acontecimientos, valores, conceptos, normas. Es posible observar expectativas simples: se espera que el asfalto no se hunda, que los árboles se vuelvan verdes en primavera, que los niños crezcan. Entre otras, también se construyen expectativas en su relación con otros individuos, con capacidad de selectividad propia: se espera que Alter, contrariamente a asfalto y los árboles, sea capaz de selecciones propias.” CORSI et al, op. cit., p.80. [livre tradução]

<sup>102</sup> LOPES JR., op. cit., p.18.

sobre o funcionamento social, tranqüilizando o espírito humano sobre o sentido do seu agir em sociedade.”<sup>103</sup>

Eis uma característica das expectativas normativas: ao contrário das expectativas cognitivas, elas não têm capacidade de aprendizagem, ou seja: ainda que tais expectativas sejam frustradas e a norma seja descumprida, os sistemas não se adaptam às circunstâncias. Desta forma, quando ocorre a frustração por não coincidir as expectativas com o que de fato aconteceu, a sociedade pode reagir de duas formas: a) pode se modificar com vistas a se adaptar à nova realidade e, nesse caso, se fala em expectativas cognitivas; b) permanecer imutável apesar da frustração e, nesse caso, se fala em expectativas normativas.

As expectativas cognitivas têm propensão ao aprendizado, de forma que toda frustração pode levar a sua modificação. Desta forma, tais expectativas são garantidas pela ciência pois, provando-se que um fato não ocorreu conforme o esperado, deve-se adaptá-lo à nova realidade.

Em contrapartida, as expectativas normativas, garantidas pelo Direito, se caracterizam pela imutabilidade. O sistema jurídico não tem propensão ao aprendizado, portanto, mesmo que se frustre ao não ser atendido, não irá modificar suas regras por causa disso. As expectativas normativas são expectativas contrafáticas, ou seja: mesmo depois de frustradas devem permanecer incólumes.

A abertura ao futuro lembra-nos de que a condensação estrutural se faz segundo dois métodos principais. As estruturas, em verdade, não podem ser perfeitamente congruentes com as expectativas que elas deveriam orientar, e abrem, desde então, a escolha entre uma modificação de expectativas num processo de aprendizagem, ou, por outro lado, lhes mantém, a despeito de sua decepção. Reconhecemos os dois tipos de expectativas: normativas e cognitivas.<sup>104</sup>

Amado<sup>105</sup> elucida esta distinção referindo que a constatação de que existem condutores que circulam pelas vias contrárias nas autopistas não leva a modificar a obrigação dos condutores de circular por pistas de sentido único, nem a admitir exceções ao caráter geral

---

<sup>103</sup> TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.34.

<sup>104</sup> CLAM, op. cit., 2005, p.108.

<sup>105</sup> AMADO, op. cit., p.332.

dessa regra. Não modifica a expectativa geral de que se cumpra tal regra, mas sim, mantém a expectativa original e se busca a recomposição de sua efetividade através da eliminação da infração.

Desta forma, embora o Direito busque uma segurança ao criar expectativas quanto ao comportamento da sociedade (generalizando expectativas de expectativas), ele ao mesmo tempo cria insegurança, visto a possibilidade de que tais expectativas sejam frustradas. “Sempre que esperamos por algo, e precisamente porque esperamos este algo num universo de incertezas, estamos sujeitos a que nossas expectativas sejam frustradas. [...] Para que alguma ordem possa ser estabelecida, é preciso que exista confiança.”<sup>106</sup>

Uma expectativa normativa desapontada, isto é, aquela em que ocorreu o dano, tem como efeito a não-aceitabilidade do desapontamento. A partir daí, ocorre uma reação que, via de regra, aciona o sistema social, em especial, o sistema encarregado da produção legislativa (Poder Executivo) que, analisando dito desapontamento, passa a criar normas de expectativas contrafáticas. Vale dizer: normas jurídicas. Desse modo, haverá uma antecipação de desapontamento normativa.<sup>107</sup>

A partir da estabilização das expectativas normativas é que os programas do sistema jurídico conseguem implementar o valor do código binário Direito/Não Direito, e assim o sistema decide quem tem razão à luz do Direito.<sup>108</sup> “Na medida em que os eventos passados são reconstruídos na sala de audiência, as estruturas normativas complexas são reduzidas a só uma função: [revelar] qual expectativa era a única ‘justa’ dentro do caso presente.”<sup>109</sup>

Para que seja possível oferecer à sociedade uma decisão legítima sobre quem tinha razão segundo o Direito, é indispensável que sejam utilizados apenas os elementos disponíveis no sistema jurídico. Isso significa que não é possível se utilizar de critérios externos ao sistema, como critérios morais, econômicos, políticos, etc. “[...] a decisão jurídica, para ser válida, pode ser até poética, mas está obrigada a decidir sobre o evento do ambiente ser Direito ou Não Direito. De outro modo, a decisão jurídica estaria corrompida, isto é, deixaria de ser jurídica para ser [...] outra coisa.”<sup>110</sup>

<sup>106</sup> LOPES JR., op. cit., p.18.

<sup>107</sup> SCHWARTZ, op. cit., p.79-80.

<sup>108</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.79.

<sup>109</sup> TEUBNER, op. cit., 2004, p.125.

<sup>110</sup> ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisões jurídicas e setorialização. In: *Jurispoiesis*: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Ano 8, n.8, jul. 2005, p.177.

Afirma Luhmann que desconhecer este dado e introduzir elementos teleológicos, ponderação de conseqüências, discricionariedade judicial, etc., significa dificultar a função do direito como assegurador de expectativas, obstaculizar a redução de complexidade que com a divisão de tarefas entre legislador e aplicadores das normas se leva a cabo, e questionar, inclusive a autonomia do sistema frente aos outros sistemas, como o político, o econômico, etc.<sup>111</sup>

Sendo assim, o procedimento judicial fica adstrito aos elementos do sistema jurídico (embora sofra irritações de outros sistemas), e só poderá cumprir sua função de aprofundar uma decisão se levar em conta isso. Só assim é possível chegar a uma decisão judicial, capaz de estabilizar expectativas.

Desta forma, o procedimento judicial visa chegar a uma decisão e esta, por sua vez, tem a função de estabilizar expectativas. Sendo uma decisão prolatada dentro do sistema jurídico, pode-se dizer que ela se caracteriza como um componente do sistema jurídico, ou seja: uma comunicação.

Todo e qualquer sistema social é composto por comunicações, e é através delas que o sistema se diferencia de seu entorno. “Se todas as comunicações são parte do sistema, não cabe comunicar com aquilo que, por não conter comunicações, está fora do sistema. ‘Um sistema social pode tão somente comunicar; um sistema vivo pode tão somente viver’.”<sup>112</sup>

Sendo assim, é incorreta a afirmação de que *as pessoas* comunicam. Quem comunica é apenas a própria comunicação, e esta só existe dentro de sistemas sociais dotados de sentido. “[...] é preciso acentuar que não há comunicantes, nem atores nem sujeitos ontológicos da comunicação – porque só a comunicação comunica por causa e apesar do fato de que tais sujeitos não têm acesso reciprocamente ao seu vivenciar, experimentar e significar.”<sup>113</sup>

É um equívoco, portanto, achar que são as consciências individuais que comunicam, pois na verdade a operação de comunicação só pode ser efetuada pelos sistemas. “Estas [consciências individuais] não se compõem de comunicações, como prova o fato de que sem

---

<sup>111</sup> AMADO, op. cit., p.335-336.

<sup>112</sup> Ibid., p.305.

<sup>113</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.83.

sociedade tais consciências não estabeleceriam qualquer comunicação, mas nem por isso deixariam de existir.”<sup>114</sup>

Através da operação de comunicação, portanto, se dá a unidade do sistema, a qual determina os limites do sistema jurídico, uma vez que não existe comunicação fora dos sistemas sociais, nem entre sistema e ambiente. “Dessa perspectiva, a unidade do sistema jurídico não é decorrente das normas, valores, princípios e decisões judiciais, mas sim da operação da comunicação que o caracteriza. É a partir desse referencial que se definem os limites do sistema jurídico”.<sup>115</sup>

O sistema pode apenas observar seu entorno, que será comunicativamente transformado em informação. Através da denominada *técnica da diferença* o sistema introduz suas próprias distinções e com sua ajuda abarca os eventos que aparecem para ele como informação. Por isso a informação é considerada uma qualidade interna do sistema, já que não é transferida do entorno ao sistema.<sup>116</sup>

Mediante a operação de comunicação, um sistema social está, sem dúvida, aberto ao entorno, no sentido que pode observar o entorno: o entorno se constrói comunicativamente como informação. Tudo o que não é comunicação (consciência, vida orgânica, máquinas físicas, ondas eletromagnéticas, elementos químicos, etc.) se observa no sistema social e se converte em tema de comunicação.<sup>117</sup>

O sistema jurídico, como sistema social parcial, é composto por comunicações que, no seu caso, são caracterizadas como atos jurídicos. Estes, possibilitam a auto-organização e constituem a unidade do sistema. Toda comunicação que disser respeito ao código Direito/Não Direito será, portanto, comunicação jurídica, ou seja: um ato jurídico. Através dos atos jurídicos se possibilita a recursividade do sistema, pois a cada ato jurídico segue outro, e assim sucessivamente.

---

<sup>114</sup> AMADO, op. cit., p.305.

<sup>115</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.83.

<sup>116</sup> LUHMANN, op. cit., 1989, p.18.

<sup>117</sup> “Mediante la operación de comunicación, un sistema social está sin embargo abierto al entorno, en el sentido que puede observar el entorno: el entorno se construye comunicativamente como información. Todo lo que no es comunicación (conciencia, vida orgánica, máquinas físicas, ondas electromagnéticas, elementos químicos, etcétera) se observa en el sistema social y se convierte en tema de comunicación.” CORSI et al, op. cit., p.47. [livre tradução]

A recursividade das comunicações possibilita a autopoiese dos sistemas sociais, já que a comunicação gera nova comunicação de forma recursiva. Não há como englobar consciência e comunicações. A comunicação é a recursividade da sociedade, o pensamento é a recursividade dos sistemas psíquicos. Cada um está limitado no seu próprio modo de reprodução autopoietica.<sup>118</sup>

Comunicação, para o autor [Luhmann], são operações sociais compulsórias constituíveis somente através de uma reticulação recursiva com outras comunicações, ou seja, elas não ocorrem isoladamente [...]. Sua realização forma sistemas através da combinação seletiva com outras comunicações, na medida em que co-produz uma diferença em relação ao ambiente. Nesse sentido, para Luhmann, somente com o auxílio do conceito de comunicação pode-se pensar num sistema social como um sistema autopoietico, constituído só por elementos, isto é, comunicações que ele próprio, através da rede de conexões desses mesmos elementos, produz e reproduz via comunicações.<sup>119</sup>

A comunicação pode ser considerada o processamento de seleções (dupla seletividade). O sistema jurídico organiza suas seleções ao seu modo, ou seja: primeiro, dentre várias comunicações possíveis, seleciona aquelas que poderão ser tratadas em seu interior, conforme sua sensibilidade a determinados temas e indiferença em relação a outros. Depois, os mecanismos seletivos procuram conectar, dentro do sistema, os elementos que só a ele pertencem.<sup>120</sup>

Seleção significa, então, a escolha de uma opção através da negação das demais, ou seja: seleciona quais comunicações fazem parte do sistema, e quais não. Mas para que seja possível fazer esta seleção, o critério utilizado é o sentido. O sentido se produz através de uma *forma*, que determina uma diferença entre dois lados opostos. Sendo assim, o sentido se encontra no lado interno da forma, dentro do sistema, sem possibilidade de relacionar-se com o entorno.

Pode-se caracterizar a forma do sentido como diferença entre atualidade e possibilidade e, com isso, por sua vez, afirmar que esta distinção, e nenhuma outra, é a que constitui o sentido. Falando do sentido se tem então em mente algo tangível (denominável, distinguível), e isso significa também que com a

---

<sup>118</sup> LOPES JR., op. cit., p.08.

<sup>119</sup> FEDOZZI, Luciano. *A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória*. In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.28.

<sup>120</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002.

tese do sentido se restringe tudo o que é possível resolver através da sociedade: a sociedade é um sistema que estabelece sentido.<sup>121</sup>

Através do sentido os sistemas sociais constroem seus limites, pois é ele quem determina se um elemento deve ser atribuído ao sistema ou ao meio, possibilitando, assim, a diferenciação entre sistema e entorno. “É através da conexão entre seleções e futuras seleções no curso da comunicação, que se torna possível estabelecer um domínio do quê pode e do quê não pode ser esperado, e o limite se traça a partir de um universo de significado”.<sup>122</sup>

Desta forma, um mesmo elemento da realidade pode ter tantos sentidos quantos sistemas existirem, e sua existência é momentânea, pois desaparecem no mesmo instante em que aparecem. Acontecem sempre pela primeira e última vez. Dependendo do contexto em que for inserido, terá um sentido diferente, variando conforme a posição do observador.

Por isso que um mesmo elemento comunicativo da sociedade pode ganhar sentidos diferentes dependendo do contexto no qual ele é observado, vale dizer, dependendo do ponto de vista a partir do qual ele é diferenciado. A pesca, por exemplo, pode ter sentido jurídico quando observada do ponto de vista do direito, onde então ela pode ser observada como uma diferença entre conduta legal ou ilegal. A mesma pesca, contudo, ganha um sentido ecológico quando observada do ponto de vista ecológico (sustentável/degradante).<sup>123</sup>

É o sentido, portanto, que possibilita que as comunicações pertençam ao sistema. Ao contrário do que possa parecer, comunicação não se confunde com informação, eis que esta é apenas uma seleção daquela. As comunicações se apresentam através de três seleções: emissão (ou ato de comunicar), informação, e compreensão. A compreensão é a distinção entre a emissão e a informação, e somente ao perpassar essas três fases é que a comunicação se concretiza.

Portanto, é errôneo afirmar que “se transmite” a informação. Ela não é *transmitida* ao receptor, mas sim, *compreendida* por ele. Conforme Rocha<sup>124</sup>, a síntese entre a informação,

<sup>121</sup> “Puede caracterizarse la forma del sentido como diferencia entre actualidad y posibilidad y, con ello, a la vez, afirmar que esta distinción y ninguna otra es la que constituye al sentido. Hablando del sentido se tiene entonces en mente algo tangible (denominable, distinguible), y esto significa también que con la tesis del sentido se restringe todo lo que es posible resolver a través de la sociedad: la sociedad es un sistema que establece sentido.” LUHMANN, op. cit., 2007, p.32. [livre tradução]

<sup>122</sup> LOPES JR., op. cit., p.16.

<sup>123</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.176.

<sup>124</sup> ROCHA. *Notas sobre Niklas.....* op. cit., 2007, p.52.

o ato de comunicação e a compreensão só é possível dependendo da forma como os meios de comunicação permitem a produção do sentido. Assim, a comunicação é possibilitada “[...] mediante o uso de alguns *media*: a linguagem (probabilidade de compreensão), os meios de difusão (probabilidade de chegar aos interlocutores) e os meios de comunicação generalizados simbolicamente (probabilidade de aceitação).”<sup>125</sup>

No caso do sistema jurídico, a comunicação realizada em seu interior obedece ao código Direito/Não Direito, portanto, sempre que uma comunicação disser respeito ao critério de legalidade, trata-se de comunicação jurídica. A decisão judicial é, desta forma, uma comunicação pertencente ao sistema jurídico.

A decisão judicial, sendo uma comunicação jurídica, só pode ser comunicada por outros componentes do Direito como, por exemplo, o procedimento. Através do procedimento judicial é que se obtém a decisão, e esta, como já dito, busca estabilizar expectativas comportamentais. Dependendo do ponto de vista, poderia se dizer que ao estabilizar expectativas comportamentais o Direito oferece à sociedade uma certa segurança, por aclarar quais condutas podem ser esperadas da coletividade e reduzindo, assim, o mundo do possível. Mas o critério da segurança é algo questionável nos dias de hoje, onde o elemento que mais se leva em conta é o conceito de risco.

## 2.2 Da Decisão ao Risco Ecológico

Conforme exposto no item anterior, poder-se-ia dizer que é objetivo do procedimento judicial a absorção e redução da insegurança. Visto por este ângulo, o procedimento dispõe de mecanismos que visam justamente concretizar essa segurança. Um desses mecanismos é o instituto da coisa julgada, responsável pela materialização dos efeitos da decisão judicial.

Analisada pela dogmática jurídica tradicional, a coisa julgada diz respeito à decisão judicial de que já não caiba recurso (LICC<sup>126</sup>, art.6º, §3º). Diferencia-se, então, a coisa julgada

---

<sup>125</sup> “[...] mediante el uso de algunos *media*: el lenguaje (probabilidad de comprensión), los medios de difusión (probabilidad de llegar a los interlocutores) y los medios de comunicación generalizados simbólicamente (probabilidad de aceptación).” CORSI et al, op. cit., p.48. [livre tradução]

<sup>126</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

formal (trânsito em julgado da decisão), da coisa julgada material (efeitos da decisão), sendo que o objetivo desta última é o de assegurar a estabilidade nas relações jurídicas.

O fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios.<sup>127</sup>

Após todos os recursos possíveis processualmente, a sociedade vê a necessidade de dar um fim definitivo à questão, não permitindo modificações posteriores em tal decisão. Torna-se incontestável o bem julgado: “[...] a parte a que se denegou o bem da vida, não o pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo.”<sup>128</sup>

Desta forma, a função da coisa julgada estaria na necessidade de pôr fim à controvérsia, além de buscar segurança e paz no convívio social, não importando, para isso, se a decisão tomada houvera sido justa ou pronunciado a verdade. Conforme Lent<sup>129</sup>, é preferível atribuir imutabilidade à sentença injusta, a perpetuar sem limite o renovar-se da discussão. “Em suma: melhor é encerrar enquanto tanto o litígio com uma decisão cuja justiça não tenha sido, todavia, inteiramente consolidada, do que deixá-lo indeciso.”<sup>130</sup>

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de *valorar* a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> GRECO FILHO, op. cit., p.247.

<sup>128</sup> CHIOVENDA, op. cit., p.370.

<sup>129</sup> LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco: il procedimento di cognizione*. Napoli: Morano Editore, 1962, p.255.

<sup>130</sup> “En suma: mejor es cerrar mientras tanto el litigio con una decisión cuya justicia no haya sido todavía enteramente consolidada, que dejarlo indeciso.” CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I: Introducción y función del proceso civil*. 1.ed. Argentina: Uteha Argentina, 1944, p.333. [livre tradução]

<sup>131</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.590.

Conforme a dogmática tradicional, portanto, a coisa julgada se impõe com a finalidade de trazer segurança ao processo, pondo fim à incerteza e à dúvida, tornando os efeitos da decisão imutáveis. “O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece [...]. O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões; a isso serve a *coisa julgada material*.”<sup>132</sup>

Sendo a finalidade prosseguida pelo instituto do caso julgado uma finalidade de certeza, segurança, paz social, prevenção de litígios futuros, quanto maior for a extensão do caso julgado proveniente de certo processo tanto maior é o *rendimento* do mesmo processo em certeza, segurança, etc. Aumentando o domínio da *indiscutibilidade*, diminui o da *litigiosidade* [...].<sup>133</sup>

Mas essa pretensa segurança que a dogmática tradicional espera atingir através da coisa julgada está cada vez mais difícil de ser alcançada, devido à crescente indeterminação e incerteza constantes na sociedade. “De qualquer modo, o progresso não está assegurado automaticamente por nenhuma lei da história. O devir não é necessariamente desenvolvimento. O futuro chama-se doravante incerteza.”<sup>134</sup>

Na sociedade contemporânea, portanto, não há mais a possibilidade de se obter segurança, e a finalidade da coisa julgada, então, cai por terra diante da sociedade altamente complexa, contingente e de risco. “Dessa forma, as certezas e, por conseguinte, a própria segurança jurídica, foram refutadas enquanto elementos integrantes de um sistema dinâmico como o jurídico. Restam, pois, as expectativas e as possibilidades.”<sup>135</sup>

O próprio procedimento jurídico, embora almeje a segurança e a estabilidade das expectativas, também é alvo de incertezas. Por mais que as regras de procedimento visem à máxima segurança, a sociedade contemporânea está calcada em riscos, incertezas e indeterminações. “O mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura.”<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1972, p.227.

<sup>133</sup> MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. São Paulo: Ática, 1968, p.81-82.

<sup>134</sup> MORIN, Edgar. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p.78.

<sup>135</sup> TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.80.

<sup>136</sup> GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p.19.

Durante a evolução da sociedade surgiram diferentes formas de controle das indeterminações: desde adivinhações, a idéia do pecado, do acaso, da probabilidade e até dos incidentes, tudo isso foi utilizado pelos sistemas sociais como formas de compreender e tentar controlar as incertezas, pois assim acreditavam poder controlar o futuro.<sup>137</sup>

Com o avanço da ciência, da tecnologia e da indústria, foi proporcionado à sociedade mais conforto, mas ao mesmo tempo a incerteza e o risco tornaram-se preponderantes ou, pelo menos, mais evidentes. Situações que até então eram tidas como certas ou previsíveis, passam a ser observadas como duvidosas.

Percebe-se que o que nunca se verificou, pode acontecer de improviso, e que toda decisão poderia ter sido tomada de maneira diversa. Nota-se que a decisão é contingente, bem como o evento a que ela se refere, do mesmo modo que o momento no qual o acontecimento e a decisão se fundam. A normalidade seria, portanto, o resultado do encontro dessas contingências.<sup>138</sup>

Mas o que era tido como normalidade se mostra cheio de indeterminações, e cai por terra quando se percebe que os acontecimentos futuros não são necessariamente conseqüências lineares dos eventos passados. Rompe-se, então, com a normalidade, aquela causalidade que tranqüilizava através da possibilidade de conexões entre os acontecimentos.

Uma vez rompida a tradicional normalidade, com a instauração de uma *nova* normalidade, calcada em indeterminações, se pergunta se o risco, as incertezas e as catástrofes passam a ser o *normal* da sociedade. Não se pode esquecer que a chamada normalidade pressupõe que se conheça não apenas as condições presentes, como também as futuras. Por essa razão, afirmar que a partir deste momento a normalidade será o risco, também se torna uma afirmação arriscada, uma vez que, como se disse, não se pode conhecer o futuro.

Muito se fala sobre o risco na sociedade contemporânea, embora não haja consenso sobre o que significa a palavra *risco*, ou qual a sua aplicação nos dias de hoje. Só é possível a

---

<sup>137</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.190-191.

<sup>138</sup> Idem. O risco na sociedade contemporânea. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

observação do risco com a sua distinção em relação a outras coisas. Segundo Luhmann<sup>139</sup>, há dois tipos de distinções: os *objetos*, que são caracterizados apenas por sua distinção em relação ao demais (sem especificar o outro lado da distinção); e os *conceitos*, que limitam o que deve ser observado no outro lado. A partir daí, opta-se por distinguir o risco através de um *conceito*, limitando-se o que deve ser visto do outro lado.

Um conceito muito usado no passado e até os dias de hoje, se dá pela distinção risco/segurança, mas ao que parece ela já não condiz com a realidade da sociedade contemporânea, onde não existem mais condutas absolutamente seguras. “Na versão sistêmica prefere-se colocar o risco em oposição com o perigo, por entender-se que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), não permitindo mais se falar de decisão segura”.<sup>140</sup>

Não há segurança na decisão, pois a complexidade social apresenta inúmeras possibilidades dentre as quais irá se efetuar a eleição de apenas uma. Não há segurança de que as outras alternativas não seriam mais vantajosas, e mesmo que as elegesse, correr-se-ia o risco de ocasionarem outras situações que, por sua vez, não fossem seguras. Além disso, não se pode ter segurança frente a danos futuros, uma vez que não é possível saber agora o que acontecerá depois.

[...] o futuro certamente não é previsível – nem para a questão de saber se as conseqüências supostas irão verdadeiramente suceder, nem tampouco para saber se outras conseqüências, não levadas em consideração, poderiam modificar a valoração; menos ainda se as conseqüências que foram tomadas em conta, influiriam sobre a determinação das conseqüências que não foram realizadas; enfim, não se pode mesmo saber se a apreciação de nossas conseqüências atuais será a mesma de nossas apreciações futuras.<sup>141</sup>

Embora existam várias outras diferenciações que visam a conceituar o risco, Luhmann se utiliza da *forma* risco/perigo, que parece ser a diferenciação mais condizente com a complexidade da sociedade contemporânea. “Pode-se considerar que o possível dano é uma conseqüência da decisão, e então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão.

---

<sup>139</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Iberoamericana, 1992, p.58-59.

<sup>140</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Novas perspectivas da teoria do direito*. Juris Plenum, CD-ROM, Edição 94- Vol.1, Maio de 2007.

<sup>141</sup> LUHMANN, op. cit., 2004, p.72.

Ou bem se julga que o possível dano é provocado externamente, é dizer, se atribui ele ao entorno; e neste caso, falamos de perigo”<sup>142</sup>.

E é por isso que apontamos o que chamamos problema do *risco*, pois, cada vez que tomamos uma decisão com relação ao futuro – e sabemos que não é fácil tomá-la, porque existe muita complexidade -, temos que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira como estamos pensando. É preciso levar-se em consideração todas as conseqüências, toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente, isso provém da Administração, da Economia, de outras áreas. O risco é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas conseqüências ocorram de maneira diferente.<sup>143</sup>

Na sociedade contemporânea há inúmeras possibilidades de escolha, inúmeras opções que se apresentam simultaneamente. Talvez seja justamente por terem aumentado as possibilidades de decisão (complexidade), que tenha aumentado tão amplamente a consciência do risco. O que antes era deixado ao “transcorrer natural” da vida, esperando-se sua resolução automaticamente, hoje em dia é substituído pela necessidade de decisão.

Agora bem, se não há decisões com a garantia de estar livres de risco, deve abandonar-se a esperança (que um observador de primeira ordem poderia ter) de que com mais investigação e mais conhecimento poderíamos passar do risco à segurança. A experiência prática nos ensina que ocorre mais o contrário: quanto mais se sabe, mais se constitui uma consciência de risco. Quanto mais racionalmente se calcule e quanto mais complexo seja o cálculo, de mais aspectos nos ampararemos, e com eles virá uma maior incerteza quanto ao futuro e, conseqüentemente, mais risco.<sup>144</sup>

Já que o risco é conseqüência direta da decisão, quanto mais informação houver, mais riscos surgirão, pois mais fatores estarão em jogo na hora de decidir. “O risco decorre sempre de uma tomada de decisão, consistindo sempre em elemento interno ao sistema, ao passo que o perigo decorre da perspectiva do agente passivo ou da vítima (pessoa ou sistema),

---

<sup>142</sup> “Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y, en este caso, hablamos de peligro.” LUHMANN, op. cit., 1992, p.65. [livre tradução]

<sup>143</sup> ROCHA. *Da Epistemologia Jurídica.....* op. cit., 2005, p.39.

<sup>144</sup> “Ahora bien, si no hay decisiones con la garantía de estar libres de riesgo, debe abandonarse la esperanza (que un observador de primer orden podría tener) de que con más investigación y más conocimiento podríamos pasar del riesgo a la seguridad. La experiencia práctica nos enseña que ocurre más bien lo contrario: mientras más se sabe, más se constituye una consciencia del riesgo. Mientras más racionalmente se calcule y mientras más complejo sea el cálculo, de más aspectos nos percataremos, y con ellos vendrá mayor incertidumbre en cuanto al futuro y, consecuentemente, más riesgo.” LUHMANN, op. cit., 1992, p.72-73.[livre tradução]

ocasionando frustrações por eventos exteriores”.<sup>145</sup> Desta forma, os riscos são atribuídos às instâncias de decisão, enquanto que os perigos recaem sobre os afetados. Os riscos que uma instância de decisão corre se transformam em perigo para os afetados.

Para aquele que toma uma decisão é inevitável o risco, sob condição de que não se queira renunciar a todas as vantagens que derivam de um comportamento com respeito à ação: para aqueles que são interessados pela decisão, que não participam na decisão, trata-se, ao contrário, de um perigo que a eles lhes chega ao exterior. Como demonstra investigações conduzidas, no geral, sobre a percepção do risco, a atitude em relação a danos futuros incertos é muito diferente quando se considera o dano como possível consequência do próprio comportamento e que se lhe impute à outra parte.<sup>146</sup>

Sabe-se, portanto, que a decisão acarretará consequências, mas não se pode prever quais consequências serão estas. “[...] o futuro depende em todos os aspectos essenciais de decisões que podem tomar-se atualmente, de modo que sempre se decide agora sobre os presentes futuros, ainda que o futuro não se possa conhecer.”<sup>147</sup>

Devido a esta indeterminação, as normas jurídicas tentam delimitar o que se pode esperar do futuro, pois delineiam quais comportamentos podem ser esperados no tempo, distinguindo o que é aceitável e o que não é. A sociedade se depara com um futuro totalmente inseguro, e contra isso lança mão da norma jurídica, que é uma tentativa de fazer possível esse futuro.

Segundo Corsi, embora a norma jurídica estabeleça o que se pode esperar do futuro, isso não impede que tais expectativas sejam frustradas e a norma transgredida. Nas situações arriscadas não se pode determinar no presente de que maneira os outros devem se comportar em situações futuras: “[...] nas discussões sobre a problemática ecológica, por exemplo, está sempre presente a preocupação por deixar aberta a posição para as gerações futuras, que terão que decidir sobre a base de considerações que não se pode conhecer hoje.”<sup>148</sup>

<sup>145</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.39, n.01, jan./jun. 2006, p.15.

<sup>146</sup> DE GIORGI, op. cit., 1998, p.247-248.

<sup>147</sup> “[...] el futuro depende en todos los aspectos esenciales de decisiones que pueden tomarse actualmente, de modo que siempre se decide ahora sobre los presentes futuros, aunque el futuro no puede conocerse.” LUHMANN, op. cit., 2007, p.864-865. [livre tradução]

<sup>148</sup> “[...] en las discusiones sobre la problemática ecológica, por ejemplo, está siempre presente la preocupación por dejar abierta la posición para las generaciones futuras, quienes tendrán que decidir sobre la base de consideraciones que no se pueden conocer hoy.” CORSI et al, op. cit., p.142 [livre tradução].

Devido à possibilidade de existirem vários futuros diferentes, de acordo com as decisões tomadas agora, surge um movimento jurídico voltado à orientação para as conseqüências da decisão, ou “[...] a então chamada teoria econômica do direito, que calcula as conseqüências de decisões jurídicas divergentes, incluindo as conseqüências das próprias decisões para o comportamento futuro, e então usando essas conseqüências como um critério para a própria decisão.”<sup>149</sup> A preocupação passa a ser com o futuro que pode resultar de uma ou outra decisão do presente.

A prática de orientação sobre as conseqüências [...] se guia por meio dos resultados supostos de uma decisão de interesses em jogo e decide sob o fundamento de uma valoração, a qual passa [então] a constituir direito. No lugar de uma apreciação da conduta e do interesse que a acompanha, se substitui pela apreciação futura que se imagina prever. A assimetria decisão/conseqüência da decisão expande a relação recursiva para situações práticas com o auxílio da eventualidade de um futuro ainda indeterminado como sendo pressuposto de uma valoração precisa. Isto é muito mais fácil, quando o futuro ainda não se constitui como conflito.<sup>150</sup>

A orientação para as conseqüências da decisão é, portanto, uma forma de abertura cognitiva, através de programação finalística. Caracteriza a heterorreferência do sistema, saindo do círculo da auto-referência até então protegido pelo sistema jurídico.

Conforme Campilongo<sup>151</sup>, através da orientação para as conseqüências da decisão (“a-sentença-a-que-querer-chegar”<sup>152</sup>), se passa de uma análise estrutural para uma análise funcional do Direito. O problema levantado pelo autor é o de que um sistema jurídico voltado para o futuro pressupõe sua ampla abertura ao ambiente, além de uma suposta coerência nas relações inter-sistêmicas. Com isso, o sistema passa a ter problemas em reconhecer seus limites internos, pois passa a exigir recursos cognitivos excessivos e inatingíveis. O sistema jurídico passa a precisar do uso de recursos da política, economia, sociologia, etc.

---

<sup>149</sup> LUHMANN, Niklas. A terceira questão: o uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Trad. Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.39, n.01, jan./jun. 2006, p.46.

<sup>150</sup> Idem, op. cit., 2004, p.72.

<sup>151</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.92-93.

<sup>152</sup> KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*. Trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

Outra dificuldade em decidir com base nas conseqüências da decisão, é que para isso é necessário saber como será o futuro, para poder observar de que forma essas conseqüências se fixarão. “Os programas orientados a um fim encobrem portanto o problema colocado no futuro: os presentes futuros não vão coincidir com o futuro que se projete atualmente.”<sup>153</sup> O futuro é contingente e imprevisível, impedindo que se possa saber hoje o que esperar do amanhã.

As chamadas normas jurídicas são programas condicionais. Isto explica, de certa forma, porque o atingir determinado fim, projetado no futuro, não pode ser tomado como condição de validade jurídica. Embora as normas jurídicas façam referência ao futuro, isto não significa que essa decisão perderá sua validade se o futuro frustra a previsão na qual ela se fundou. O critério de validade é usado, exatamente, para absorver os riscos e as incertezas do futuro. Mas, por isso mesmo, o futuro não pode ser tomado em consideração como critério de validade jurídica, uma vez que é algo que permanece sempre inobservável.<sup>154</sup>

Por esta razão, não se fala de *um* futuro, mas sim, de *vários* futuros possíveis, pois a partir do momento em que se considera o futuro como conseqüência das decisões presentes, cada decisão compreende um futuro diferente (e imprevisível). Assim, existem potencialmente muitas possibilidades diferentes de ser, embora haja apenas uma possibilidade real de acontecer, de modo que existe um momento em que seria possível escolher entre as possibilidades. Mas, uma vez estando escolhida, tal possibilidade passaria a constituir a realidade.<sup>155</sup> A identidade do ato da decisão não se concretiza apenas na alternativa escolhida, mas contra todo horizonte de outras possibilidades entre as quais aquela foi selecionada.<sup>156</sup>

Luhmann<sup>157</sup> explica que o que vai ocorrer no futuro presente depende das decisões que tomamos agora, mas que ambas as coisas estão relacionadas: a dependência das conseqüências futuras da decisão e a continuidade do ser entre o passado e o futuro. Isso porque só se pode decidir se não estiver estabelecido o que acontecerá, ou seja: é preciso que haja alternativas dentre as quais poderá se eleger uma. Esta é a razão pela qual se faz necessária a incerteza quanto aos danos futuros para a atribuição da diferença risco/perigo. Se

<sup>153</sup> “Los programas orientados hacia un fin encubren por lo tanto el problema colocado en el futuro: los presentes futuros no van a coincidir con el futuro que se proyecte actualmente.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.257. [livre tradução]

<sup>154</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, op. cit., p.254-255.

<sup>155</sup> ROCHA. *Observações sobre.....* op. cit., 2007.

<sup>156</sup> LUHMANN, op. cit., 2005, p.11.

<sup>157</sup> Idem. *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.128.

os danos não forem incertos, não se fará necessária a decisão, ou seja: não será preciso qualquer “eleição” entre possibilidades.

As alternativas se obtêm mediante a retirada de valorações ou pontos de comparação, por abstração funcional, e sua existência faz, por isso mesmo, necessária uma decisão. [...] mediante a decisão, é transpassada a unidade da diferença de alternativas à alternativa escolhida, de tal maneira que no resultado da decisão permanece como história e contingência [...].<sup>158</sup>

Além disso, é preciso que as futuras conseqüências dessa eleição possam ser atribuídas àquela decisão. Mas para que haja a atribuição à decisão, é preciso que a organização responsável (instância de decisão) tenha tido a oportunidade de escolher dentre alternativas possíveis, com danos possíveis. Para a atribuição é preciso: possibilidade de opção (razoável) dentre alternativas; alternativas que se distingam em relação à possibilidade de danos; e que tais danos possam ser evitados (danos contingentes).

Isto leva a que os perigos se transformem em riscos, pois cada vez mais condições são consideradas conseqüências das decisões, já que o *não decidir* também acaba sendo uma decisão e, conseqüentemente, passível de acarretar riscos. É, no mínimo, ingênuo, achar que a não-decisão poderia evitar o risco. Assim como a ação, a omissão também gera efeitos, e assim como a decisão, o não decidir também acarreta riscos.

Desta forma, fica evidenciado que não existe conduta livre de riscos. Até mesmo o intento de evitar riscos, como por exemplo, dirigir em baixa velocidade, pode se tornar arriscado por outras circunstâncias não previstas. Por conseguinte, a oportunidade pode se converter em dano e esta é uma carga presente em toda decisão. Nem mesmo a antiga receita de prudência ajuda muito na atualidade.<sup>159</sup>

O risco é, portanto, uma forma de descrição presente do futuro, pois ao se levar em conta os riscos, é possível optar por uma ou outra alternativa.<sup>160</sup> A decisão é feita agora, embora os riscos sejam projetados no futuro. Por isso se diz que o risco é uma das formas de vincular o tempo, pois vincula estados futuros com decisões presentes. Pode ser considerado,

---

<sup>158</sup> “Las alternativas se obtienen mediante el retiro de valoraciones o puntos de comparación, por abstracción funcional, y su existencia hace, por lo mismo, necesaria una decisión. [...] mediante la decisión, es traspasada la unidad de la diferencia de alternativas a la alternativa escogida, de tal manera que en el resultado de la decisión permanece como historia y contingencia [...]” LUHMANN, op. cit., 2005, p.10. [livre tradução]

<sup>159</sup> CORSI et al, op. cit., p.142.

<sup>160</sup> LUHMANN. *Observaciones*..... op. cit., 1997, p.133.

então, uma modalidade de construção do futuro. “Atribuimos ao futuro uma incognoscibilidade intrínseca que lhe faz estar cada vez mais separado do passado; esta é a razão de que o futuro se converta em um terreno novo”.<sup>161</sup>

Mas como já foi dito, o futuro não é mais visto como controlável, nem previsível. Enquanto que, em outras sociedades, se acreditava ter o domínio do tempo – e, portanto, do futuro – a sociedade contemporânea vem se dando conta de que o futuro é algo sequer observável através do presente, e que, por isso mesmo, acaba sendo representado pela idéia de risco.

O passado oferece a possibilidade de legitimar e aceitar a situação dada no presente, enquanto que o futuro aberto, sobre o qual podem fazer-se previsões, oferece por sua parte a possibilidade de estabelecer objetivos e de finalizar as decisões a aquilo que se pretende alcançar ou a aquilo que se imagina que poderá acontecer. [...] passado ou futuro são construções imaginárias de um sistema que existe só no presente.<sup>162</sup>

Não se pode observar o passado com vistas a utilizá-lo em relação ao futuro, uma vez que o futuro, enquanto observável, já se torna presente. Conforme Luhmann<sup>163</sup>, a simultaneidade de tudo o que ocorre significa também a incontabilidade de tudo que sucede. Devido à simultaneidade com que os acontecimentos ocorrem, só se pode observar o tempo através de distinções, como antes/depois, ou passado/futuro.

A sociedade do mundo ganha sua última evidência [...] trasladando a semântica do tempo para o esquema passado/futuro, e dentro deste esquema transformando a orientação primária do passado (identidade) ao futuro (contingência). [...] Mas se se pergunta pelo futuro é difícil negar que a sociedade do mundo terá que decidir seu destino – enquanto ao ecológico, o humano, o econômico, o tecnológico – dentro de si mesma.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> “Atribuimos al futuro una incognoscibilidad intrínseca que le hace estar cada vez más separado del pasado; ésa es la razón de que el futuro se convierta en un terreno nuevo”. GIDDENS, Anthony. *Modernidad e identidad del yo: El yo y la sociedad en la época contemporánea*. Trad. José Luis Gil Arista. Barcelona: Península, 1997, p.144. [livre tradução]

<sup>162</sup> “El pasado ofrece la posibilidad de legitimar y aceptar la situación dada en el presente, mientras que el futuro abierto, sobre el cual pueden hacerse previsiones, ofrece por su parte la posibilidad de establecer objetivos y de finalizar las decisiones a aquello que se pretende alcanzar o a aquello que se imagina que podrá acaecer. [...] pasado o futuro son construcciones imaginarias de un sistema que existe sólo en el presente.” CORSI et al, op. cit., p.28. [livre tradução]

<sup>163</sup> LUHMANN. *Observaciones.....* op. cit., 1997, p.197.

<sup>164</sup> “La sociedad del mundo gana su última evidencia [...] trasladando la semántica del tiempo hacia el esquema pasado/futuro, y dentro de este esquema desplazando la orientación primaria del pasado (identidad) al futuro (contingencia). [...] Pero si se pregunta por el futuro es difícil negar que la sociedad del mundo tendrá que decidir su destino – en cuanto a lo ecológico, lo humano, lo económico, lo tecnológico – dentro de sí misma.” Idem, op. cit., 2007, p.112. [livre tradução]

A simultaneidade do tempo evidencia, portanto, sua paradoxalidade, e tal paradoxo do tempo só é superado pelas diferenciações, que se deixam fixar na forma do risco. Para Rocha<sup>165</sup>, o risco pode ser considerado transtemporal, em razão de seus efeitos ilimitados temporalmente, seu alcance global e potencialidade catastrófica.

Poder-se-ia tentar, então, controlar tais riscos. Enquanto busca soluções para problemas isolados, a estratégia tradicional de controle de riscos é suficiente. Mas quando falamos em riscos potenciais, associados a problemas complexos que não possuem informações disponíveis suficientes (ex.: aquecimento global), essa alternativa não é válida. Sendo assim, a consciência do risco está mais ligada ao futuro, do que ao presente.<sup>166</sup> Devido à impossibilidade de observar o futuro, a avaliação dos riscos só pode ser realizada, então, *a posteriori*, e vai ser analisada de uma forma ou de outra, dependendo das conseqüências que teve a decisão.

A avaliação dos riscos é, portanto, intrinsecamente arriscada. Giddens<sup>167</sup> traz o exemplo dos reatores nucleares: um método comum para calcular seus riscos de acidente consiste em desenhar uma árvore de falhas, sendo que o resultado final é, supostamente, uma indicação muito precisa do risco. Ainda assim, tal cálculo deixa sem resolver vários imprevistos. Seria impossível realizar, por exemplo, um cálculo fiel do risco de erro humano ou sabotagem. Sendo assim, alguns dos caminhos dos possíveis desastres podem passar totalmente despercebidos, e só serem localizados em revisões posteriores de dados e suposições.

Somente após a ocorrência (ou não) do dano, é possível tentar entender por que em um presente passado se decidiu de uma maneira ou de outra, de forma arriscada ou precavida. E desde o futuro nos olha fixamente um presente distinto, de onde a situação de risco atual certamente será julgada de maneira distinta. Com isso quer-se dizer que a avaliação do risco varia com o tempo, e o que hoje se considera arriscado pode não o ser amanhã, e vice-versa.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e Estado Ambiental*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>166</sup> DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Editora Senac, 2003.

<sup>167</sup> GIDDENS, op. cit., 1997.

<sup>168</sup> LUHMANN, op. cit., 1992, p.86.

Além disso, dependendo da observação ser feita a partir do ponto de vista do risco ou do perigo, “[...] a avaliação do risco e a disponibilidade de aceitar os danos muda fortemente. [...] se aceita o risco derivado de fumar, mas não se está disposto a expor-se aos perigos gerados do comportamento arriscado dos outros [...]”<sup>169</sup> E quando se sofre um dano, que foi consequência de um perigo provocado por terceiros, é muito comum surgir questionamentos sobre que outras decisões poderiam ter sido tomadas para evitar o evento danoso.

Já que o dano é consequência da decisão, é questionado se ele poderia ter sido evitado se tivesse sido tomada outra decisão. Mas este é o risco da decisão: as consequências inseguras e desvantajosas que podem ser atribuídas às decisões, uma vez que o mecanismo de atribuição do risco às decisões opera de maneira circular. “Nós sabemos que outras decisões teriam permitido evitar que se realizasse um acontecimento, mas não sabemos qual constelação de indeterminações ter-se-ia delineado”.<sup>170</sup> Este é o problema da busca pela causalidade: até se pode dizer que, caso houvesse tido outra decisão, tal dano não teria ocorrido. Porém, jamais irá se saber que outros danos poderiam ter sido acarretados por aquela outra decisão.

Ao se buscar a causa daquele dano, reporta-se, então, à instância de decisão responsável. A atribuição à decisão é uma atribuição causal representada pelo esquema causa-efeito, onde a causalidade representa um esquema para observação do mundo, que visa conhecer o futuro a partir do presente. Mas as perspectivas de futuro são muito incertas, por isso só se faz possível a percepção do futuro através do exame das probabilidades. “As indeterminações que marcam a invisibilidade dos riscos e a dificuldade da avaliação científica dos riscos [...] permitem apenas uma ‘avaliação probabilística’ [...] de suas consequências por meio da aplicação do código provável/improvável.”<sup>171</sup>

O cálculo das probabilidades já foi muito utilizado para justificar decisões. Se o cálculo apontasse grande probabilidade de um dano em um determinado caso, a decisão que fosse no sentido oposto ao resultado do cálculo estaria justificada, ainda que o resultado improvável sucedesse.

---

<sup>169</sup> “[...] la evaluación del riesgo y la disponibilidad de aceptar los daños cambia fuertemente. [...] se acepta el riesgo derivado de fumar, pero no se está dispuesto a exponerse a los peligros generados del comportamiento riesgoso de los otros [...]” CORSI et al, op. cit., p.143. [livre tradução]

<sup>170</sup> DE GIORGI, op. cit., 1998, p.191.

<sup>171</sup> CARVALHO, Délton Winter de. op. cit., p.14.

Nas condições modernas, do futuro só se pode falar no modo do provável ou do improvável, é dizer, no modo de uma realidade assegurada ficticiamente (duplicada mediante ficções). Sabe-se, portanto, que os futuros presentes trarão outra coisa diferente do que expressa o presente futuro, e precisamente essa discrepância é o que se expressa ao tratar ainda sobre probabilidades ou improbabilidades quando se trata do futuro.<sup>172</sup>

O grande problema do cálculo de probabilidade é o imprevisível. A probabilidade conta com dados gerais, dentro de certa normalidade, a partir da observação de acontecimentos passados. Porém, a probabilidade não prevê o imprevisível, nem leva em consideração casos particulares. Luhmann<sup>173</sup> elucida isso com o exemplo de um acidente automobilístico. Embora se saiba que só se pode ter um acidente fatal a cada doze quilômetros, isto pode acontecer na primeira curva.

Além do mais, o cálculo probabilístico não leva em conta o fato de que existem inúmeras possibilidades que podem vir a se concretizar, e muitas vezes estas possibilidades não são conseqüências diretas das decisões. Cada possibilidade é resultado não de um, mas sim, de uma série de fatores desencadeantes.

Em todo caso, o tempo se reflete no tempo, e isto é [...] em virtude da diferenciação diretriz entre passado e futuro. [...] O que acontecerá, jamais dependerá de um só acontecimento. [...] No horizonte do passado pelo menos se sabe o que aconteceu, ainda que as condições causais permaneçam inexplicáveis. No horizonte do futuro falta exatamente esta segurança que desde a perspectiva da vida faz prescindível uma análise causal.<sup>174</sup>

Sendo assim, fica quase impossível saber se um determinado ato vai resultar em uma ou outra conseqüência. Da mesma forma, fica difícil saber qual decisão ou quais decisões foram responsáveis por determinado efeito. Pode ser que muito do que aconteceu tenha sido também decisão, mas que não tenha ficado evidente como tal.<sup>175</sup> Conforme Luhmann<sup>176</sup>, a

---

<sup>172</sup> “En las modernas condiciones, de lo futuro sólo se puede hablar en el modo de lo probable o de lo improbable, es decir, en el modo de una realidad asegurada ficticiamente (duplicada mediante ficciones). Se sabe por tanto que los futuros presentes traerán otra cosa diferente de lo que expresa el presente futuro, y precisamente esa discrepancia es lo que se expresa al tratar aún sobre probabilidades o improbabilidades cuando se trata del futuro.” LUHMANN. *Observaciones.....* op. cit., 1997, p.173. [livre tradução]

<sup>173</sup> Idem, op. cit., 1992.

<sup>174</sup> “En todo caso, el tiempo se refleja en el tiempo, y esto es [...] en virtud de la diferenciación directriz entre pasado y futuro. [...] Lo que acontecerá, jamás dependerá de un solo acontecimiento. [...] En el horizonte del pasado por lo menos se sabe lo que aconteció, aunque las condiciones causales permanezcan inexplicables. En el horizonte del futuro falta exactamente esta seguridad que desde la perspectiva de la vida hace prescindible un análisis causal.” Ibidem, p.84-85. [livre tradução]

<sup>175</sup> Idem, op. cit., 2005, p.13.

catástrofe ecológica de nossos dias serve de exemplo para elucidar que na acumulação de efeitos de decisão, nas repercussões em longo prazo, já não existem decisões identificáveis, nem condições de relações causais.

Nesta busca pela atribuição causal podem-se confrontar conseqüências previstas e não previstas. Quanto maior o lapso temporal analisado, mais chances de se encontrar conseqüências não previstas. A amplitude do horizonte temporal relevante é, em si mesma, uma variável, que dificulta a relação causal entre decisão, risco e dano.

O surgimento de novas formas de riscos e perigos se deu com a evolução da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial, mas os processos de tomada de decisão, por sua vez, não acompanharam esta evolução. A mudança ocorrida na sociedade em relação ao tempo e ao risco foi surgindo e tendo ênfase com o aparecimento da indústria, tecnologia e ciência.

A época posterior à Segunda Guerra Mundial, estes últimos sessenta anos, tem trazido profundas transformações, em todas as áreas do conhecimento e da tecnologia: se complexaram tanto as relações sociais, pelo crescimento absolutamente extraordinário dos meios de comunicação (o avião, o satélite, a televisão, o fax, o correio eletrônico, internet, etc.), a economia global e a exploração dos recursos naturais frente à explosão demográfica.<sup>177</sup>

Não apenas as conseqüências diretas dessa industrialização, mas também todos os seus efeitos secundários (e, quiçá, terciários), são fatores desencadeantes dessa *nova* sociedade que se apresenta. De acordo com Rocha<sup>178</sup>, a característica da sociedade neste cenário de transição estrutural é apresentada com uma conotação autodestrutiva, de modo que as ameaças decorrentes da sociedade industrial são de natureza tecnológica, política e, especialmente, ecológica.

---

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*. In: BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996, p.148.

<sup>177</sup> “La época posterior a la Segunda Guerra Mundial, estos últimos sesenta años, ha traído profundas transformaciones, en todas las áreas del conocimiento y la tecnología: se han complejizado tanto las relaciones sociales, por el crecimiento absolutamente extraordinario de los medios de comunicación (el avión, el satélite, la televisión, el fax, el correo electrónico, Internet, etc.), la economía global y la explotación de los recursos naturales frente a la explosión de la población.” GRÜN, Ernesto. *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Dunken, 2004, p.77-78. [livre tradução]

<sup>178</sup> ROCHA, op. cit., 2009.

Esta nova fase pós-industrial, também chamada Sociedade de Risco, nasce quando os sistemas falham onde haviam prometido segurança. “Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, e as decisões são resultado de relações que derivam da racionalidade universal.”<sup>179</sup>

Conforme Beck<sup>180</sup>, a sociedade de risco se diferencia das demais por não poder prever as situações de perigo, de modo que os riscos são consequência das ações e omissões humanas, e expressam o grande desenvolvimento das forças produtivas. “É precisamente no momento em que os perigos e riscos produzidos pela sociedade se tornam incalculáveis e as medidas de segurança socialmente aceitas tornam-se inócuas que se caracteriza a emergência da sociedade de risco.”<sup>181</sup>

Ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos trazem conforto e qualidade de vida às pessoas, eles são responsáveis por grande parte dos riscos da sociedade contemporânea. Trazem benefícios, mas também malefícios; trazem a cura, mas também a doença; o conhecimento, mas também a ignorância.

Dentre os setores mais prejudicados com a industrialização está, sem dúvida, a ecologia. Diz-se que se trata da evolução da sociedade, porém, “há algo de que hoje se pode estar seguro: a evolução sempre teve atuado em grande medida de forma autodestrutiva. A curto e a longo prazo.”<sup>182</sup> Desta forma, a industrialização, acompanhada da tecnologia e da ciência, aparecem como grandes desencadeantes do risco.

Carvalho<sup>183</sup> alerta que na atualidade são observados dois tipos de riscos: os riscos concretos, de natureza industrial; e os riscos abstratos (invisíveis), inerentes à sociedade de risco (pós-industrial). Os primeiros se caracterizam pela possibilidade de avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade, além de serem “riscos calculáveis”. Já os riscos abstratos são caracterizados pela incerteza quanto às suas

---

<sup>179</sup> DE GIORGI, op. cit., 1998, p.195-196.

<sup>180</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>181</sup> DEMAJOROVIC, op. cit., p.39.

<sup>182</sup> “Hay algo de lo que hoy se puede estar seguro: la evolución siempre ha actuado en gran medida de forma autodestructiva. A corto y a largo plazo.” LUHMANN. *Observaciones.....* op. cit., 1997, p.139. [livre tradução]

<sup>183</sup> CARVALHO, Délton Winter de. op. cit., p.14.

consequências, maior complexidade probatória de sua existência e possíveis consequências nocivas.

Dentre os denominados riscos abstratos, estão aqueles riscos decorrentes da atividade tecnológica e científica e que afetam diretamente a ecologia. “O tema do risco tornou-se objeto de interesse e preocupação da opinião pública, quando o problema da ameaça ecológica permitiu a compreensão de que a sociedade produziria tecnologias que poderiam produzir danos incontrolláveis.”<sup>184</sup> Trata-se dos chamados *riscos ecológicos*, os quais levam em consideração as consequências ecológicas futuras que podem resultar das decisões tomadas no presente.

Os riscos ecológicos gerados pelas novas tecnologias são, na maioria das vezes, riscos abstratos, e seu contexto de incerteza científica tem grande conexão com a principal característica dos problemas ecológicos, ou seja, a complexidade. Trata-se de problemas de uma nova formatação, pois consistem em questões que não dizem respeito apenas a relações ou interferências entre sistemas sociais (Direito, Economia e Política), mas são dotadas de uma complexidade potencializada por decorrerem das relações tidas entre a Sociedade (comunicação) e seu Ambiente (extracomunicacional).<sup>185</sup>

O risco ecológico é consequência do avanço tecnológico e científico, donde resulta o paradoxo de que, se, por um lado, a evolução da sociedade e o aperfeiçoamento das ciências “[...] cria condições cada vez maiores de controle das indeterminações, por outro lado, não deixa de produzi-las à medida que as especificidades aumentam proporcionalmente ao conhecimento, majorando a complexidade.”<sup>186</sup> Surgem não apenas os riscos e perigos ecológicos, mas, com eles, a necessidade de uma comunicação ecológica:

Nós vamos tomá-la para designar *qualquer comunicação sobre o ambiente* que procure causar uma mudança *nas estruturas do sistema comunicativo que é a sociedade*. Deveria ser notado que este é um fenômeno que é exclusivamente interno à sociedade. Não é um assunto de barulhentos fatos objetivos, por exemplo, que os reservatórios de óleo estão diminuindo, que a temperatura dos rios está aumentando, que florestas estão sendo desfolhadas ou que os céus e os mares estão sendo poluídos. Tudo isso pode ser ou pode

---

<sup>184</sup> DE GIORGI, op. cit., 1998, p.194.

<sup>185</sup> CARVALHO, Délton Winter de. op. cit., p.14.

<sup>186</sup> BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006, p.49-50.

não ser o caso. Mas os fatos físicos, químicos ou biológicos não são objeto de comunicação.<sup>187</sup>

O que assusta ainda mais é o fato de que os riscos ecológicos são marcados por sua invisibilidade, globalidade e transtemporalidade. Carvalho<sup>188</sup> explica que a invisibilidade dos riscos consiste na ausência de percepção dos sentidos humanos, uma vez que não é possível percebê-los através do olfato, visão, tato, audição ou gustação. Além disso, não existe conhecimento científico seguro sobre suas possíveis dimensões. A globalidade, segundo o autor, refere-se a não demarcação de limites territoriais das consequências negativas geradas. Por fim, explica a transtemporalidade do risco como sendo a relação direta que os riscos abstratos possuem com o controle e a descrição do futuro.

Sendo assim, ainda que os riscos não sejam “palpáveis”, a sociedade contemporânea percebe esta mudança, e aos poucos vai assimilando essa nova situação de risco e possibilidade de catástrofe. “Segundo alguns, a catástrofe é iminente e inevitável. Segundo outros, apenas uma revolução universal pode salvar a sociedade. Outros, ainda, pedem o retorno a uma fé comum; outros suplicam que sejam salvas, pelo menos, a natureza ou as gerações futuras”.<sup>189</sup> Neste cenário de incertezas, a esperança repousa naqueles que são os responsáveis pelas decisões que desencadeiam tais riscos (instâncias de decisão).

Mas quando se trata de riscos ecológicos, muitas vezes não é possível atribuí-los a uma decisão ou instância de decisão específica. Canotilho<sup>190</sup> faz uma diferenciação entre *primeira e segunda geração de problemas ecológicos*. A primeira geração seria aquela que engloba os problemas que incidem na proteção do ambiente tendo em conta os elementos constitutivos (poluição, ar, solo). Já a segunda geração de problemas ecológicos estaria relacionada com efeitos que extravasam a consideração isolada desses elementos constitutivos e as implicações dos mesmos (camada de ozônio, efeito estufa, mudanças climáticas).

---

<sup>187</sup> “We will take it to designate *any communication about the environment* that seeks to bring about a change *in the structures* of the *communicative system that is society*. It should be noted that this is a phenomenon that is exclusively internal to society. It is not a matter of blatantly objective facts, for example, that oil-supplies are decreasing, that the temperature of rivers is increasing, that forests are being defoliated or that the skies and the seas are being polluted. All this may or may not be the case. But a physical, chemical or biological facts are not the subject of communication.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.28. [livre tradução].

<sup>188</sup> CARVALHO, Déltton Winter de. op. cit., p.14-15.

<sup>189</sup> DE GIORGI, op. cit., 1998, p.199.

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

A partir destes conceitos, fica mais fácil exemplificar a dificuldade de se atribuir os riscos ecológicos a uma decisão ou instância de decisão: quando se trata da *primeira geração de problemas ecológicos*, por ex., a mortandade de peixes em um rio, até é possível tal atribuição, e nesse caso se poderia falar em *risco* ecológico.

Mas nos casos mais generalizados, quando se trata da *segunda geração de problemas ecológicos*, como o degelo dos pólos, o aquecimento global, alteração do equilíbrio ecológico ou o buraco na camada de ozônio, não há a possibilidade de atribuição a *uma decisão*, nem ao menos, a *uma instância de decisão*. “Precisamente quando se trata de danos relacionados com a ecologia, passar mais além de certo limiar, uma modificação irreversível do equilíbrio ecológico ou a presença de uma catástrofe, não é em absoluto atribuível a decisões individuais”.<sup>191</sup> Por essa razão, poder-se-ia dizer que se trata de *perigos* ecológicos. “Em outras palavras, a ‘tragédia’ das decisões é que o sistema afetado é também a causa de seu próprio dano.”<sup>192</sup>

É muito comum que o dano ambiental seja atribuível a diversas instâncias de decisão e estas, por sua vez, deixam de ser identificáveis ao longo do tempo. Não se pode avaliar, concretamente, que conseqüências terão as decisões tomadas no presente, para as futuras gerações. Por esta razão se afirma que a intervenção social só pode agir na decisão, mas não na condição de ser afetado.

No debate ecológico, nos encontramos hoje ante uma complexidade que se subtrai de uma atribuição de tomada de decisões. Sem dúvida sabemos, ou podemos ao menos suspeitar, que importantes condições ecológicas de vida se verão modificadas por decisões sobre o emprego da técnica e seus produtos, com a expectativa de graves danos. Mas apenas podemos atribuir esse problema a decisões individuais, porque os extremamente complexos encadeamentos causais de numerosos fatores e o longo prazo da tendência não admitem semelhante atribuição. A fascinação pela síndrome técnica/decisão/risco vai tão longe que ainda tentamos abarcar essa situação dentro da semântica. Buscamos incessantemente decisões, ainda que seja decisões políticas, com as quais sair desse problema, ilidi-lo ou ao menos poder tirar-lhe a força ou atrasá-lo. O definimos como um risco de deixar de fazer algo que possivelmente poderia ajudar. Seria incompreensível, até

---

<sup>191</sup> “Precisamente cuando se trata de daños relacionados con la ecología, pasar más allá de cierto umbral, una modificación irreversible del equilibrio ecológico o la presencia de una catástrofe, no es en absoluto atribuible a decisiones individuales.” LUHMANN, op. cit., 1992, p.70. [livre tradução]

<sup>192</sup> “In other words, the ‘tragedy’ of decisions is that the affected system is also the cause of its own damage.” Idem, op. cit., 1989, p.08. [livre tradução].

indefensável, não tentar todo o possível, ainda que possa se tratar apenas de outra distribuição do risco.<sup>193</sup>

Desta forma, deve-se ter em mente que toda e qualquer decisão tomada hoje pode repercutir, direta ou indiretamente, no meio ambiente. As instâncias de decisão deveriam levar isso em conta durante os procedimentos por elas desenvolvidos para chegar às decisões, mas o que acontece na prática é que o Direito não dispõe de mecanismos suficientes para se munir frente às questões ecológicas que lhe são impostas.

Sendo assim, o sistema jurídico se vê obrigado a recorrer a informações provenientes de outros sistemas. Confronta-se a *auto* com a *heterorreferência*, na busca por inter-relações (ou acoplamentos estruturais) que possam auxiliar no processo de tomada de decisão que envolva temas ecológicos, sem com isso comprometer a autopoiese do sistema.

### 2.3 A Autopoiese do Sistema Jurídico através de seus Acoplamentos Estruturais

O sistema jurídico enfrenta as questões ecológicas por meio de seu código binário Direito/Não Direito, para que seja possível, através de um procedimento específico, chegar a uma decisão judicial. Ao observar especificamente a decisão *judicial*, deixa-se de lado quaisquer outros tipos de decisão que possam pertencer a sistemas diversos do jurídico, e delimita-se a decisão judicial como comunicação específica do sistema do Direito. Como já visto, cada sistema possui comunicação própria, que o diferencia dos demais. A sentença judicial é elemento apenas do sistema jurídico, e de nenhum outro.

Dentro da teoria dos sistemas autopoieticos, o Direito é visto como um sistema autônomo, pois o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente,

---

<sup>193</sup> “En el debate ecológico, nos encontramos hoy ante una complejidad que se sustrae a una atribución de toma de decisiones. Sin duda sabemos, o podemos al menos sospechar, que importantes condiciones ecológicas de vida se verán modificadas por decisiones sobre el empleo de la técnica y sus productos, con la expectativa de graves daños. Pero apenas podemos atribuir este problema a decisiones individuales, porque los extremadamente complejos encadenamientos causales de numerosos factores y el largo plazo de la tendencia no admiten semejante atribución. La fascinación por el síndrome técnica/decisión/riesgo va tan lejos que aún intentamos abarcar esta situación dentro de esta semántica. Buscamos sin cesar decisiones, aunque sean decisiones políticas, con las que salir al paso de este problema, eludirlo o al menos poder quitarle fuerza o retrasarlo. Lo definimos como un riesgo de dejar de hacer algo que posiblemente podría ayudar. Sería incomprensible, incluso indefendible, no intentar todo lo posible aunque sólo pueda tratarse de otra distribución del riesgo.” LUHMANN. *Observaciones.....* op. cit., 1997, p.137. [livre tradução]

mas sim, pelo relacionamento entre seus componentes.<sup>194</sup> Desta forma, as estruturas do sistema só podem ser produzidas e reproduzidas mediante suas próprias operações. Por isso se fala em auto-organização, pois as operações:

[...] formam estruturas como esquemas de seleção que permitem reconhecer e repetir, portanto, que fazem possível condensar as identidades [...] para confirmá-las em cada nova situação – é dizer, generalizá-las. Este reter e esquecer possibilitado pela formação de estruturas não é possível a partir de influências externas, daí que se fale de auto-organização.<sup>195</sup>

Justamente por ser autopoietico, o Direito conta com uma abertura e ao mesmo tempo uma clausura com relação ao meio. Neste sentido, Rocha<sup>196</sup> explica que um sistema deve ser, ao mesmo tempo, operativamente fechado, para manter a sua unidade, mas cognitivamente aberto, para poder observar a sua diferença constitutiva. Isso significa que o Direito deve se auto-produzir, buscando mecanismos de efetuação dentro dele mesmo.

Isto tem, como conseqüência lógica, a tese de um fechamento operacional de tais sistemas. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. Conseqüentemente o sistema não pode – e isso, apesar de ser uma conseqüência lógica, surge como algo um pouco surpreendente – utilizar suas próprias operações para estabelecer contatos com seu ambiente. Todas as operações do sistema são operações exclusivamente internas. Todas as informações processadas são, exclusivamente, seleções produzidas internamente, a partir de um campo de diferenciação de possibilidades, delineado única e exclusivamente no interior. O ambiente não pode contribuir com nada para este processo.<sup>197</sup>

Por esta razão, Luhmann afirma que não existe nenhum *input* de comunicação que venha de fora do sistema do Direito, porque não existe nenhuma comunicação jurídica fora do sistema jurídico. Daí que se origina a sua clausura, pois nenhuma outra instância da sociedade é capaz de determinar o que está em conformidade, ou não, com o sistema jurídico, senão ele mesmo.<sup>198</sup>

<sup>194</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p.58-59.

<sup>195</sup> “[...] forman estructuras como esquemas de selección que permiten reconocer y repetir, por tanto, que hacen posible condensar las identidades [...] para confirmarlas en cada nueva situación – es decir, generalizarlas. Este reter y olvidar posibilitado por la formación de estructuras no es posible a partir de influencias externas, de ahí que se hable de autoorganización.” LUHMANN, op. cit., 2007, p.67. [livre tradução]

<sup>196</sup> ROCHA. *Da Epistemologia Jurídica.....* op. cit., 2005, p.36.

<sup>197</sup> LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?* In: NEVES; SAMIOS, op. cit., p.41.

<sup>198</sup> Idem, op. cit., 2002.

Porém, o fechamento do sistema não significa, de forma alguma, isolamento. A clausura se faz necessária para possibilitar a sua autonomia e auto-referência, pois, de outra forma, sistema e ambiente se confundiriam. Mas o fechamento opera como condição de abertura, ou seja: através do fechamento o sistema permite a seleção de informações externas e assim traz para dentro do sistema jurídico elementos que até então pairavam apenas em seu ambiente. “A ‘informação’ proveniente do entorno é selecionada através de mecanismos intrínsecos ao sistema legal (esta é a idéia de clausura), mas o funcionamento do sistema como um todo depende de ‘fatos’ (idéia de abertura).”<sup>199</sup>

Afirma-se que o fechamento do sistema é condição para sua abertura, já que por ser auto-referente ele é capaz de delimitar suas fronteiras, e diferenciar o que faz parte do entorno e o que lhe pertence, produzindo sua unidade. “A assertiva paradoxal [...] de que um sistema é aberto por que é fechado significa que apenas quando o sistema é capaz de traçar o limite que o separa, como âmbito autônomo, do seu ambiente, é que é possível observar as ‘irritações’ entre eles (problema da abertura).”<sup>200</sup>

A combinação de fechamento e abertura pode ser tratada sob duas perspectivas: (1) embora um sistema construtor e construído de sentido exerça o “controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos” (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre o sim e o não do respectivo código sistêmico (abertura); (2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada).<sup>201</sup>

Dessa forma, se diz que o fechamento do sistema é um fechamento informacional, ou seja: as informações do ambiente só aparecem como ruídos para o sistema. Este, por sua vez, deve “filtrar” tais informações, submetendo-as ao seu código binário para, assim, transformá-las em comunicação jurídica. “O direito não faz outra coisa, praticamente por todo o tempo, que resolver problemas criados em outros subsistemas. Para isso, constrói filtros seletivos que lhe oferecem abertura cognitiva aos problemas do ambiente.”<sup>202</sup>

<sup>199</sup> “La ‘información’ proveniente del entorno es seleccionada a través de mecanismos intrínsecos al sistema legal (esta es la idea de clausura) pero el funcionamiento del sistema como un todo depende de ‘hechos’ (idea de apertura).” GRÜN, op. cit., p.66. [livre tradução]

<sup>200</sup> NICOLA, op. cit., p. 226-227.

<sup>201</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.63.

<sup>202</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.180.

Abrindo-se a si mesmo, sem filtração própria, o sistema seria arruinado pelo fluxo de estímulos externos e seria, de pronto, inteiramente desmembrado. A filtragem de um sistema autopoietico é completa, no sentido de que toda influência externa é reduzida numa linguagem absolutamente incomensurável com a incidência ocasional que a amotina, em uma operação própria do sistema.<sup>203</sup>

A abertura cognitiva permite a seleção de informações externas ao sistema e está diretamente relacionada com a sua capacidade de aprendizagem. Enquanto o Direito se fecha normativamente, trabalha apenas com elementos disponíveis no seu banco de dados, e não permite a entrada de informações novas no sistema. Através da abertura cognitiva, possibilitada em razão do seu fechamento, essa capacidade de aprendizagem se manifesta, trazendo novidade para o interior do sistema jurídico.

Isso faz com que haja a adaptação do sistema ao ambiente, que é sempre mais complexo, e por isso traz sempre mais opções. “A construção de complexidade [...] no interior do sistema pede seu fechamento operativo como condição para se extrair ‘ordem a partir do ruído’ (Heinz von Foerster), o que, por sua vez, envolve abertura cognitiva. Por isso, fechamento não significa isolamento causal.”<sup>204</sup>

A possibilidade de operar como sistema aberto e fechado ao mesmo tempo está diretamente relacionada com a combinação entre *código* e *programa*, permitindo assim a autopoiese do sistema.

A diferença entre código e critério para corretas operações (ou entre código e programa) torna possível a combinação de *fechamento e abertura no mesmo sistema*. Referente ao seu código, o sistema opera como um sistema fechado; cada valor como “verdadeiro” ou “falso” se refere ao seu respectivo contravalor sozinho e nunca a outros, externos valores. Mas ao mesmo tempo, a programação do sistema torna possível trazer à tona dados externos, i.e., fixar as condições sob as quais um ou outro valor é escolhido.<sup>205</sup>

O código binário, como já visto, opera rigidamente com dois valores opostos, sem qualquer possibilidade de um terceiro valor interferir em tal operação. Desta forma, o código

<sup>203</sup> CLAM, op. cit., 2005, p.110.

<sup>204</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.181.

<sup>205</sup> “The difference of code and criteria for correct operations (or of coding and programming) makes possible the combination of *closure and openness in the same system*. In reference to its code, the system operates as a closed system; every value like ‘true’ or ‘false’ refers to its respective counter-value alone and never to other, external values. But at the same time, the programming of the system makes it possible to bring external data to light, i.e., to fix the conditions under which one or the other value is posited.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.40. [livre tradução].

está diretamente relacionado com a clausura do sistema. Ao definir o código Direito/Não Direito, o sistema jurídico delimitou o âmbito de suas operações. Não se permite discutir, ali, valores como: feio, belo, verdadeiro, falso, lucro, prejuízo, etc. Esses são valores pertencentes a outros sistemas, e por isso não constituem comunicação jurídica. Através da delimitação dos dois pólos do código binário, se delimita o que entra e o que não entra no sistema, ou seja: opera o seu fechamento ante o entorno.

Os programas, por sua vez, possibilitam a abertura para o ambiente, pois delimitam em que circunstâncias o sistema pode operar com dados do ambiente, e qual dos valores deve ser alcançado nessa hipótese. Dessa forma, o programa permite ao sistema optar por um dos dois valores constantes do código, e “[...] terá uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria.”<sup>206</sup>

Conforme Alcover<sup>207</sup>, os códigos não funcionam como critérios para eles mesmos optarem por um ou outro dos seus valores, pois não são regras de preferência, são simétricos. Quem determina as regras de aplicação dos valores são os programas, que, desta forma, permitem assimetrizar o código.

O código, desta forma, representa a invariabilidade e incondicionalidade do sistema jurídico, enquanto que os programas representam a modificabilidade e, assim, o caráter positivo do Direito.<sup>208</sup> No caso dos problemas ecológicos, se eles passarem pelo duplo filtro do código e do programa, eles irão adquirir relevância interna para o sistema jurídico, e possivelmente vão alcançar mais atenção. *Mas somente desta forma!*, alerta Luhmann.<sup>209</sup>

Mas como foi dito, ao mesmo tempo em que o sistema é considerado fechado para realização de suas operações internas, é cognitivamente aberto, recebendo informações do entorno. Desta forma, as condições externas têm ressonância dentro do sistema, embora não sejam capazes de, por si mesmas, alterarem a estrutura ou os elementos do sistema. Os dados

---

<sup>206</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p.200.

<sup>207</sup> ALCOVER, op. cit., p.126-127.

<sup>208</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

<sup>209</sup> Idem, op. cit., 1989, p.116.

recebidos são processados e codificados à luz da diferenciação Direito/Não Direito para que possam se tornar comunicações jurídicas.

Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto. Não se trata de uma contradição lógica, pois nós definimos clausura como reprodução recursiva e não como negação da abertura. A clausura torna-se muito melhor formulada como um paradoxo: O sistema é aberto *porque é* fechado, ou ainda, é fechado *porque é* aberto, e ele – se levamos em consideração a complexidade como variável de desenvolvimento – nunca está mais aberto que fechado, e nunca está mais fechado que aberto.<sup>210</sup>

Esta abertura e fechamento simultâneos permitem, portanto, a autopoiese do sistema, que apesar de suas operações recursivas, abre espaço para a cognição, para a apreensão de fatos externos ao ambiente, e isso se dá mediante a ressonância. Tudo aquilo que o sistema apreende do seu ambiente se considera ressonância.

Para que isso ocorra é preciso, primeiramente, que o sistema global esteja dividido em sistemas sociais parciais, diferenciados funcionalmente. A partir daí, cada sistema parcial provoca efeitos nos outros, mediante conexões entre as operações sistêmicas e ambientais. É através da ressonância que os sistemas conseguem processar as informações do entorno.

Utilizando uma metáfora física pode dizer-se que os acontecimentos do ambiente são percebidos no sistema como ruído ou contrariedade, e somente de acordo com as estruturas do sistema, graças à frequência utilizada por ele mesmo, podem traduzir-se à sua amplitude de onda e adquirir ressonância. Os estados e acontecimentos do ambiente podem ser contemplados pelo sistema de acordo com suas próprias chaves e se convertem em informações.<sup>211</sup>

Ao possibilitar essa abertura cognitiva, o sistema permite a troca de informações com outros sistemas, que estão em seu ambiente. Uma forma de inter-relacionar com outros sistemas é através de *acoplamentos estruturais*, que são as formas encontradas pelo sistema para trazer ao seu interior elementos externos, permitindo, assim, a sua evolução. “O

<sup>210</sup> LUHMANN, op. cit., 2004, p.63-64.

<sup>211</sup> “Utilizando una metáfora física puede decirse que los sucesos del ambiente son percibidos en el sistema como ruido o molestia y sólo de acuerdo con las estructuras del sistema, gracias a la frecuencia utilizada por el mismo, pueden traducirse a su amplitud de onda y adquirir resonancia. Los estados y sucesos del ambiente pueden ser contemplados por el sistema de acuerdo con sus propias claves y se convierten en informaciones.” ALCOVER, op. cit., p.81. [livre tradução]

acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente.”<sup>212</sup>

Para que o sistema evolua é preciso que transpasse três mecanismos evolutivos: variação, seleção e restabilização. Alcover explica que para Luhmann, entende-se por *variação* o fato de determinados estados poderem mudar, por estarem abertos a outras possibilidades determinadas pelo ambiente. “Produzir variedade supõe produzir um excesso de possibilidades, dentre elas que o sistema há de ‘selecionar’ um número mais reduzido e ‘estabilizar’ as mudanças eleitas.”<sup>213</sup>

Além disso, o processo de evolução do Direito implica em limitações às expectativas já existentes, de modo que tais limitações possam ser usadas de duas formas: pela separação e recombinação. “E a partir delas que se pode compreender a forma de variação das estruturas jurídicas, de mudanças no código do direito (o não-direito que passa a ser direito e vice-versa) e nos programas decisoriais do sistema jurídico.”<sup>214</sup>

Embora o sistema seja auto-referente e se diferencie dos demais pela sua função, é indispensável que, para que evolua junto com a sociedade, seja capaz de incorporar as situações e mudanças ocorridas no seu entorno. “A forma através da qual se pode observar essas relações de interferência entre sistemas se chama acoplamento estrutural. Um acoplamento estrutural ocorre entre dois sistemas autônomos quando compartilham um ou vários elementos de sentido.”<sup>215</sup>

O acoplamento pode ser empregado, portanto, como figura de ligação sempre que dois sistemas se interliguem e for possível supor contribuições recíprocas. Portanto, pode-se dizer que o acoplamento estrutural “[...] é utilizado onde dois sistemas autônomos ou então autopoieticos interagem um com o outro. O que existe é *o tipo de interação unilateral ou então recíproca de duas autopoieses sistêmicas*. O acoplamento é a figura que define e descreve esse interligar-se.”<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.97.

<sup>213</sup> “Producir variedad supone producir un exceso de posibilidades, de entre las que el sistema ha de ‘seleccionar’ un número más reducido y ‘estabilizar’ los cambios elegidos.” ALCOVER, op. cit., p.143-144. [livre tradução]

<sup>214</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.89.

<sup>215</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.178.

<sup>216</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.275.

Fala-se de “acoplamento estrutural” para designar que, e como, dependências em relação ao ambiente são compatíveis com auto-reprodução autopoietica. O ambiente, justamente, não contribui para nenhuma operação do sistema (uma vez que neste caso as realizações correspondentes não seriam as do ambiente, mas aquelas do próprio sistema), mas pode prejudicar, irritar ou, como diz Maturana, perturbar as operações do sistema quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal.<sup>217</sup>

A realização de acoplamentos estruturais não interfere, portanto, na clausura operativa do sistema, uma vez que não interfere na sua auto-reprodução. Intervém apenas ao nível de estruturas, e ainda assim, somente mediante o filtro do código Direito/Não Direito, que através do sentido determina o que entra e o que fica fora do sistema.

Desta forma, os sistemas permanecem dependentes da autopoiesis, numa contínua auto-renovação de seus elementos, mas porque informação e expectativas de informação, i.e., estruturas, são obtidas por meios de projeções de diferença, este fechamento é abertura ao mesmo tempo. Para o sistema, pode experimentar a si mesmo como sua diferença em relação ao ambiente por meios de exatamente a mesma técnica de diferença. Isto de forma alguma muda o fechamento interno da interconexão de suas próprias operações. Invés disso, o equipa com a capacidade de reagir a qualquer coisa que seja ambiente *para ele*.<sup>218</sup>

Toda informação que vier do ambiente e for codificada pelo sistema passa a ser comunicação jurídica. Por outro lado, os outros eventos que não passarem por essa filtragem serão percebidos pelo sistema apenas como ruídos. A sensibilidade a tais ruídos, segundo De Giorgi<sup>219</sup>, é regulada pelo Direito, por meio do próprio Direito, ou seja: quando o ruído é capaz de irritar o sistema jurídico, a ponto de fazê-lo produzir novas emergências, está se produzindo outro Direito, que funciona como Direito que produz outro Direito. Por isso, o autor afirma que o sistema jurídico não reconhece novos direitos, apenas transforma em Direito, eventos que têm outros significados no ambiente.

Por isso se afirma que o acoplamento estrutural “[...] é uma forma que inclui e exclui: em seu canal se aumenta a possibilidade de irritação mútua, mas com a única

<sup>217</sup> LUHMANN. *Por que uma....* op. cit., 1997, p.42.

<sup>218</sup> “In this way the systems remain dependent on autopoiesis, on a continual self-renewal of their elements, but because information and information expectations, i.e., structures, are obtained by means of difference projections, this closure is openness at the same time. For the system can experience itself as its difference from the environment by means of the very same difference technique. This in no way changes the internal closure of the interconnection of its own operations. Instead, this equips it with the capacity to react to whatever is environment *for it*.” Idem, op. cit., 1989, p.18-19. [livre tradução]

<sup>219</sup> DE GIORGI, Raffaele. Direito e modernidade. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XVIII, n.35, 1997.

condição de que todas as possíveis influências não compreendidas nesta forma se excluam ou limitem a efeitos destrutivos.”<sup>220</sup>

A informação que tem o poder de informar produz ressonância no sistema, ou seja: faz com que ele processe esses estímulos à luz de seu código e programas operacionais. Segundo Luhmann<sup>221</sup>, a interconexão entre sistema e ambiente é produzida através do fechamento da auto-reprodução do sistema em relação ao entorno, por meio de estruturas internamente circulares. Para o autor, apenas em casos excepcionais isso pode ser colocado em ação, quando, segundo ele, ocorreria a denomina ressonância.

O ambiente consegue, desta forma, “irritar” o sistema, pois permite a assimilação de novos dados. Os acoplamentos estruturais, então, podem ser considerados formas de dois lados “[...] que incluem algo com a condição de que excluam outra coisa; atam e acrescentam determinadas causalidades que atuam sobre o sistema acoplado: o irritam e dessa maneira o estimulam a que se autodetermine.”<sup>222</sup>

A irritação pode ser vista como uma forma de percepção do sistema, uma forma de percepção sem um correlato no entorno, ou seja: o entorno mesmo não é irritado ao irritar o sistema. Desta forma, somente um observador pode formular a afirmação de que *o entorno irrita o sistema*.<sup>223</sup>

Deve-se frisar que, mesmo durante a irritabilidade, os sistemas permanecem autônomos, uma vez que essas irritações são sempre internas, sempre realizadas em nível de sistema (auto-irritação), embora ocorram após influxos provenientes do entorno. “As irritações, informações e operações do sistema jurídico são sempre selecionadas e construídas internamente. A partir delas dá-se a transformação do sistema jurídico. Sem o acoplamento estrutural não haveria chance de aprendizagem dos sistemas parciais.”<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup> “[...] es una forma que incluye y excluye: en su canal se aumenta la posibilidad de irritación mutua, pero con la única condición de que todas las posibles influencias no comprendidas en esta forma se excluyan o limiten a efectos destructivos.” LUHMANN, op. cit., 2007, p.83. [livre tradução]

<sup>221</sup> Idem, op. cit., 1989, p.15.

<sup>222</sup> “[...] que incluyen algo a condición de que excluyan otra cosa; atan y acrecientan determinadas causalidades que actúan sobre el sistema acoplado: lo irritan y de esa manera lo estimulan a que se autodetermine.” Idem, op. cit., 2007, p.74. [livre tradução]

<sup>223</sup> Idem, op. cit., 2002.

<sup>224</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.95-96.

Cabe ressaltar que nem todo estímulo proveniente do entorno será processado como informação ou será capaz de irritar o sistema. Somente as operações sistêmicas são capazes de determinar o que é relevante, ou não, para o sistema. “Em outras palavras: os sistemas auto-referenciais não têm outra forma de contato causal com seu entorno que a do auto-contato operativo e cognitivo.”<sup>225</sup>

Dentre os diversos acoplamentos estruturais que o sistema jurídico realiza, está a inter-relação com a ecologia. Uma das formas de conexão entre esses dois sistemas é o denominado Direito Ambiental. Este novo sistema parcial formado continua inserido no sistema jurídico, sendo, inclusive, protegido constitucionalmente<sup>226</sup>, ante seu status de direito fundamental de terceira geração<sup>227</sup> (direitos coletivos e/ou difusos<sup>228</sup>), mas tem a capacidade de gerar, constantemente, irritações na ecologia, e vice-versa.

Essa distinção, operacionalizada pela dogmática jurídica como Direito Ambiental, consiste na comunicação ecológica específica ao Direito, cuja função consiste em montar programas de decisão para a formação de estruturas que sejam capazes de produzir ressonância às irritações provocadas por alterações havidas no ambiente extra-sistêmico ou extra-comunicacional (Ecossistema) e decorrentes da Sociedade de Risco.<sup>229</sup>

Este acoplamento só é possível mediante a comunicação da ciência (verdadeiro/falso), uma vez que a unidade operacional da ciência é compartilhada no mesmo nível de codificação entre a Ecologia e o Direito. Através do código da ciência a Ecologia determina o que entra em seu código sustentável/não sustentável, e o Direito, para observar a diferença Direito/Não

<sup>225</sup> “En otras palabras: los sistemas autorreferenciales no tienen otra forma de contacto causal con su entorno que la del autocontacto operativo y cognitivo.” BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. *Introdução*. In: LUHMANN, op. cit., 1998, p.12. [livre tradução]

<sup>226</sup> Art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988).

<sup>227</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

<sup>228</sup> Cf. Cazetta: “Há, então, reunidas nessa expressão genérica [tutela coletiva], hipóteses de interesses difusos (cuja característica central consiste na indeterminação de seus titulares e na indivisibilidade do objeto – a sadia qualidade do ar, por exemplo), interesses coletivos (os que atingem uma determinada parcela da sociedade) e interesses individuais homogêneos (que unem, por uma relação de fato ou jurídica base, um grupo de indivíduos determinados).” (CAZETTA, Ubiratan. *Instrumentos judiciais e extrajudiciais de tutela coletiva*. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Teodoro Huguene (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Petrópolis, 2005, p.345).

<sup>229</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XXVI, n.53, dez. 2006, p.12.

Direito nas questões ecológicas, muitas vezes precisa do auxílio de peritos (meios de comunicação da ciência).<sup>230</sup>

O sistema jurídico também realiza acoplamentos estruturais com o sistema político, e a Constituição é um mecanismo de acoplamento entre esses dois sistemas. A Constituição Federal possibilita trocas recíprocas e permanentes entre o sistema jurídico e o político, sem que nenhum deles perca sua autonomia.

A Constituição é condição de fechamento operacional (fundamento do Direito), mas permite a abertura cognitiva para a política. Sendo assim, ela (Constituição) “[...] serve à interpenetração (e mesmo à interferência) de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas.”<sup>231</sup>

Sendo o mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a política, a Constituição tem significado diverso para um sistema e para o outro. A justificação institucional da Constituição não pode ser só política ou só jurídica. Os paradoxos e tautologias do sistema jurídico (por exemplo: é legal aquilo fixado pela lei) podem ser explicados por referências ao sistema político (por exemplo: vontade do povo). Os paradoxos e tautologias do sistema político (por exemplo: o poder legislativo está limitado e vinculado às leis que cria) pode ser explicado por referências ao direito positivo (por exemplo: princípio da legalidade).<sup>232</sup>

Sendo assim, existe uma “dupla interdependência” entre os dois sistemas, eis que existe uma dupla troca de informações entre eles. O sistema político apresenta ao Direito as premissas decisórias (controla a introdução de leis no sistema jurídico), limitando, assim, a liberdade do juiz para decidir.

Ao mesmo tempo, as decisões tomadas pelo sistema jurídico vinculam também o sistema político, e lhe oferecem as premissas para o uso da força física. Sistema jurídico e sistema político são, portanto, separados por sua diferenciação funcional, apesar de usarem, em comum, a legislação e a força coercitiva.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.181.

<sup>231</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.99.

<sup>232</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.98.

<sup>233</sup> Ibidem.

Conforme Neves<sup>234</sup>, o Direito constitucional funciona como limite interno para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do Direito positivo, já que a Constituição determina como o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia operacional. A Constituição determina regras para a limitação do Direito e para a sua própria limitação, mas tais limites auto-postos são protegidos por regimentos do parlamento, os quais não permitem que sejam tratadas propostas violadoras da auto-limitação da emenda constitucional. O autor ressalta, ainda, que não se trata de uma hierarquização absoluta, já que as leis ordinárias e decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais (direito infraconstitucional) determinam o sentido e condicionam a vigência das normas constitucionais.

Desta forma, a Constituição controla o fechamento e a abertura do sistema jurídico, pois filtra as influências externas de modo a permitir ou proibir o aprendizado do Direito, conforme a matéria esteja, ou não, de acordo com a estrutura normativa constitucional.

Mas o sistema jurídico também realiza acoplamentos estruturais com a ecologia e a política, simultaneamente. Cada um desses sistemas é autônomo, auto-referente e autopoietico. Porém, através do acoplamento estrutural conseguem provocar irritações entre si. Deste acoplamento surgiu o conceito de *Estado de Direito Ambiental*, através da *Ecologização da Constituição Brasileira*<sup>235</sup>, em 1988.

O Estado de Direito Ambiental, dessa forma, é um conceito de cunho teórico-abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma situação ambiental favorável à plena satisfação da dignidade humana e harmonia dos ecossistemas. Assim, é preciso que fique claro que as normas jurídicas são apenas uma faceta do complexo de realidades que se relacionam com a idéia de Estado de Direito do Ambiente.<sup>236</sup>

Desta forma, pode-se dizer que o denominado Estado Ambiental nada mais é do que um processo de ecologização das estruturas do sistema político, que reage às ressonâncias e alterações estruturais desenvolvidas pelo risco na sociedade. O próprio sistema político desenvolveu o Estado Ambiental para produzir ruídos e irritações nele mesmo, de forma a observar e assimilar os riscos da sociedade contemporânea. Esta ecologização das estruturas

---

<sup>234</sup> NEVES, Marcelo. *E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido*. In: ARNAUD; LOPES JR, op. cit., 2004, p.157-158.

<sup>235</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>236</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO; LEITE, op. cit., p.153.

da política se acoplam, assim, com a dinâmica de sensibilização do Direito às irritações ecológicas, que se dão através da Ecologização do Direito.<sup>237</sup>

O conceito de Estado de Direito Ambiental surge, portanto, como mecanismo de proteção ambiental frente aos riscos advindos da sociedade contemporânea. Isto só é possível frente ao fechamento operacional e abertura cognitiva do Direito Ambiental frente aos outros sistemas. Ele, por si só, não consegue decidir as questões ecológicas que lhe são impostas, até mesmo porque um problema ecológico ressoa em vários sistemas sociais parciais diferentes.

Os subsistemas são ambientes uns para os outros. Eles podem produzir um processo de perturbações ressonantes quando um subsistema reage a mudanças ambientais e altera o ambiente social de outros subsistemas. Neste sentido, a escassez de recursos pode produzir problemas políticos em adição a problemas econômicos, como o aumento de preços. Pode até mesmo forçar pesquisas científicas para certas direções ao invés de outras. Uma sensibilidade extremamente política a questões ambientais pode sobrecarregar a economia com custos adicionais, significa a perda de empregos e conduz a problemas políticos por si mesmo, e esta mesma capacidade política de ressonância pode disparar uma nova onda no *fluxo de normas* oprimindo o modo especificamente jurídico de lidar com questões legais.<sup>238</sup>

Ao se deparar com tais questões ecológicas, o sistema jurídico, pode (e deve) realizar acoplamentos estruturais com outros sistemas, a fim de receber informações externas que auxiliem no processo de tomada de decisão. Mas cabe ressaltar que esses sistemas apenas *trocamos informações* com o Direito, não subtraindo deste o seu caráter decisional.

Tais sistemas produzem ressonância no sistema jurídico, mas somente ele é capaz irritar-se e transformar tais informações em comunicação jurídica, através do código Direito/Não Direito. Apesar de acoplado estruturalmente, o Direito é o único sistema capaz de produzir tal decisão jurídica.

<sup>237</sup> ROCHA; CARVALHO, op. cit., p.20.

<sup>238</sup> “The subsystems are environments for one another. They can produce a process of resonating disturbances when one subsystem reacts to environmental changes and alters the social environment of the other subsystems. In this way a scarcity of resources can produce political problems in addition to economic problems like price increases. It can even force scientific research into certain directions instead of others. An extreme political sensitivity to environmental questions may burden the economy with additional costs, mean the loss of jobs and lead to political problems of its own, and this same political resonance capacity may trigger a new wave in the *flood of norms* overwhelming the specifically juristic mode of handling legal questions.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.49. [livre tradução]

### **3 CONSEQÜÊNCIAS ECOLÓGICAS DA DECISÃO JUDICIAL**

#### **3.1 O Papel do Judiciário na Busca pelo Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**

Devido à grande complexidade das questões ecológicas, o sistema jurídico se socorre de outros sistemas para conseguir emitir decisões nesta seara. Desta forma, processa as informações recebidas do entorno para que possam ser utilizadas no processo de decisão, pelo Poder Judiciário.

Como já visto, as organizações são responsáveis pela tomada de decisão. Mas dentro das organizações existe uma instância responsável diretamente pelas decisões. Trata-se da direção, encarregada de ponderar entre os riscos previstos e aceitos, e os riscos imprevistos. Cabe recordar que não há decisão livre de riscos. Porém, pode-se utilizar o conceito de risco quanto à maior ou menor probabilidade de danos. Esta decisão cabe à direção.

Ocorre que a direção tende a julgar positivamente o estado total desejado, o que eleva a probabilidade de surpresas indesejadas depois da decisão. Com isso, se estimula a busca orientada das causas, modificando a constelação causal que desde o ponto de vista da atribuição resulta significativa. Provoca, ainda, surpresas secundárias, devidas, especialmente, a uma clarificação ulterior dos conteúdos de decisão e das responsabilidades.<sup>239</sup>

Isso significa que mesmo que se leve em consideração, na hora de decidir, as probabilidades ou improbabilidades de danos, isso, na prática, não muda a propensão ao risco. Ao tomar decisões, as organizações tendem a apresentar os riscos como reduzidos a valores

---

<sup>239</sup> LUHMANN, op. cit., 1992, p.247.

quase imperceptíveis, como se fossem extremamente difíceis de se concretizarem. Mas isso não afasta os riscos e, pelo contrário, traz mais surpresas quando estes, de fato, se solidificam.

Frente aos riscos não é possível deixar fora de consideração o provável, e com o tamanho do risco, varia também o grau de probabilidade que exige atenção. Frente aos riscos se faz provável, com outras palavras, que só o que é provável seja tratado como seguro. Desta forma, decisões somente prováveis, quando implicam risco [...], podem ganhar em valor de orientação e pode ser motivo de chegar a elas mediante decisões, de superá-las ou de evitá-las. Através desta forma de reforço reflexivo podem transformar-se, inclusive, probabilidades escassas em premissas de decisão altamente prováveis.<sup>240</sup>

Além do mais, como já dito anteriormente, não há como criar uma cadeia causal que possa visualizar os riscos originais e reflexos que possam advir de uma decisão. Os programas decisoriais do sistema jurídico apenas tentam prever quais os futuros possíveis e, assim, atribuir conseqüências a eles. Mas especialmente quando se trata de questões ecológicas, há uma séria dificuldade em prever os futuros possíveis, portanto, as decisões também se complicam em razão disso.

Conforme Luhmann<sup>241</sup>, até mesmo a lei reage da sua própria maneira específica (sistêmica) à exposição aos perigos ecológicos, de forma que não há garantia de se avançar numa proporção adequada ou com uma reação causal bem-sucedida ao perigo. O autor explica que a lei programa seus códigos no tempo do futuro do presente, ou seja: imagina uma ação como completada no futuro. Mas alerta que os eventos ocorrem por conta própria, e que a lei simplesmente define como eles devem ser tratados caso ocorram. Mesmo assim, a forma básica da lei continua sendo o programa condicional, não importa quanto se fale em “objetivos” no Direito Ambiental. Mas a lei nunca consegue capturar todos os fatores causais de forma bem-sucedida ou determinar todos os processos legalmente.

Uma vez que a lei não consegue abarcar satisfatoriamente todas as questões ecológicas, por não dispor de mecanismos efetivos para o enfrentamento do risco, se depositam nas organizações as esperanças de decisões coerentes com as necessidades

---

<sup>240</sup> “Frente a los riesgos no es posible dejar fuera de consideración lo probable, y con el tamaño del riesgo, varía también el grado de probabilidad que exige atención. Frente a los riesgos se hace probable, con otras palabras, que sólo lo que es probable sea tratado como seguro. De esta forma, decisiones sólo probables, cuando implican riesgo [...], pueden ganar en valor de orientación y puede ser motivo de llegar a ellas mediante decisiones, de superarlas o evitarlas. A través de esta forma del refuerzo reflexivo pueden transformarse incluso probabilidades escasas en premisas de decisión altamente probables.” LUHMANN, op. cit., 2005, p.49. [livre tradução]

<sup>241</sup> Idem, op. cit., 1989, p.66.

ecológicas do planeta. No caso dos problemas ecológicos, então, as expectativas de tratamento eficaz se dirigem às organizações, uma vez que estas possuem uma tecnologia interna de absorção de incertezas. Porém, não há que se acreditar que as organizações irão, de fato, *resolver* os problemas ecológicos, uma vez que tal problemática está diretamente relacionada com outros sistemas, como da política e da economia.

Com o surgimento de novos direitos, como o assim denominado *Direito Ambiental*, a centralidade do poder estatal é deslocada para outras instâncias decisórias, como empresas transnacionais, organismos não governamentais, instituições públicas e privadas e organismos supra ou transnacionais, possibilitando uma espécie de *ingerência ecológica*<sup>242</sup>.

As organizações (Poder Judiciário, IBAMA, Agências Nacionais) são, portanto, uma forma de acoplamento estrutural privilegiada, são instituições produtoras de observações, descrições e tomadas de decisões que servem a vários sistemas sociais, produzindo sentido específico em cada um deles.<sup>243</sup>

Embora as questões ambientais produzam sentido principalmente no sistema da ecologia, muitas vezes elas passam a ser tratadas pelo sistema jurídico, devido a sua procedimentalização. Neste caso, a decisão a ser tomada passa a ser jurídica, e a instância de decisão passa a ser a organização do Poder Judiciário. Através da diferenciação funcional se chega numa situação onde “[...] a *gênese* dos problemas e sua *solução* se separam. Os problemas já não podem ser resolvidos pelo sistema que os produz. Têm que ser transferidos ao sistema que está mais bem preparado e especializado para resolvê-los.”<sup>244</sup>

O Poder Judiciário se caracteriza, dessa forma, como instância de decisão, enquanto que os que recebem a decisão são observados como afetados. Voltando à distinção risco/perigo, tem-se que o Poder Judiciário assume os riscos da decisão (e, no caso do Direito Ambiental, riscos ecológicos), enquanto que os afetados por ela correm o perigo do resultado, tendo que considerar a decisão como premissa do seu comportamento.

---

<sup>242</sup> BACHELET, Michel. *A ingerência ecológica*. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

<sup>243</sup> ROCHA, op. cit., 2009.

<sup>244</sup> “[...] la *gênese* de los problemas y su *solución* se separan. Los problemas no pueden ser ya resueltos por el sistema que lo produce. Tienen que ser transferidos al sistema que está mejor preparado y especializado para resolverlos.” LUHMANN, op. cit., 1998, p.93. [livre tradução]

Para chegar às decisões, o Poder Judiciário utiliza um procedimento estabelecido pelo sistema jurídico, que objetiva absorver as incertezas. A decisão teria, em tese, a dupla função de absorver e reduzir a insegurança – se isso realmente fosse possível de ser alcançado. Como já dito, aquele que recorre ao Judiciário tem apenas a certeza de que *uma* decisão será dada (embora não saiba qual seja).

Os Tribunais traduzem para o código Direito/Não Direito as questões trazidas a ele. Antes de passar pela codificação a comunicação ainda não é jurídica, e desta forma, não é passível de ser conteúdo de decisão jurídica. Após traduzir a informação para o seu próprio código o Tribunal deve, através do processo, chegar a uma decisão, mesmo que a questão trate de incertezas e indeterminações. Mas como atua o sistema jurídico?

Por meio de um processo de deslocamento dos problemas (traduzindo em termos de legalidade e ilegalidade as questões que lhe são apresentadas) e através de uma dupla seletividade de suas operações: primeiro, viabilizando escolhas iniciais que absorvam incertezas (para ilustrar: definindo a lei ou formalizando um contrato); depois, viabilizando outras escolhas (por exemplo, verificando se a lei é constitucional ou se o contrato é legal). [...] O direito, desse prisma, é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas. Sanções, procedimentos e programas condicionais viabilizam esse caráter seletivo e funcional.<sup>245</sup>

Para auxiliar no processo de tomada de decisão, o sistema jurídico possui normas positivadas. O Direito positivo nada mais é do que o Direito posto e validado em si mesmo. É a própria autonomia e autopoiese do sistema. “A positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o Direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese [...] do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade.”<sup>246</sup>

A validade do Direito positivo repousa, portanto, em suas próprias decisões. “Essa simples constatação torna implausível a idéia do direito natural: as normas não valem por que são verdadeiras, ou por que são justas, ou por que são racionais, mas por que são postas por decisões, cuja capacidade de conexão garante a contínua reprodução do sistema.”<sup>247</sup> Por isso o Direito positivo opera o fechamento do sistema, já que só valida normas jurídicas sobre a base de outras normas jurídicas.

<sup>245</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.21.

<sup>246</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.80.

<sup>247</sup> NICOLA, op. cit., p.239.

O direito apenas *tem validade (gilt)* sobre o fundamento das *decisões* que o colocam em vigor. No interior do sistema jurídico deve acreditar-se nessa validade. A legalidade é a única legitimidade. Um observador externo pode, pelo contrário, compreender esse fundamento de validade como expressão de um paradoxo da constituição do direito: o direito positivo tem *validade*, porque ele *poderia ser modificado através de uma decisão*. [...] A validade repousa sobre a possibilidade de sua própria negação.<sup>248</sup>

Neste sentido se diz que “a comutação para a juridicidade positiva inverte a antiga figura legitimadora: o direito passa a ter validade justamente com base no caráter revisável de sua validade.”<sup>249</sup> É através da positivação do Direito, inclusive, que o sistema realiza sua diferenciação funcional frente a outros sistemas, já que é o único sistema capaz de cumprir a função de estabilizar expectativas através dos programas decisoriais.

O Direito positivo tem a função, portanto, de estabilizar expectativas normativas através da sua generalização congruente. Para isso, o sistema jurídico constrói dimensões de sentido (temporal, social e material), as quais devem ser (as três) perpassadas para que se consiga atingir tal generalização.

Na dimensão temporal o sistema jurídico utiliza a sanção, com o propósito de absorver frustrações. Desta forma, introduz na legislação uma estratégia basicamente cognitiva, ou seja: disposta à aprendizagem, sem, com isso, perder seu caráter normativo. Na dimensão social se busca o consenso através de procedimentos regulados juridicamente, nos quais se decide de forma vinculante acerca do Direito. Na dimensão material, por fim, se utiliza dos programas decisoriais, especialmente os programas de tipo condicional.<sup>250</sup>

[...] o direito positivo moderno estrutura sua capacidade de generalização congruente de expectativas normativas a partir da sanção (na dimensão temporal), dos procedimentos (na dimensão social) e dos programas condicionais de decisão (na dimensão material/objetiva/prática). Ou seja, o direito positivo moderno (posto e validado por decisões) utiliza a sanção como mecanismo de absorver frustrações na dimensão temporal, o consenso fictício para generalizar as expectativas na dimensão social, imunizando-as contra condutas dissidentes, e os programas decisórios condicionais para, na dimensão material/objetiva/prática, obter decisões a partir do esquema “se/então”.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> LUHMANN, op. cit., 2004, p.75.

<sup>249</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.120.

<sup>250</sup> ALCOVER, op. cit., p.226-227.

<sup>251</sup> VILLAS BÓAS FILHO, op. cit., p.189-190.

Embora existam variados programas decisoriais, a sociedade contemporânea é considerada estática, pois só legaliza poucas expectativas de comportamento (se comparado com todos os comportamentos possíveis). Ocorre que a rigidez da estrutura jurídica fica cada vez mais difícil de ser sustentada, justamente em razão do crescente processo de complexidade e variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida<sup>252</sup>, especialmente no que concerne aos denominados *novos direitos*, dentre os quais se insere o Direito Ambiental.

O Direito positivo busca auxiliar no procedimento de tomada de decisões e este, por sua vez, visa absorver incertezas, mas, como já visto, isso se torna muito difícil em uma sociedade contingente e de risco. Para que possa tomar decisões neste cenário de incertezas e indeterminações, o sistema jurídico dispõe de programações jurídicas incumbidas de gerir os riscos concretos e abstratos da sociedade, buscando diminuir a probabilidade ou dimensão dos possíveis danos. Estes programas são os princípios da precaução e da prevenção.

O princípio da prevenção opera frente a riscos concretos (riscos industriais), cujo conhecimento científico vigente é capaz de determinar relações de causa e consequência. Já o princípio da precaução atua frente a riscos abstratos (pós-industriais), caracterizados pelo contexto de incerteza científica e insegurança quanto às possíveis consequências.<sup>253</sup> Ambos os princípios estão relacionados, pois “[...] a complexidade dos ecossistemas sempre introduz algum grau de incerteza, inclusive sobre danos supostamente conhecidos e previsíveis. A prevenção, assim, é elemento de concretização do princípio da precaução.”<sup>254</sup>

Mesmo com o auxílio dos princípios da precaução e da prevenção, que ajudam a gerir os riscos, o sistema jurídico não possui uma comunicação capaz de abarcar as incertezas da sociedade contemporânea. Desta forma, o processo de decisão ambiental é dificultado em razão da falta de comunicação jurídica adequada a essa nova realidade, caracterizada pela grande complexidade e contingência apresentadas.

A complexidade é anterior a todo e qualquer sistema. Ela consiste nas infinitas possibilidades do mundo. Antes de uma primeira seleção não há fronteiras nem limites do

---

<sup>252</sup> LUHMANN, op. cit., 1980, p.121.

<sup>253</sup> CARVALHO, Délton Winter de. op. cit.

<sup>254</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.72.

possível. Tudo no mundo é possível, até que haja um limite. Isso se dá através de seleções que reduzem os mundos possíveis em um único mundo real. Ao realizar tal seleção, se reduz a complexidade do ambiente e possibilita a sua diferenciação em um sistema particular.

A sociedade só é possível depois de reduzida a complexidade do mundo. “É um teorema-chave de Luhmann que a redução da complexidade (ambiental) só é possível se o sistema constrói sua própria complexidade sistêmica interna. Só a complexidade do sistema pode reduzir a complexidade do ambiente.”<sup>255</sup>

O conceito de complexidade significa não apenas o excesso de possibilidades, mas também “[...] a impossibilidade da conexão contemporânea de todos os elementos do sistema entre si. Para a continuação da auto-reprodução, que coloca a situação de uma escolha binária – ou o sistema se conserva, ou desaparece – é preciso condicionar, limitar, as relações entre os elementos.”<sup>256</sup> Desta forma, o sistema é considerado complexo quando inclui tantos elementos, que não se consegue combinar cada elemento com cada um dos outros, mas apenas, seletivamente.<sup>257</sup>

Simplificando, pode-se dizer que, na sociedade, pode acontecer tudo que pode acontecer, ou seja: tudo que pode ser imaginado e observado, pode acontecer. Entretanto, para ser possível a criação de certos sentidos frente a esse excesso de possibilidades, surgiram sistemas, nesse processo de enfrentamento da complexidade.<sup>258</sup>

Mas a complexidade só adquire significado com a diferenciação. “[...] o conceito de complexidade designa uma unidade que adquire significado somente em referência à diferença, realmente em referência para a diferença do sistema e ambiente.”<sup>259</sup> Essa diferenciação, por sua vez, só pode ser realizada mediante o processo de seleção. “A

---

<sup>255</sup> “It is a key theorem of Luhmann that the reduction of (environmental) complexity is only possible if the system builds up its own internal system complexity. Only system complexity can reduce environmental complexity.” HORNUNG, op. cit., p.193. [livre tradução]

<sup>256</sup> NICOLA, op. cit., p.228.

<sup>257</sup> LUHMANN, op. cit., 2005, p.14.

<sup>258</sup> ROCHA. *Observações sobre.....* op. cit., 2007.

<sup>259</sup> “[...] the concept of complexity itself designates a unity that acquires meaning only in reference to difference, indeed in reference to the difference of system and environment.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.11. [livre tradução].

complexidade significa que toda operação é uma seleção, seja intencional ou não, esteja controlada ou não, seja observada ou não.”<sup>260</sup>

Desta forma, o entorno é sempre mais complexo que o sistema, pois compreende todas as possibilidades que foram deixadas em suspenso pelo sistema. O ambiente permanece com o universo de possibilidades e o sistema tem a função de reduzir essa complexidade.

Nenhum sistema pode se manter por meio de uma correlação ponto-a-ponto com seu ambiente, i.e., pode convocar suficiente “variedade requisitada” para igualar seu ambiente. Então cada um tem que reduzir a complexidade do ambiente [...]. Por outro lado, a diferença de sistema e ambiente é um pré-requisito para a redução de complexidade, porque a redução pode ser feita apenas *dentro do sistema*, para ambos o sistema mesmo e seu ambiente.<sup>261</sup>

Mas além da complexidade, os sistemas enfrentam a contingência. Por contingência se entende tudo aquilo que não é necessário, nem impossível. Quando o sistema realiza uma seleção frente à complexidade que lhe é apresentada, isso significa que a alternativa escolhida não era necessária, nem impossível, mas podia ter sido diferente. A sociedade contemporânea é contingente: tudo que se decide só é decidido porque poderia ter acontecido de outra forma.

Como ressalta Luhmann<sup>262</sup>, o conceito de contingência é obtido mediante duas negações (de necessidade e de impossibilidade), mas ambas não podem ser reduzidas a uma negação só. Deste modo, se constitui *um* conceito, mediante *duas* negações, as quais deverão, na ulterior utilização do conceito, ser tratadas como unidade.

Ao invés de ser identificadas causas e efeitos, apresenta-se a contingência, a imprevisão dos eventos sociais, de modo que se enfatiza a natureza contingente da evolução social, ou seja: a idéia de que tudo poderia ter ocorrido de maneira diversa, tudo podia ter sido de outra forma.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> “La complejidad significa que toda operación es una selección, sea intencional o no, esté controlada o no, sea observada o no.” LUHMANN, op. cit., 1998, p.27. [livre tradução]

<sup>261</sup> “No system can maintain itself by means of a point-for-point correlation with its environment, i.e., can summon enough ‘requisite variety’ to match its environment. So each one has to reduce environmental complexity [...]. On the other hand, the difference of system and environment is a prerequisite for the reduction of complexity because reduction can be performed only *within the system*, both for the system itself *and* its environment.” Idem, op. cit., 1989, p.11-12 [livre tradução].

<sup>262</sup> Idem, *Observaciones.....* op. cit., 1997, p.89-90.

<sup>263</sup> KING, op. cit., 2006.

Em uma compreensão mais estrita, o contingente é precisamente um possível que ingressa na sociedade vindo *de um exterior*, que não é o seu espaço familiar. O contingente que penetra nela assume formas distintas, dependendo da estrutura da sociedade. Em si, ele constitui aquilo que é possível alternativamente a todas as comunicações que têm lugar na sociedade. Ele é o possível alternativamente ao anômico, ao prescrito e ao não inimaginável.<sup>264</sup>

Como já dito, só se fala em decisão quando há alternativas entre as quais se pode escolher (complexidade). Neste caso, ao optar por uma dessas alternativas, deixando em suspenso as demais, está se enfrentando a contingência, e isso implica no fato de que toda decisão podia ter sido tomada de forma diferente. “Toda ação implica uma escolha e toda escolha é uma contingência do possível, logo contingência significa igualmente risco quanto aos resultados.”<sup>265</sup>

[...] quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade de escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência). Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com conseqüências sociais imprevisíveis.<sup>266</sup>

Ao se diferenciar funcionalmente, os sistemas delimitam as possibilidades dentro deles. Mas ainda assim, restam inúmeras outras possibilidades em seu interior. Antes da primeira seleção, não se sabe o que esperar do outro.

Não se dá mais coincidência que a de poder esperar unicamente o inesperado. Enquanto não haja aparecido nenhum princípio de ordem não existe pauta de previsibilidade do comportamento próprio nem alheio, nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas; não há comunicação. Apenas a desordem segue da desordem não rompida.<sup>267</sup>

“A *contingência* e a *improbabilidade* da ação social de *ego* multiplica quando nós consideramos o fato de que a mesma condição existe em *alter*, e que *ego*, como observador de *alter*, leva em conta a contingência de *alter* incluindo as expectativas de expectativas.”<sup>268</sup> Em outras palavras, Ego e Alter não sabem o que esperar um do outro, até que um deles tome a

<sup>264</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.24.

<sup>265</sup> LOPES JR., op. cit., p.18.

<sup>266</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2000, p.83.

<sup>267</sup> AMADO, op. cit., p.302.

<sup>268</sup> “The *contingency* and *improbability* of *ego*’s social action multiply when we consider the fact that the same condition exists in *alter*, and that *ego*, as an observer of *alter*, takes into account the contingency of *alter* including the expectations of expectations.” HORNUNG, op. cit., p.206. [livre tradução]

primeira atitude, para delimitar um espaço a partir do nada. Ego cria, a partir de então, a expectativa de como Alter irá reagir frente a essa primeira ação, já imaginando o que Alter espera que Ego espere dele (expectativas de expectativas). A isso se denomina dupla contingência: a inclusão da observação dos outros na sua própria observação.

A forma que o Direito encontrou para agir frente à dupla contingência é criando e estabilizando expectativas. O sistema jurídico delimita o que pode ocorrer em seu interior, assim Ego sabe não apenas o que esperar de Alter, mas também o que Alter pode esperar dele (Ego).

O pressuposto da ordem social é a incerteza, por isso se diz que os sistemas sociais são construídos sobre sua instabilidade (eles estabilizam as expectativas ao selecionar a complexidade do possível). Pelo processo da dupla contingência os comportamentos são reduzidos, pois diminui as possibilidades do agir. Primeiro se tem um agir “livre” no universo da incerteza, depois, para alcançar a estabilização dessas expectativas, passa-se pela seleção e limitação (dos comportamentos possíveis).<sup>269</sup>

Mas o Direito não acompanha de forma sincronizada esta realidade social de complexidade não reduzida e de dupla contingência, especialmente no que concerne às questões de risco ecológico. “Este é o choque paradigmático (conflitos intra-sistêmicos) que vive o Direito: sua estruturação fundada numa dogmática tradicional em face dos novos problemas sociais e suas conseqüências ecológicas.”<sup>270</sup>

O sistema jurídico não está preparado para tomar decisões num cenário de riscos como o de hoje. Seria necessário criar, dentro da comunicação jurídica, uma comunicação do risco, ou uma teoria do risco, que possibilitasse às instâncias de decisão levar em conta, no processo decisório, esses fatores de incerteza e indeterminação que estão presentes na sociedade atual, especialmente no que concerne aos riscos ecológicos.

Em virtude do excesso de possibilidades que existe na Sociedade Contemporânea, pode ser entendido que os sistemas sociais (dentre eles o Direito) operam em contextos de “bounded rationality” (racionalidade limitada). A formação de uma Teoria do Risco no Direito coloca a

---

<sup>269</sup> LOPES JR., op. cit., p.12-13.

<sup>270</sup> ROCHA; CARVALHO, op. cit., p.12.

comunicação jurídica não apenas num fechamento normativista, tomando-se decisões com base em experiências e decisões passadas condensadas nas estruturas sistêmicas (jurisprudência e regras), mas, sobretudo acresce ao Direito a possibilidade lançar seus olhares ao futuro.<sup>271</sup>

Uma comunicação do risco ajudaria, portanto, o processo de tomada de decisão em contextos de incerteza e indeterminação. As questões ambientais, por exemplo, envolvem temas ecológicos, políticos, econômicos, etc. Somente com o uso da legislação disponível não é possível, a um juiz, decidir e fundamentar sua decisão nesta seara.

Assim, se o jurista apenas tem referência na lei, regras ou princípios para decidir validamente, então esse jurista já não tem condições para assimilar toda a complexidade que envolve a sua decisão e muito menos os impactos futuros que sua decisão pode provocar no próprio direito (riscos) e nos demais sistemas da sociedade (perigos).<sup>272</sup>

Luhmann<sup>273</sup> explica que quando o problema ecológico foi primeiramente levantado, não existia sequer uma área para o Direito como território inexplorado, que pudesse ser formada e coberta com uma rede de novas regulações. Deste modo, o Direito Ambiental, acompanhado por novas formas de formulações do problema, entrou nos domínios legais costumeiros, como da competência legal, Direito Tributário, Direito Constitucional, etc. Afirma o autor que, enquanto tal coordenação não seja bem-sucedida, as inovações vão permanecer abstratas. Elas permanecem meramente idéias problemáticas.

Sendo assim, devido à falta de elementos suficientes, dentro do sistema jurídico, para possibilitar uma decisão ambiental, recairá no Judiciário a missão de “[...] suprir a ausência completa ou os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização tanto dos direitos sociais, econômicos e culturais, como dos chamados ‘direitos fundamentais de terceira geração’, [...] relativos à preservação do meio ambiente [...]”.<sup>274</sup>

Desta forma, e como não é facultado ao Poder Judiciário o “não decidir” (*non liquet*), ele se obriga a buscar fundamentos em outros sistemas, que o auxiliem no processo de tomada de decisão, fornecendo informação sobre questões que o Direito desconhece, por não fazerem parte do sistema. Trata-se da hipercomplexidade social.

<sup>271</sup> CARVALHO, Délton Winter de. op. cit., p.15.

<sup>272</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.177.

<sup>273</sup> LUHMANN, op. cit., 1989, p.67.

<sup>274</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p.79.

A hipercomplexidade é a possibilidade de recorrer-se a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas. As organizações têm a função de tomar decisões a partir de cada sistema, por exemplo, o Poder Judiciário é a organização encarregada de decidir sobre o sistema do Direito. Não existe mais a pretensão de se tomar decisões isoladas. As decisões não dependem somente dos indivíduos, mas das organizações.<sup>275</sup>

O problema que às vezes surge é que o sistema acaba se desapegando totalmente das regras constitucionais e legais, subordinando-se a outros códigos, que não jurídicos, como interesses políticos, econômicos, etc., fragilizando, assim, a sua autonomia. Segundo Neves<sup>276</sup>, as decisões acabam subordinando-se a interesses que invadem o campo jurídico, e isso acarreta uma quebra da circularidade e da reprodução autônoma do Direito, uma vez que o sistema não é capaz de uma adequada abertura cognitiva ao contexto social.

Se o sistema jurídico abandona seu código próprio (direito/não-direito) e passa a operar com os códigos da política, da ciência ou da moral, certamente perderá suas referências internas e suas formas de distinção com o ambiente. Por isso, a dogmática e a teoria jurídicas, enquanto instâncias reflexivas do direito, e os Tribunais, enquanto organizações com competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, devem desempenhar suas funções de modo consistentemente adequado às operações internas do direito. O que não é possível – e nisso Luhmann está absolutamente certo – é abandonar o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo pelas referências diretas a outros sistemas (econômico e político, por exemplo) ou às instâncias reflexivas de outros sistemas (teoria econômica e teoria política, por exemplo).<sup>277</sup>

Neste sentido, Teubner questiona em que ponto deve o Direito adaptar-se, em um processo de aprendizagem, à racionalidade própria do outro subsistema, e também em que ponto as influências corruptoras do sistema jurídico devem ser rechaçadas. Para ele, o direito constitucional liberou a lógica própria da política ao “politizar” o Direito: “[...] a interpretação teleológica, a orientação com base em ‘políticas’ de ação, a ponderação de interesses, o *impact assessment* e a orientação às conseqüências são indícios de uma adaptação do direito à racionalidade da política.”<sup>278</sup>

<sup>275</sup> ROCHA. *Da Epistemologia Jurídica*..... op. cit., 2005, p.46.

<sup>276</sup> NEVES, op. cit., 2004, p.154-155.

<sup>277</sup> CAMPILONGO, op. cit., 2002, p.127.

<sup>278</sup> “[...] la interpretación teleológica, la orientación con base en ‘políticas’ de acción, la ponderación de intereses, el *impact assessment* y la orientación a las consecuencias son indicios de una adaptación del derecho a la racionalidad de la política.” TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.105. [livre tradução]

Neste mesmo sentido Neves alerta para a existência de códigos mais fortes e mais fracos, e afirma que o código do Direito (Direito/Não Direito) é mais frágil em relação aos códigos “poder/não poder” (política), “ter/não ter” (economia) e até mesmo “amigo/inimigo” (boas relações). Com isso, há um bloqueio da reprodução do Direito, que é superexplorado por exigências de outros sistemas, o que implica, inclusive, na restrição à realização dos direitos fundamentais [dentre eles, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado]. Isso acarreta, também, no deslocamento dos paradoxos jurídicos para outras esferas da sociedade. “[...] o paradoxo ‘lícito porque ilícito’ é desparadoxizado pelas fórmulas ‘lícito porque poderoso’, ‘lícito porque rica’, ‘lícito porque amigo’ etc”.<sup>279</sup>

Essa dependência excessiva, ou até mesmo a eventual submissão e superexploração sofridas por outros sistemas, não se confunde com a necessidade de o sistema realizar acoplamentos estruturais, a fim de ter produzida ressonância em seu interior. O sistema jurídico, como já dito, e especialmente o Direito Ambiental, tem a necessidade de realizar tais acoplamentos com outros sistemas, a fim de possibilitar decisões coerentes com a complexidade social.

Até mesmo porque, uma vez que os sistemas estejam acoplados estruturalmente, as transformações internas de um sistema dependerão de como este sistema percebe e elabora a complexidade social decorrente das transformações nos demais sistemas.<sup>280</sup> Um exemplo é a utilização das perícias em matéria ambiental. Apesar de utilizar o sistema da ciência, através do código verdadeiro/falso, o sistema jurídico não deixa de decidir pelo código Direito/Não Direito. Aliás, chega-se a afirmar que essa dependência em relação às perícias corrobora a autonomia do sistema jurídico, e que as decisões jurisdicionais nunca foram tão autônomas quanto são com os novos direitos.<sup>281</sup>

As decisões referentes a questões ecológicas exigem, portanto, um tratamento diferenciado em relação às demais decisões jurídicas, até por dependerem mais de outros sistemas e enfrentarem mais acentuadamente questões de risco e indeterminação. Além disso, os afetados por estas decisões consistem não apenas nos atuais habitantes do planeta, como também outras formas de vida, além, é claro, das futuras gerações.

---

<sup>279</sup> NEVES, op. cit., 2004, p.148.

<sup>280</sup> ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. In: *Seqüência*: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

<sup>281</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.174.

O movimento ecológico repercutiu agora, uma nova fase, o preconceito de acordo com qual só pode ser atores os indivíduos humanos. Mas como se deve identificar ou mesmo qualificar juridicamente o “actants” na Nova Ecologia Política? Os grupos de ecologistas parecem ser, até agora, os casos mais claros de “novos” atores. Mas o que dizer das gerações futuras, de certas espécies animais, de plantas, das paisagens?<sup>282</sup>

Cabe frisar que os afetados por decisões judiciais ambientais não são apenas os denominados “atores jurídicos”, ou seja, aqueles que efetivamente “atuam” durante o procedimento judicial. Afetados são todos aqueles submetidos aos perigos da decisão emanada do Poder Judiciário, e em matéria ambiental é muito difícil determiná-los, já que as “[...] questões ambientais não se prolongam apenas pelos períodos em que os representantes ocupem seus cargos políticos, mas propagam-se anos e gerações à frente.”<sup>283</sup>

A questão que surge é que, ao trazer para o sistema jurídico um problema ambiental, ele deixa de ser um problema ecológico e passa a ser um problema jurídico, tratado pelos códigos e programas do Direito como tal, uma vez que só pode avaliar os critérios referentes ao código Direito/Não Direito, e não ao código sustentável/não sustentável.

Para responder às perturbações do ambiente haveria, então, apenas duas formas de resposta: “[...] uma é não reconhecer esse assunto como relevante para o Direito; o outro é transformá-lo em um assunto que pode finalmente ser resolvido através do código jurídico do Direito/Não Direito.”<sup>284</sup> É através dessa segunda forma que o sistema jurídico lida com os problemas advindos de outros sistemas, codificando-os de modo a que possam ser tratados em seu interior.

Rocha<sup>285</sup> explica que, para que sejam possíveis, as decisões jurídicas estão obrigadas a manterem-se dentro de esquemas altamente seletivos. No caso do Direito Ambiental, por exemplo, o Estado precisa que problemas ecológicos sejam juridicizados, para possibilitar decisões jurídicas. Porém, assim que o problema ecológico é juridicizado, a decisão jurídica já têm diante de si não mais um problema ecológico, mas um problema jurídico (atribuições, competência, imputação de responsabilidade e etc.). Por isso, afirma que a questão ecológica

---

<sup>282</sup> TEUBNER, op. cit., 2004, p.134-135.

<sup>283</sup> ROCHA; CARVALHO, op. cit., p.20-21.

<sup>284</sup> KING, op. cit., 2006.

<sup>285</sup> ROCHA, op. cit., 2009.

fica apenas com um pano de fundo em relação à decisão judicial, pois não vem à tona para efeito de consideração dos riscos e perigos das conseqüências da decisão.

Isso acontece porque o código Direito/Não Direito não é capaz de, por si só, avaliar e até mesmo considerar os riscos futuros, já que trabalha com dados do passado. Por essa razão é que se afirma a necessidade da criação de uma comunicação do risco, que possibilitaria ao sistema jurídico levar em consideração essas indeterminações no momento de decidir questões ecológicas. Essa nova teoria (do risco) teria que permitir, igualmente, que as programações até então utilizadas pelo Direito nos processos decisórios pudessem ser modificadas, a fim de abarcar essa nova realidade.

Ao contrário dos códigos, que não podem ser alterados (caso contrário, se altera o próprio sistema), os programas podem ser modificados, alterando as estruturas do sistema. Isso permite o aprendizado, a evolução, a captação de informações advindas de outros sistemas. “Logo, os programas representam os ‘pontos de vista de correção’ na atribuição de valores codificados. *Códigos e programas são complementares, pois a fixação do código torna possível a variação de programas.*”<sup>286</sup>

A comunicação jurídica disponível até possibilita a tomada de decisões ecológicas, mas não é efetiva para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como dispõe a Constituição Federal. “O Direito Ambiental representa exatamente este *paradoxo: a comunicação jurídica ao mesmo tempo em que possibilita a tomada de decisões em relação aos problemas acerca da ecologia, limita de forma considerável [...] uma proteção ambiental mais ambiciosa.*”<sup>287</sup> O que acontece é que as normas e as leis vigentes foram criadas por pessoas que detinham o poder e que, por isso, criaram tais regulamentos de acordo com seus próprios critérios.

Considero que as normas e leis vigentes foram escolhidas por uma gente que tinha o poder suficiente para optar conforme a sua peculiar maneira de entender a moral, a justiça e seus próprios interesses. Considero, ademais, que as normas e as leis seguem em vigência porque os grupos que tenham sido tratados injustamente não tenham tido a visão política, a energia e a força bruta para mudá-las.<sup>288</sup>

<sup>286</sup> CLAM, op. cit., 2005, p.132.

<sup>287</sup> ROCHA; CARVALHO, op. cit., p.24.

<sup>288</sup> “Considero que las normas y leyes vigentes las escogió una gente que tenía el poder suficiente para optar conforme a su peculiar manera de entender la moral, la justicia y sus propios intereses. Considero, además, que

Mas isso não significa que haja consenso na sociedade sobre a pertinência e efetividade do conteúdo das leis vigentes no sistema jurídico. Pelo contrário: o que ocorre é um dissenso sobre o conteúdo de tais normas, e esse dissenso leva a mudanças nas regras procedimentais de que dispõe o sistema jurídico (visando à reconstrução judicial do sentido normativo ou à reforma legislativa e constitucional de textos)<sup>289</sup>, ou seja: permite uma modificação na comunicação jurídica disponível.

Embora haja a necessidade de alteração de algumas normas jurídicas, deve-se ter em mente que tais modificações não são assim tão simples de serem implementadas, uma vez que os processos de aprendizado jurídico dogmático são muito lentos e difíceis. “Processos jurídicos dogmáticos de aprendizagem são lentos e precisam décadas, se não séculos, para transformar experiências de caso em conceitos e máximas e para reformular o Direito nesses termos.”<sup>290</sup>

Além disso, para que o sistema jurídico evolua, alcançando uma comunicação do risco e, assim, englobando no âmbito jurídico também as questões de incerteza, é preciso que ele leve em conta a evolução dos demais sistemas. De fato, as mudanças produzidas nos outros sistemas aumentam a complexidade do entorno, obrigando, assim, o sistema jurídico a produzir certas alterações também.

Mas não se almeja uma comunicação do risco, voltada ao processo de tomada de decisão, apenas para modificar questões pontuais do caso em litígio. A decisão não se refere apenas à questão jurídica, mas ao próprio Direito. Por isso a questão de uma alteração nas normas, na comunicação jurídica, engloba outras várias questões.

O peso desta mudança na concepção do direito seria suportado pelo nível decisório da legislação: a decisão já não se refere somente à questão jurídica em litígio, ao âmbito decisório da jurisdição, mas sim, ao próprio direito. A contingência da validade do direito, a existência de outras possibilidades não selecionadas, não apenas não se oculta, mas inclusive se converte no aspecto essencial do direito; este rege não porque sempre teve regido, não porque seu conteúdo se adéqua ao estabelecido pelo Direito Natural, não pelo ato de

---

las normas y las leyes siguen en vigencia porque los grupos que han sido tratados injustamente no han tenido la visión política, la energía y la fuerza bruta para cambiarlas.” KENNEDY, op. cit., p.104-105. [livre tradução]

<sup>289</sup> NEVES, op. cit., 2006, p.212-213.

<sup>290</sup> “Dogmatic legal learning process are slow and need decades, if not centuries, to boil down case experiences into concepts and maxims and to reformulate the law in terms of these.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.74. [livre tradução].

vontade do legislador, “*não por uma qualidade imanente à norma, senão porque pode ser mudado, por sua contingência*” [...].<sup>291</sup>

Mas como o processo de modificação da validade jurídica é algo “complicado” e que requer muita responsabilidade, o sistema jurídico prefere deixar essa função ao sistema político que, como terceiro valor (excluído) do código do Direito, assume a responsabilidade por tal processo. “A política é o sistema social, que, por estar estreitamente acoplado ao direito por meio de seus órgãos legislativos, assume a responsabilidade pela modificação da validade jurídica.”<sup>292</sup> Assim, qualquer assunto pode ser discutido pela política e depois introduzido no Direito com o status de norma jurídica.

O típico jurista é satisfeito pela idéia de que tais questões “tem que ser decididas politicamente”. [...] O terceiro valor que é excluído do código do legal e ilegal [...] aparece no sistema jurídico como política. Desse modo, a legitimação legal da tomada de decisão política conduz à reintrodução do terceiro valor excluído para dentro do sistema. Neste sentido, o sistema jurídico faz uso de uma constituição e legitimação democrática para se iludir de que a política pode lidar com os problemas melhor do que o Direito, e que todas as arbitrariedades podem ser transferidas para dentro do sistema para um tratamento apropriado e reintroduzidas como norma legal.<sup>293</sup>

Através das decisões sabe-se que algo vai acontecer, mas não se sabe como isso vai acontecer, nem quais serão suas conseqüências. Mas assim que as conseqüências aparecem, gera um problema, e então surge a ocasião para uma nova regulação no Direito.<sup>294</sup> “Isso evidencia que o direito tem a cada momento e em cada decisão uma possibilidade de mutação, incorporando ao mesmo tempo todas aquelas alternativas não escolhidas como futuros temas jurídicos.”<sup>295</sup> Desta forma, aumenta-se a complexidade do sistema, pois aumentam os temas que passam a ser juridificáveis.

---

<sup>291</sup> “El peso de este cambio en la concepción del derecho lo soportaría el nivel decisorio de la legislación: la decisión no se refiere ya solamente a la cuestión jurídica en litigio, al ámbito decisorio de la jurisdicción, sino al propio derecho. La contingencia de la validez del derecho, la existencia de otras posibilidades no seleccionadas, no sólo no se oculta sino que se convierte en el aspecto esencial del derecho; éste rige no porque siempre ha regido, no porque su contenido se adecua a lo establecido por el Derecho Natural, no por el acto de voluntad del legislador, *‘no por una cualidad imanente a la norma, sino porque puede ser cambiado, por su contingencia’* [...]” ALCOVER, op. cit., p.242. [livre tradução]

<sup>292</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.120-121.

<sup>293</sup> “The typical jurist is satisfied by the idea that such questions ‘have to be decided politically’. [...] The third value that is excluded from the code of legal and illegal [...] appears in the legal system as politics. Thus the legal legitimization of political decision-making leads to the reintroduction of the excluded third value into the system. In this way the legal system makes use of a constitution and democratic legitimization to deceive itself that politics can handle problems better than law and that all arbitrariness can be transferred into this system for appropriate treatment and reintroduced as a legal norm.” LUHMANN, op. cit., 1989, p.73. [livre tradução].

<sup>294</sup> Ibidem, p.66.

<sup>295</sup> DUARTE, op. cit., p.47.

Por meio do conceito de *inovação*, Luhmann<sup>296</sup> explica o processo de decisão contra-indutivo, ou seja: um processo de decisão que decide diferente do que se esperaria, de modo a modificar as expectativas. O autor explica que a inovação é uma mudança na estrutura, mas não necessariamente no programa do sistema, e que ela está relacionada com modificações desencadeadas por acontecimentos, que são vistos como sujeitos de decisão e são supostos como decisões. Mas o autor ressalta a escassa capacidade de inovação no âmbito das organizações.

Como se pode perceber, o processo de modificação das normas jurídicas, dos programas decisoriais, não é tarefa fácil para o sistema. Modificar a comunicação jurídica, para que ela passe a incorporar as questões da indeterminação e incerteza não é algo facilmente apreendido pelo Direito, mas deve-se ter em mente que essa mudança é necessária!

Em outras palavras, uma decisão jurídica dogmática não tem condições de refletir sobre os seus pressupostos decisórios, nem sobre os efeitos colaterais por ela produzidos, porque ela está condenada a manter-se dentro de um círculo de auto-referência onde qualquer saída já estará previamente definida como erro – se não fosse assim, a decisão já não seria mais jurídica para ser impossível, corrupta ou outra coisa. Pode-se então sintetizar didaticamente esse problema em três dimensões: a) a decisão jurídica não tem acesso à ‘realidade’ policontextual envolvida na decisão; b) os riscos e perigos de efeitos colaterais não podem ser previstos por planejamentos simples; e c) a resposta caótica do ambiente sociológico às interferências produzidas por decisões jurídicas deste tipo será, inevitavelmente, falsificada por esquemas de observação (análises, analogias e prognósticos) que poderão, apesar de contingencialmente desastrosas, ser observadas como progresso.<sup>297</sup>

Faz-se necessária uma teoria do risco, ou uma teoria do direito reflexivo, que abarque não apenas as situações de risco, mas também que leve em consideração a policontextualidade, como uma proposta “[...] para a observação de vários sistemas [...] que atuam segundo racionalidades específicas, e, sobretudo, levam a produção de ressonância nos demais sistemas (economia, por exemplo) através da utilização de instrumentos jurídicos, num processo social co-evolutivo.”<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> LUHMANN, op. cit., 2005.

<sup>297</sup> ROCHA; CARVALHO, op. cit., p.14.

<sup>298</sup> Ibidem, p.23.

Seja como for, o importante é que se crie, dentro do sistema jurídico, uma comunicação jurídica diferenciada, evoluída, que permita novas abordagens e uma postura diferenciada frente aos riscos ecológicos e a complexidade dos problemas contemporâneos.

### **3.2 Coisa Julgada: Entre a Memória e a Redundância Jurídica**

Dentre os aspectos a serem abordados por uma nova comunicação jurídica, se destaca a regra processual que proíbe a modificação dos efeitos das decisões judiciais. A coisa julgada, como já visto, caracteriza-se como efeito da decisão judicial e esta, por sua vez, é resultado do procedimento. A decisão judicial ambiental, como toda e qualquer decisão, gera riscos, e tais riscos geram conseqüências no sistema, como o aumento ou diminuição da complexidade e da contingência.

Antes da decisão nos encontramos ante um âmbito limitado de possibilidades, que se apresentam como alternativas decisoriais; depois da decisão a contingência se fixa em uma forma que faz com que a mesma decisão se torne contingente, já que houvera sido possível decidir de maneira distinta de como se tem feito. Esta transformação de contingência futura em contingência passada permite à organização produzir um tempo interno próprio, desvinculado do tempo externo, de tal maneira que cada decisão é o pressuposto de outras decisões e ao mesmo tempo há requerido decisões precedentes.<sup>299</sup>

Dentro do Direito, a coisa julgada é uma das formas jurídico-procedimentais encontrada para reduzir a complexidade. Luhmann<sup>300</sup> diz que as pessoas não recorrem ao Judiciário para ter decisões a seu favor, mas sim, para ter decisões. A decisão jurisdicional, juntamente com o instituto da coisa julgada, assegura à sociedade que a lide foi resolvida conforme a lei, e assim reduz a complexidade, porque garante que a partir dela não se retornará a discussão sobre a mesma questão.

---

<sup>299</sup> “Antes de la decisión nos encontramos ante un ámbito limitado de posibilidades, que se presentan como alternativas decisoriales; después de la decisión la contingencia se fija en una forma que hace que la misma decisión se vuelva contingente, ya que hubiera sido posible decidir de manera distinta de cómo se ha hecho. Esta transformación de contingencia futura en contingencia pasada permite a la organización producir un tiempo interno propio, desvinculado del tiempo externo, de tal manera que cada decisión es el presupuesto de otras decisiones y al mismo tiempo ha requerido decisiones precedentes.” CORSI et al, op. cit., p.122-123. [livre tradução]

<sup>300</sup> LUHMANN, op. cit., 1980.

Após tornarem-se imutáveis os efeitos da decisão (trânsito em julgado), e passado o prazo para ação rescisória, pode-se ter certeza que aquela decisão não mais será modificada. “Preclusas, portanto, todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, *a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.*”<sup>301</sup> Assim sendo, só há uma possibilidade de futuro, que é aquela determinada pela decisão.

Mas deve-se ponderar que muitas decisões são tomadas sem levar em consideração as conseqüências que podem trazer para outros sistemas – como o da ecologia, no caso das decisões ambientais – e podem acabar ocasionando danos (ambientais). Nestes casos a decisão tomada, que porventura venha a prejudicar o meio ambiente, mas que já esteja protegida pela imutabilidade dos efeitos da decisão (coisa julgada material), acaba por aumentar os riscos ecológicos, já que aumenta a possibilidade de danos ambientais futuros.

A coisa julgada é, assim, uma forma de fechamento operacional do sistema, pois busca decisões passadas que possam servir de base para decisões futuras. Ao decidir conforme as decisões precedentes, o sistema reforça a auto-referência através da redundância.

Difere-se redundância de informação, sendo que esta se considera como valor de surpresa das notícias, dado um reduzido número de outras possibilidades, enquanto que aquela resulta (circularmente) de que a informação precedente se deve tomar em conta na operação dos sistemas autopoieticos. Além disso, a redundância nega a necessidade de mais informação no sistema e possibilita a indiferença em relação ao mundo. Desta forma, quanto mais informações um sistema tem que processar, mais precisa de suficiente redundância, especialmente para evitar erros ao considerar as informações importantes. É sua função, portanto, selecionar as informações que têm capacidade de novidade no sistema.<sup>302</sup>

O conceito de redundância também se contrapõe ao de variedade dentro da Teoria dos Sistemas Autopoieticos. Redundância significa, como já dito, a comunicação de uma informação já conhecida, sem valor de surpresa. Em contrapartida, se entende por variedade a “[...] multiplicidade e a heterogeneidade dos elementos de um sistema, e portanto a improbabilidade de prever cada um deles a partir do conhecimento dos outros. Com o

---

<sup>301</sup> CHIOVENDA, op. cit., p.374.

<sup>302</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

aumento da variedade um sistema aumenta sua abertura com respeito ao ambiente.”<sup>303</sup>  
Ambos, redundância e variedade, são condição de auto-poiese do sistema jurídico.

De acordo com Luhmann<sup>304</sup>, só a redundância é capaz de determinar o que há para decidir, e isso se dá com base na argumentação. É que o ordenamento dos argumentos evita o trabalho de informar-se, e assim, conduz à decisão. A redundância pode ser considerada, portanto, como o contrário da variedade. Redundância é a informação que já se possui para processar informações subseqüentes, enquanto que a variedade é a informação que faz falta para processar as informações subseqüentes.<sup>305</sup> Espera-se que o sistema balanceie redundância e variedade sem comprometer sua habilidade de abertura cognitiva a inovações, nem sua unidade estrutural. Ao fazer este balanço, os sistemas levam em consideração conseqüências intra-sistêmicas (referentes a decisões jurídicas futuras) e conseqüências externas (efeitos que uma decisão tem no entorno jurídico).<sup>306</sup>

Ao estabelecer o instituto da coisa julgada, o sistema jurídico está dando prioridade à redundância e deixando em segundo plano a variedade, ou seja: procura decidir novas questões com base em informações já processadas pelo sistema anteriormente, reforçando a sua auto-referência e respondendo de acordo com sua memória.

Há quem diga que a decisão judicial não é resultado imediato e único das prescrições legais, mas sim, a postura do agente jurídico, sua visão de mundo<sup>307</sup>. Por outro lado, há quem diga que “a tarefa do juiz consiste em confrontar situações repetidas, tendo que decidir de maneira repetidamente igual quando se apresentam premissas idênticas. O juiz compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”<sup>308</sup>.

Na verdade, a repetição é explicada por Luhmann<sup>309</sup> como um processo muito mais difícil e diferenciado que o mero ato de copiar. Nas repetições, os casos se constroem como

---

<sup>303</sup> “[...] multiplicidad y la heterogeneidad de los elementos de un sistema, y por tanto la improbabilidad de prever cada uno de ellos a partir del conocimiento de los otros. Con el aumento de la variedad un sistema aumenta su apertura con respecto al ambiente.” CORSI et al, op. cit., p.137 [livre tradução].

<sup>304</sup> LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

<sup>305</sup> Idem, op. cit., 2002.

<sup>306</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Dealing (with) Paradoxes: On Law, Justice and Cheating*. In: KING; THORNHILL, op.cit.

<sup>307</sup> STAMFORD, op. cit., p.85.

<sup>308</sup> DUARTE, op. cit., p.53.

<sup>309</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

casos comparáveis, devido à exigência da justiça de tratar igual os iguais, e desigual os desiguais. Mas cada situação concreta é diferente, tem suas peculiaridades. Por isso, as repetições estão sob a dupla exigência, de identificar regras, e confirmar essa identificação (apesar da não-identidade da situação de cada caso). A repetição exige, portanto, a condensação (reduzir em identidades definíveis) e a confirmação (generalizá-las).

A pressão de decidir, sofrida pelas organizações, conduz à acumulação de decisões ou de elementos de decisões para o uso repetido. Reúnem-se componentes pré-fabricados sobre os quais se decidiu em outro tipo de decisões, de modo que a diferença real destas situações seja ultrapassada. Ao invés de se perguntar pelas alternativas para a decisão concreta, pergunta-se o que já se tem relacionado ao tema.<sup>310</sup>

Na prática dos Tribunais aplicam-se essas regras de repetição para julgar casos semelhantes. Recorre-se recursivamente ao passado, a fim de buscar elementos que ajudem no processo de decisões futuras. Ainda que cada novo caso seja único, devido as suas particularidades, sempre há pontos de contato que podem ser estabelecidos; algumas características constantes em mais de uma situação e que podem ajudar as instâncias de decisão durante o processo decisório. Porém, embora se recorra ao passado para auxiliar no processo decisório, cabe frisar que a decisão não é determinada por ele:

[...] *a decisão não está determinada pelo passado* (leis emitidas, delitos cometidos); a decisão opera dentro de sua própria construção que só é possível no presente. Por outro lado, *a decisão tem conseqüências para os presentes futuros*. A decisão abre ou fecha possibilidades que sem a decisão não existiriam. A decisão pressupõe o passado como invariável e o futuro como variável e precisamente por isso *lhe dá a pirueta à relação de determinação*: não se deixa determinar pelo passado, mas intenta determinar o futuro, ainda que este efeito de determinação não se efetue porque no futuro se espera que haja mais decisões.<sup>311</sup>

Isso acontece porque a decisão deve ter a pretensão de permanecer como unidade, se oferecendo como tal para uma posterior aplicação, ou seja: objetivando ser premissa para

<sup>310</sup> LUHMANN, op. cit., 2005, p.83.

<sup>311</sup> “[...] *la decisión no está determinada por el pasado* (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, *la decisión tiene consecuencias para los presentes futuros*. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso *le da la voltereta a la relación de determinación*: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones.” Idem, op. cit., 2002, p.371. [livre tradução]

outras decisões. Ao eleger uma alternativa dentre as possíveis, está se produzindo ou impedindo relações com outras decisões.<sup>312</sup>

Nesse sentido afirma-se que “é o juiz quem, de forma repetida, irá se confrontar com situações repetidas e que terá de decidir também repetidamente. Logo, toda decisão de um juiz o vinculará com o futuro.”<sup>313</sup> Mas cabe lembrar que a decisão precisa ser fundamentada para que tenha legitimidade.

As decisões do sistema jurídico devem ser fundamentadas. No mínimo devem ser associadas [a seguinte máxima]: "porque isto é de direito" ("*weil es so rechtens ist*"), e na prática, tais fundamentações têm sido mais extensas por intermédio de argumentos que são preparados antes e após a decisão. No interior do próprio sistema jurídico estas fundamentações são tratadas como uma ordem normativa, e por sua vez o camelo seria garantido por ter sido fundamentado. Para um observador externo, a fundamentação é necessária, porque de outra forma as tendências da decisão do sistema não poderiam ser de forma alguma observadas. [...] representa talvez a melhor fundamentação da necessidade de fundamentações: [o fato de que] sem a justificação não poderíamos com freqüência determinar, o que tecnicamente deve ser decidido, o teor do julgamento em si.<sup>314</sup>

As decisões se fundamentam em casos já decididos, e portanto são recursivas, uma vez que o sistema busca elementos dentro de sua própria estrutura. Isso se dá devido ao fato de ser mais “confortável” ao sistema jurídico buscar fundamentos em decisões já emitidas. O sistema, através da memória, verifica a consistência das comunicações jurídicas que lhe são apresentadas e organiza o acesso à informação.

Luhmann<sup>315</sup> explica que a memória não se confunde com o regresso ao passado, nem com um armazém de dados ou informações aos quais se podem recorrer quando surge uma demanda. A memória tem a função de liberar a capacidade de processar informação, com o fim de que o sistema se abra a novas irritações, e tenta evitar que o sistema se bloqueie a si mesmo por causa de uma coagulação dos resultados de observações anteriores.

A memória possui, portanto, a dupla função de *esquecer e recordar*: “[...] não deve recordar cada vez que se tenta abrir a porta, que isso se faz dando volta no punho e que se não

---

<sup>312</sup> LUHMANN, op. cit., 2005, p.17.

<sup>313</sup> SCHWARTZ, op. cit., p.85.

<sup>314</sup> LUHMANN, op. cit., 2004, p.74-75.

<sup>315</sup> Idem, op. cit., 2007, p.457.

se concretiza é porque está fechada. Portanto, se pode afirmar que a memória põe a disposição do modo recursivo [...] ‘valores especificamente próprios’.<sup>316</sup>

Sem o esquecimento não haveria aprendizagem nem evolução. Esta dupla função se realiza na permanente reimpregnação [...]: por um lado, com a repetição da comunicação, o emprego das palavras e o uso das referências, surge a impressão compacta do “estar familiarizado com”; por outro lado – precisamente mediante isso – se deixa no esquecimento como foi antes, quando determinadas impressões, exigências e irritações se apresentaram como novas, surpreendentes, não familiares. A repetição produz ela mesma o recordar e o esquecer.<sup>317</sup>

Desta forma, se faz necessário que o Direito recorra à memória para possibilitar a tomada de decisões ambientais. Para evitar a sobrecarga do sistema, se esquece as condições primárias de situações passadas, suas impressões iniciais, a primeira carga de informações. Se for levar em conta tudo isso, o sistema não agüenta a complexidade e entra em curto-circuito. Ao invés disso, esquece a situação inicial de “nada saber” e processa as informações a partir do momento em que já se tenha familiarizado com certas circunstâncias. Assim fica mais fácil recordar como foi decidida uma questão semelhante no passado.

Para que isso seja possível é necessário que o sistema, como auto-observador, se utilize de distinções, a fim de auxiliar na designação de uma possibilidade com o conseqüente abandono da opção oposta. Para que se utilize da memória no presente, necessariamente se utiliza da forma passado/futuro, pois somente se pode regressar ao passado se for em comparação com o futuro (já que o presente é a mera distinção entre esses dois horizontes temporais).

[...] tudo o que acontece, sucede de maneira simultânea. Tanto o passado como o futuro são contemporâneos e relevantes, apenas, na simultaneidade. Passado e futuro são horizontes de tempo de cada uma das operações e podem, somente como tais, ser distinguidos no presente. Seu enlace recursivo se produz unicamente em cada uma das operações atuais.<sup>318</sup>

<sup>316</sup> “[...] no debe recordar cada vez que se intenta abrir la puerta que eso se hace dando vuelta a la manija y que si no se logra es que está cerrada. Por lo tanto se puede afirmar que la memoria pone a disposición del modo recursivo [...] ‘valores específicamente propios’.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.175. [livre tradução]

<sup>317</sup> “Sin olvido no habría aprendizaje ni evolución. Esta doble función se realiza en la permanente reimpregnación [...]: por un lado, con la repetición de la comunicación, el empleo de las palabras y el uso de las referencias surge la impresión compacta del ‘estar familiarizado con’; por otro lado – precisamente mediante esto – se deja en el olvido cómo fue antes, cuando determinadas impresiones, exigencias e irritaciones se presentaron como nuevas, sorprendentes, no familiares. La repetición produce ella misma el recordar y el olvidar.” Idem, op. cit., 2007, p.458. [livre tradução]

<sup>318</sup> “[...] todo lo que acontece, sucede de manera simultânea. Tanto el pasado como el futuro son contemporâneos y relevantes, sólo, en la simultaneidad. Pasado y futuro son horizontes de tiempo de cada una de

Pressupõe-se que o uso repetido das mesmas referências significa que aquilo possa ocorrer da mesma forma no futuro.<sup>319</sup> Cada vez que o sistema se depara com uma nova decisão, uma imensidade de possibilidades aparece, sobrecarregando e complexificando a sua memória. “A memória de um sistema está sempre presente, em cada decisão, já que é a partir dela que se pode aprender, e isso significa que se torna criativa.”<sup>320</sup>

Ao tomar uma decisão, a organização tem uma carga muito grande de complexidade, o que ocasiona uma “estafa” no sistema. Para evitar esse *stress*, a memória realiza sua dupla função de esquecer e recordar, a fim de auxiliar no processo de tomada de decisão, evitando a sobrecarga do sistema. Assim, o enfrentamento daquela complexidade não precisa ser novamente retomado, uma vez que já foi realizado em tempos anteriores. “Os tribunais reconstroem o passado no formato do caso que se faz presente. Só se levará em consideração o que é necessário para a decisão do caso – e nada mais.”<sup>321</sup> Por isso se diz que a memória está relacionada com a própria evolução do sistema.

A memória é, ela mesma, produto da evolução, ainda que não seja capaz de recordá-lo. [...] Sem dúvida, [as distinções com as que a memória trabalha] não produzem uma imagem da evolução, não a representam; por isso tampouco podem controlá-la. O futuro permanece indeterminado e imprevisível. Ainda que a memória pode pelo menos propor o futuro como âmbito de possíveis oscilações, e com isso fazer com que as operações do sistema dependam das distinções que em cada caso se utilizam para designar um dos lados (mas o outro não); e desta maneira indicar o limite que respectivamente pode cruzar-se. A evolução é e segue sendo imprevisível. A memória não pode mudar nada disso. Só pode ajustar-se a ela com diversas formas – de acordo com os coeficientes de irritação e aceleração que resultam do processo evolutivo.<sup>322</sup>

---

las operaciones y pueden sólo como tales ser distinguidos en el presente. Su enlace recursivo se produce únicamente en cada una de las operaciones actuales.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.102. [livre tradução]

<sup>319</sup> Idem, op. cit., 2007, p.461.

<sup>320</sup> DUARTE, op. cit., p.50.

<sup>321</sup> “Los tribunales reconstruyen el pasado en el formato del caso que se hace presente. Sólo se tomará en consideración lo que es necesario para la decisión del caso -y nada más.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.388. [livre tradução]

<sup>322</sup> “La memoria es ella misma producto de la evolución, aunque no es capaz de recordarlo. [...] Sin embargo, [las distinciones con las que la memoria trabaja] no producen una imagen de la evolución, no la representan; por eso tampoco pueden controlarla. El futuro permanece indeterminado e imprevisible. Aunque la memoria puede por lo menos proponer el futuro como ámbito de posibles oscilaciones, y con ello hacer que las operaciones del sistema dependan de las distinciones que en cada caso se utilizan para designar uno de los lados (pero el otro no); y de esta manera indicar el límite que respectivamente puede cruzarse. La evolución es y sigue siendo imprevisible. La memoria no puede cambiar nada de eso. Sólo puede ajustarse a ella con diversas formas – de acuerdo a los coeficientes de irritación y aceleración que resultan del proceso evolutivo.” Idem, op. cit., 2007, p.469. [livre tradução]

Isso funciona enquanto existam decisões passadas que se apliquem ao caso *sub judice*, e que tais decisões ainda se prestem à finalidade do Direito, de estabilizar expectativas. A partir do momento em que as decisões passadas já não dão conta das questões apresentadas no presente, ou que simplesmente não existam decisões passadas sobre o assunto, o sistema jurídico se vê obrigado a sair do círculo auto-referencial e possibilitar a abertura cognitiva para o entorno, possibilitando um processo de aprendizagem.

Nota-se isso principalmente nos casos relacionados aos chamados *novos direitos*, dentre os quais está o Direito Ambiental. Nestes casos, as decisões se desvencilham umas das outras, já que muitas vezes sequer existem precedentes sobre a matéria. “Pode-se afirmar atualmente que as decisões envolvendo novos direitos são decisões que não têm outra alternativa senão se tornarem independentes uma das outras, porque esses conflitos jurídicos cada vez mais são conflitos entre posições opostas igualmente justificáveis.”<sup>323</sup>

Na tomada de decisões ecológicas, muitas vezes o sistema não consegue recorrer ao passado, pois a redundância jurídica é reduzida, devido à grande variedade de fatores novos e inusitados que surgem diariamente nos Tribunais. Desta forma, o sistema jurídico não dispõe de decisões que ofereçam solução para as novas questões que surgem, e o sistema se vê obrigado a buscar na heterorreferência a solução para tais litígios.

Como já dito, a coisa julgada aparece no sistema jurídico para possibilitar a redundância, recorrendo à memória para auxiliar no processo de tomada de decisão. Uma vez que, nas questões ecológicas, este acesso à redundância seja dificultado, se questiona se a coisa julgada não acabaria perdendo seu propósito e, nesse sentido, se ela não seria dispensável nos casos que impliquem decisões judiciais de ordem ecológica.

### **3.3 Coisa julgada: solução jurídica para a problemática ecológica da sociedade contemporânea?**

Para examinar a possibilidade de dispensar, ou não, a coisa julgada nas decisões judiciais de caráter ecológico, é preciso que primeiramente se avalie as condições de

---

<sup>323</sup> ROCHA; SIMIONI, op. cit., p.184.

mudanças dentro do sistema jurídico, por meio da abertura cognitiva ao entorno. Com a abertura cognitiva do sistema possibilita-se a apreensão de informações do ambiente, iniciando um processo de aprendizagem. “Esse processo de aprendizado não se assenta em decisões, mas sim em textos - tais como as decisões diretivas (*Leitentscheidungen*) dos tribunais, ou as leis ou mesmo as ‘teorias’ da dogmática jurídica.”<sup>324</sup>

[...] o sistema é aberto porque os pontos de vista cognitivos também têm um papel nisso. Cognição é requerida tanto para a orientação do ambiente do sistema, como para sua própria orientação, tanto para a determinação das condições empíricas da aplicação de normas, como para julgar a adequação de, ou a necessidade de mudar as normas elas mesmas. O sistema opera completamente “aberto” para as condições ambientais e sua possível mudança. Em outras palavras, ele pode aprender. Mas primeiro a autopoiese do sistema deve ser usada [...].<sup>325</sup>

Através desse processo de aprendizagem se questiona sobre a possibilidade de mudança nos elementos do sistema, especialmente no que se refere à regra processual sobre a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial. Discute-se a possibilidade de se mitigar os efeitos da coisa julgada em algumas situações pontuais. Uma destas circunstâncias seria no caso de decisões já não mais passíveis de discussão ou recurso, e que se apresentam como prejudiciais ao meio ambiente.

Se pensa no caso hipotético de uma empresa que foi demandada em juízo por causar poluição, e na sentença foi absolvida por se entender que a substância ou prática analisada não era prejudicial ao meio ambiente. Transcorridos alguns anos (transcorrido, então, o prazo para ação rescisória), se percebeu que tal decisão foi equivocada, e que a empresa estava poluindo o meio ambiente à época da ação judicial. Se a decisão não for passível de modificação, ter-se-á que admitir que a empresa continue impune, ainda que estivesse poluindo e prejudicando, quiçá, todo o planeta?

---

<sup>324</sup> LUHMANN, op. cit., 2004, p.63.

<sup>325</sup> “[the system] is open because cognitive viewpoints also play a role in this. Cognition is required both for the system’s environmental orientation as well as for its own orientation, both for the determination of the empirical conditions of the application of norms as well as for judging the adequacy of or the need to change the norms themselves. The system operates completely ‘open’ for environmental conditions and their possible change. In other words, it can learn. But first the autopoiesis of the system has to be used [...]” Idem, op. cit., 1989, p.65. [livre tradução].

Em uma recente decisão<sup>326</sup> da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi decidido, por unanimidade, manter a sentença de primeiro grau, que julgava improcedente a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público contra uma britagem no interior do estado. A decisão da primeira instância, corroborada pelo acórdão unânime em sede recursal, não condenou a ré, por entender que as extrações e a britagem de pedras, que ocorriam em local próximo à rodovia, não causavam danos ambientais.

Deste modo, os órgãos julgadores desconsideraram o potencial dano ecológico que poderia advir de tal prática, e, inclusive, que tal britagem se dava em área de preservação permanente. “O histórico das decisões de nossos tribunais sobre os conflitos de interesses em torno da ecologia, [...] do meio ambiente, mostra dificuldades palpáveis, particularmente quando se depara com a incontornável questão do direito de propriedade e seus corolários, a indenização entre eles.”<sup>327</sup>

Percebe-se, portanto, que de fato existem decisões judiciais que podem ser consideradas prejudiciais ao sistema ecológico e que, em razão das regras processuais brasileiras, não podem ser modificadas se transcorridos os prazos para recursos possíveis. Tais decisões, ainda que confrontem o preceito constitucional de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deverão ser perpetuadas em razão da coisa julgada.

Em outra decisão<sup>328</sup> do Tribunal gaúcho o relator reconhece uma queimada realizada pelo Município de Arroio Grande mas, contrariamente ao Ministério Público, não acredita que ela tenha causado danos ao meio ambiente. Em seu voto, o qual foi seguido pelos demais desembargadores, conclui que: “Assim, se o fato imputado na inicial ocorreu uma única vez, efetuada a queima em local isolado, na mata, sem qualquer possibilidade de contaminação do ar e do solo, e, portanto, de dano ao meio ambiente, não há como acolher a pretensão vestibular.”

Como ter certeza de que tal prática não ocasionou contaminação do ar e do solo? Ou, se tal contaminação não é perceptível hoje, quem garante que não trará conseqüências danosas

---

<sup>326</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022012272. Rel. Des. Vasco Della Giustina. Julgado em 22.10.2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 07 abr. 2009.

<sup>327</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental*. Dos Descaminhos da Casa à Harmonia da Nave. Florianópolis: Habitus, 2003, p.175.

<sup>328</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70020327243. Rel. Dr. Pedro Luiz Pozza. Julgado em 16.08.2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 07 abr. 2009.

no futuro? Novamente, trata-se de uma decisão que, embora possa prejudicar o sistema ecológico, será perpetuada em razão da coisa julgada. A doutrina dogmática tradicional defende a imposição da coisa julgada ainda que a decisão tomada venha posteriormente a se considerar injusta:

Pode a controvérsia renascer por ocasião de novo processo sobre o mesmo objeto ou sobre um objeto conexo e poderia o juiz convencer-se de que foi injusta a precedente decisão. Embora se tenha tornado imutável a sentença, sabemos que a sua eficácia, apesar de ser vinculante, não poderia impedir que se julgasse de modo contrário, caso fosse ministrada a demonstração de que a precedente sentença julgou injustamente. Para evitar uma decisão contrária, deve a coisa julgada assegurar não mais e não somente a sentença, mas ainda o efeito que ela produziu, isto é, a declaração ou a mudança da relação jurídica deduzida em juízo; com esta sua função, a coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença, a saber, torna incondicionada a sua eficácia, e garante assim a segurança, a permanência e a imutabilidade dos efeitos produzidos. Esta é a coisa julgada substancial ou autoridade da coisa julgada [...].<sup>329</sup>

Esta visão tradicionalista, a qual defende a autoridade da coisa julgada até mesmo quando flagrantemente injusta – ou prejudicial ao meio ambiente, como no caso levantado por este estudo – é defendida pelas instâncias de decisão, como se pode observar em uma decisão<sup>330</sup> proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual o voto do relator foi vencido pelos demais, que concordaram com o voto divergente, do Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, que assim se manifestou:

A questão da regularidade do empreendimento foi judicializada, já há pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o que vincula não só o IBAMA, que foi parte do processo, mas toda a Administração Pública, em respeito à coisa julgada.

Há um momento em que o empreendedor, cumpridas as exigências legais, merece ter um pouco de paz.

Retorna-se ao tema já tratado anteriormente, sobre a visão dogmática da coisa julgada, como sendo indispensável para a manutenção da paz e o necessário fim da litigiosidade. Pelos argumentos levantados não apenas nessa decisão, mas também nas outras decisões anteriormente citadas, apenas se confirma a possibilidade de que alguns danos ambientais

---

<sup>329</sup> LIEBMAN, op. cit., 1945, p.153.

<sup>330</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. Apelação Cível nº 2007.72.08.004973-5/SC. Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti. Julgado em 12.11.2008. Disponível em: <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)> Acesso em: 07 abr. 2009.

podem vir a se concretizar devido à impossibilidade de rediscussão da matéria, em razão da imutabilidade dos efeitos da sentença, alcançada pela coisa julgada.

Porém, como já dito antes, a visão dogmática tradicional não leva em consideração as enormes transformações a que a sociedade vem sendo submetida, nem assimila as questões de risco e paradoxo que se apresentam para toda a sociedade, mas especialmente para o sistema jurídico.

Observando a questão sob o enfoque da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, chega-se à conclusão de que permitir a chamada “relativização da coisa julgada” ou a “mitigação dos efeitos da coisa julgada” é uma possibilidade a ser pensada para auxiliar nos processos de tomada de decisão referentes a questões ecológicas que surgem no sistema jurídico esperando uma decisão do Poder Judiciário. Para se examinar essa alternativa e poder concluir, ao final, sobre a sua (im)possibilidade, deve-se considerar alguns aspectos, tais como:

a) Se admitida a relativização da coisa julgada, estar-se-á indo contra o fundamento do procedimento judicial, que é justamente de estabilizar expectativas comportamentais. Cada decisão trará consigo a contingência e a não redução da complexidade, pois abrirá mais futuros possíveis.

Com a imutabilidade dos efeitos das decisões judiciais, assegurada pela coisa julgada, a complexidade do sistema jurídico é reduzida, porque não se terá mais diversas possibilidades de futuro, apenas a possibilidade de cumprimento (ou não) daquela decisão. Antecipa-se o futuro e, assim, se diminui os riscos, uma vez que as possibilidades se tornam restritas. Não há mais o que fazer, só resta a alternativa de cumprir o decidido. Deste modo, o sistema jurídico cumpriria a sua função de absorver a insegurança e reduzir a complexidade.

Visto por este ângulo, a mitigação dos efeitos da coisa julgada iria de encontro com a idéia de segurança e, portanto, iria de encontro com o propósito do procedimento judicial e do sistema jurídico. Deve-se ressaltar a visão dogmática tradicional, que compreende a segurança “[...] no sentido de PREVISIBILIDADE. Trata-se de um fenômeno que produz tranquilidade

e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo.”<sup>331</sup>

Neste sentido, a mitigação dos efeitos da coisa julgada causa insegurança, porque a partir do momento em que não se sabe *se* e *quando* a decisão será mudada (imprevisibilidade), são geradas inúmeras possibilidades para o futuro, o que aumenta a complexidade e a contingência do sistema. Pode ser que aquela decisão seja modificada, ou pode continuar como está, ou pode piorar, ou pode melhorar, etc.

Contingência porque existe a possibilidade de soluções diversas para o mesmo caso. As soluções jurídicas não são unívocas. Mas, se existem diversas possibilidades, a seleção de uma entre as várias possíveis, leva sempre a um risco, quer dizer, existem possibilidades que a escolha seja errada e que tal erro produza um desapontamento na expectativa social com respeito ao direito.<sup>332</sup>

**b)** Por outro lado, a mitigação dos efeitos da coisa julgada permite que ela seja vista como condição de autopoiese do sistema jurídico, pois possibilita sua abertura cognitiva (variedade – relativização da coisa julgada), ao mesmo tempo em que mantém seu fechamento operacional (redundância – coisa julgada). Aí reside sua paradoxalidade: ela é, simultaneamente, condição de abertura e fechamento do sistema; é necessária e desnecessária para a tomada de decisão. Eis o paradoxo da coisa julgada!

Conforme Luhmann, “o paradoxo do sistema é, no direito como de outra maneira também na lógica, o ponto cego do sistema que permite a operação da observação. O paradoxo representa, por assim dizer, o mundo – que é igualmente invisível –, no sistema.”<sup>333</sup> Mediante o paradoxo, portanto, se faz possível que o Direito observe a si mesmo, distinguindo-o de seu ambiente.

O paradoxo, como tudo mais, está temporariamente condicionado. O paradoxo, como tudo mais, tem que reprimir a si mesmo de perguntar a questão fundamental: o paradoxo é paradoxal? *Idem* para as distinções, sistemas, indivíduos: eu faço o que eu faço? A distinção distingue, a lei é

<sup>331</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.26.

<sup>332</sup> DUARTE, op. cit., p.41.

<sup>333</sup> “La paradoja del sistema es, en el derecho como de otra manera también en la lógica, el punto ciego del sistema que permite la operación de la observación. La paradoja representa, por así decirlo, el mundo -que es igualmente invisible-, en el sistema.” LUHMANN, op. cit., 2002, p.234. [livre tradução]

legal, eu sou eu: todas as relevantes questões assustadoras que o questionador apenas pode responder criando outra distinção, tomando distância e invisibilizando a suspeita do todo.<sup>334</sup>

Neste diapasão, o paradoxo não se resume a uma mera contradição “[...] entre duas proposições que, reciprocamente, se negam, a ponto de bloquearem futuras comunicações. Por isso, não aparece sob a forma ‘A = não A’, mas sim como ‘A porque não A’; nem como ‘A = A’, mas sim sob a forma ‘A porque A’.”<sup>335</sup> Sendo assim, no caso em questão, o paradoxo reside em que a coisa julgada é necessária porque é desnecessária, ou ainda, ela é condição de abertura porque não é condição de abertura (porque é condição de fechamento) do sistema.

Conforme Clam, “[...] *todo* direito só se torna paradoxal com a emergência de uma forma de juridicidade que não mais consegue externalizar as conseqüências típicas da auto-referência.”<sup>336</sup> O Direito Ambiental, como já visto, não consegue externar as conseqüências típicas da sua auto-referência, pois não consegue decidir com base apenas na sua recursividade, precisando recorrer ao entorno. “O sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto: a auto-referência de base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, e hetero-referência no que tange aos fatos.”<sup>337</sup>

Sendo assim, para que seja possível decidir sobre questões ecológicas, o sistema jurídico deve observar a coisa julgada tanto como possibilidade de auto-referência (já que existe uma norma jurídica específica quanto à impossibilidade de mitigação dos efeitos da coisa julgada), mas também como possibilidade de heterorreferência (pois precisa se socorrer dos fatos do entorno para observar os riscos ecológicos, as possíveis conseqüências ambientais que podem resultar de tal decisão, etc, para que ao final possa proporcionar uma decisão ambiental coerente com a realidade contemporânea).

A afirmação de que a coisa julgada é condição de autopoiese do sistema se justifica por ela permitir sua abertura e fechamento simultâneos. Ao estabelecer a coisa julgada, o

<sup>334</sup> “Paradox, just as everything else, is temporally conditioned. Paradox, just as everything else, has to refrain itself from asking the foundational question: is paradox paradoxical? *Idem* for distinctions, systems, individuals: do I do what I do? Does the distinction distinguish, is law lawful, am I me: all frightfully relevant questions that the questioner can only answer by creating another distinction, taking distance and invisibilising the suspicion of the whole.” PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, op. cit., p.221. [livre tradução]

<sup>335</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, op. cit., p.249.

<sup>336</sup> CLAM, op. cit., 2006, p.102.

<sup>337</sup> NICOLA, op. cit., p.236.

sistema jurídico opera seu fechamento operacional, pois, como se viu anteriormente, recorre à redundância para auxiliar no processo de decisão. A coisa julgada restringe o Direito a sua auto-referência, impedindo que informações provenientes do ambiente possam causar ressonância em seu interior.

Contrariamente, a relativização da coisa julgada estaria possibilitando a abertura cognitiva do sistema, permitindo, através da variedade, a assimilação de informações provenientes do entorno. Ao manifestar situações de risco ecológico, o ambiente conseguiria causar irritações no sistema jurídico, de modo que a necessidade de proteção ambiental em situações de risco e incertezas abriria a possibilidade de alterar elementos sistêmicos, permitindo a mitigação dos efeitos da coisa julgada.

c) Uma terceira opção seria fugir da discussão sobre a possibilidade, ou não, de relativização da coisa julgada, criando outro caminho para a questão. Como já mencionado anteriormente, o que se faz necessário é criar uma nova forma de decisão, que poderia ser chamada de *decisão ecológico-jurídica*.

Isso implicaria trazer elementos do sistema ecológico para dentro do sistema jurídico, não apenas como informação, mas juridicizando-os de forma permanente. Conforme King, no que diz respeito à destruição ecológica ou ao desperdício de energia e recursos hídricos, a concepção luhmanniana defende a idéia de que uma sociedade diferenciada funcionalmente em sistemas parciais não é capaz de tratar tais problemas de forma a oferecer qualquer possibilidade de soluções bem-sucedidas:

Avaliações políticas, legais, científicas e econômicas podem satisfazer os requerimentos de seus próprios sistemas específicos, mas essas avaliações e as soluções que resultam delas não podem transcender os limites estabelecidos através do fechamento do sistema. Cada um pode ver somente o que pode ver. Não pode ver o que não pode ver e, além disso, não há nenhuma maneira de saber que não pode ver o que não pode ver.<sup>338</sup>

---

<sup>338</sup> “Political, legal, scientific and economic accounts may satisfy the requirements of their own specific system, but these accounts and the solutions that result from them cannot transcend the boundaries established through the system’s closure. Each can see only what it can see. It cannot see what it cannot see and, moreover, it has no way of knowing that it cannot see what it cannot see.” KING, op. cit., p.51. [livre tradução]

No mesmo sentido, Teubner<sup>339</sup> afirma que a fundamentação jurídica apenas oferece uma explicação unidimensional dos conflitos e, conseqüentemente, busca uma solução apenas unidimensional (somente a nível jurídico). Essa concepção apenas vem fortalecer a idéia de diferenciação funcional dos sistemas. Como já dito, cada sistema fica adstrito aos assuntos que se “encaixem” em seu código binário, responsável pela distinção sistema/ambiente.

Ao trazer para dentro do sistema jurídico as questões ecológicas, de modo que passassem a figurar também como elementos jurídicos, esse obstáculo levantado por Luhmann estaria transposto, pois a chamada decisão *ecológico-jurídica* não restringiria a problemática ambiental apenas à submissão jurídica, mas especialmente a observações ecológicas.

Para ser possível tal decisão é preciso que, embora submetida aos programas do Direito, tenha elementos específicos, que condigam com sua situação especial. Na própria dogmática tradicional já se defende um tratamento diferenciado para as questões jurídicas dessa natureza: “É assim que, para além da aplicação das técnicas e métodos próprios de outros ramos do Direito (principalmente do Direito Administrativo) [...], o Direito Ambiental se vê na necessidade de desenvolver técnicas jurídicas próprias e exclusivas.”<sup>340</sup>

No mesmo sentido se posiciona Leite, o qual afirma que “a complexidade do bem ambiental na sociedade de risco exige que haja a introdução de aparatos jurídicos e institucionais que garantam a preservação ambiental diante de danos e riscos abstratos, potenciais e cumulativos.”<sup>341</sup>

Nesse viés, a decisão ecológico-jurídica teria que, além de levar em conta as situações de riscos e incertezas ecológicas, ter programações exclusivas: regras processuais próprias, prazos diferenciados, novas regras sobre as provas a serem produzidas e sua valoração, e, inclusive, tratamento diferenciado sobre a coisa julgada, criando uma nova comunicação jurídica, referente às questões ecológicas.

---

<sup>339</sup> TEUBNER, op. cit., 2005, p.117.

<sup>340</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p.35.

<sup>341</sup> LEITE, op. cit., p.152.

Isso não significa, de maneira alguma, transformar a programação do sistema jurídico, que até então se caracteriza como programação condicional, em programação teleológica, ou seja: criar programas orientados para o fim (proteção ecológica), para as conseqüências da decisão.

Como Luhmann<sup>342</sup> mesmo ressalta, na jurisprudência quanto à ecologia, que se baseia cada vez mais no desconhecido, se iria em direção a um desastre jurídico se fossem consideradas todas as medidas como contrárias ao Direito no caso de que o fim não tivesse sido alcançado da maneira prevista, ou se os meios utilizados parecessem injustificados a partir do momento em que se descobrissem novos conhecimentos de causa.

Desta forma, a criação de uma nova e diferenciada forma de decisão, voltada para aspectos ecológico-jurídicos, não alteraria a programação condicional, típica do Direito, apenas levaria em consideração um número maior (e mais profundo) de aspectos na hora da decisão. Tal processo de decisão teria programas diferenciados, capazes de considerar fatores de risco e indeterminação. Não estaria voltada para os fins a serem atingidos, mas sim, abrangeria novos meios a serem utilizados na busca por uma decisão jurídica protetora do meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentro do cenário contemporâneo.

Tais programas diferenciados teriam que, igualmente, integrar o maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, além de possibilitar que a decisão fosse passível de modificação diante da experiência adquirida em sua aplicação, pois da forma como os procedimentos judiciais são tradicionalmente estruturados, “[...] para dar soluções efetivas a conflitos que não são apenas interindividuais, hão de sofrer profundas alterações em institutos basilares, como o da legitimidade de agir e da coisa julgada, para dar conta satisfatoriamente da solução de conflitos sociais.”<sup>343</sup>

Por fim, cabe fazer uma ressalva: embora o Código de Defesa do Consumidor<sup>344</sup> traga certas regras excepcionais para a defesa dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), que são aplicadas às Ações Cíveis Públicas de defesa do meio ambiente, tais regras apenas levam em conta a multiplicidade ou indeterminação dos agentes

---

<sup>342</sup> LUHMANN, op. cit., 2002.

<sup>343</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p.80.

<sup>344</sup> Lei nº 8.078, de 11 setembro de 1990.

passivos, mas não chegam a considerar as questões de risco ecológico e indeterminação quanto ao futuro que permeiam as hodiernas questões ambientais. Desta forma, também não são hábeis a enfrentar as questões ecológicas típicas da sociedade atual.

Sendo assim, a necessidade de um olhar diferenciado sobre a coisa julgada, em decisões judiciais de cunho ecológico, continua. Faz-se necessário não apenas a ponderação dos aspectos jurídicos, mas de todos os aspectos que permeiam e influenciam a sociedade global contemporânea.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudanças climáticas, furacões, secas, enchentes, degelo dos pólos, tornados: muitas são as evidências de que a situação ecológica pede socorro. A preocupação ambiental vem tomando lugar em vários setores da sociedade, seja por meio de discussões acadêmicas ou científicas, seja pela tentativa de implementação de políticas públicas, seja por meio de manifestos de grupos de proteção ao meio ambiente.

Cada sistema social tem seus meios específicos pelos quais pode enfrentar tal problemática. O sistema jurídico lida com essas questões por meio de programações e decisões judiciais. A decisão é um tema especialmente importante, pois é por meio dela que se viabilizam alterações efetivas no espaço sistêmico, as quais ocasionarão ressonância nos demais sistemas.

Nessa linha de idéias, embora a preocupação com a proteção ecológica não seja qualidade exclusiva da sociedade contemporânea, não se pode negar que tal discussão vem tendo maior repercussão nos últimos anos, inclusive em razão das novas características que se apresentam atualmente, como as indeterminações e incertezas derivadas da inovação técnico-científica, e que aumentam a complexidade e o risco da sociedade global.

Conquanto a sociedade se depare agora com situações de maior risco e imprevisibilidade, o sistema jurídico continua estruturado com base em conceitos de certeza e segurança. A decisão judicial, por exemplo, é observada pela dogmática jurídica tradicional como sendo o ato-fim do processo, a efetivação do poder jurisdicional emanado do Estado. É vista, portanto, como a decisão alcançada por meio do procedimento judicial, com a função de exteriorizar a vontade da lei, de modo a trazer a certeza de que a questão foi decidida conforme o suporte fático.

Esta visão dogmática do Direito, como já mencionado, perde sua força teórica quando se defronta com a complexidade social contemporânea e suas implicações práticas. Deste modo, se faz necessária uma nova forma de observação da sociedade e, especialmente, do sistema jurídico, no que concerne às questões ecológicas da atualidade.

Por esta razão, a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, desenvolvida por Niklas Luhmann, se apresenta como uma nova e necessária forma de observação social, levando-se em conta a realidade dos riscos, complexidade e paradoxos, que envolve a sociedade contemporânea.

Luhmann trouxe para os sistemas sociais a teoria da autopoiese, desenvolvida e aplicada pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela aos seres vivos. Ao aplicar tal teoria aos sistemas sociais, defendeu a idéia de que os elementos que compõem o sistema estariam organizados recursivamente, ou seja, se auto-produziriam e reproduziriam a partir de seus próprios componentes e a relação entre eles. A partir daí, tem-se que o Direito é considerado, dentro dessa teoria, um sistema autopoieticamente organizado.

Além da teoria autopoietica, Luhmann apresentou novos conceitos a serem aplicados no exame da sociedade. Uma das principais características está na substituição da idéia de *identidade* pela de *diferença*. É considerada uma teoria construtivista, uma vez que constrói sua realidade a partir das observações calcadas em distinções realizadas pelo observador, que tanto pode ser um observador externo, como o próprio sistema observado. A sociedade e – mais especificamente – o sistema jurídico são observados, por conseguinte, a partir de diferenciações realizadas em nível de uma observação de segundo grau.

Para possibilitar tais distinções, o observador se utiliza de *formas*, as quais determinam dois lados opostos, de modo que a negação de um, necessariamente implica na afirmação do outro. Deste modo, a *forma* sujeito/objeto, que por muito tempo foi considerada a distinção-chave para a análise social, é substituída pela diferença sistema/entorno nesta teoria. Cada sistema pertence, ao mesmo tempo, ao ambiente dos demais sistemas, e essa distinção acaba por delimitar os subsistemas (sistemas parciais) da sociedade. Ao determinar os limites do sistema jurídico, automaticamente se está delegando ao seu entorno todos os demais sistemas, tais como a política, economia e ecologia.

Essa observação da formação de diversos sistemas parciais se faz possível em razão da diferenciação funcional que acontece no interior da sociedade. A distinção sistema/entorno re-entra no sistema, criando subsistemas que, por sua vez, também serão delimitados pela distinção sistema/ambiente. Cada sistema parcial criado se diferencia dos demais em razão de uma função específica que somente ele, e nenhum outro, é capaz de exercer. O sistema jurídico, como já mencionado, constitui um sistema social parcial, e sua diferenciação frente aos outros sistemas se dá pela sua função específica de estabilizar expectativas comportamentais.

Para exercer sua função e garantir sua autonomia, todo sistema parcial necessita de um código, o qual irá guiar suas operações com base em dois valores antagônicos, excluindo assim, as terceiras possibilidades que eventualmente possam surgir. No caso do sistema jurídico este código binário se manifesta na forma Direito/Não Direito (jurídico/antijurídico, legal/ilegal), de modo que ambos os valores formam a unidade de uma diferença.

A decisão judicial, portanto, não é abordada pela Teoria dos Sistemas Autopoiéticos – ao contrário do que acontece na dogmática tradicional – como prestação estatal com a função de pôr fim aos conflitos sociais, mas sim, como forma de estabilizar expectativas comportamentais. Neste cenário surgem as organizações, que são os sistemas sociais responsáveis pelas decisões, pois se comunicam por meio de decisões, e são encarregadas de tomar decisões coletivas. No tocante às questões jurídicas, o Poder Judiciário é a organização (instância de decisão) encarregada de solucionar os litígios apresentados pelas partes (afetados).

Os afetados pela decisão se vêem obrigados a aceitar a decisão (irrecorrível), pois provém de órgão institucionalizado. É o procedimento judicial que garante o efeito vinculante das decisões dele resultantes, pois é legitimado pela generalização do consenso pressuposto, ou seja: há um consenso antecipado sobre os resultados do funcionamento institucional. Ainda que exista a incerteza quanto ao resultado (decisão) do procedimento, se aceita a submissão a ele, por se ter a certeza de que algum resultado será apresentado, já que a decisão é dever imposto ao órgão julgador e operação central do sistema jurídico.

A fim de controlar as incertezas do agir, o Direito cria, então, expectativas de conduta, as quais irão determinar comportamentos a serem seguidos em situações específicas. Daí a

afirmação de ser o sistema jurídico um guia de comportamento. Dentre as expectativas criadas pelo sistema, estão as chamadas expectativas normativas (sem capacidade de aprendizagem) e as expectativas cognitivas (com capacidade adaptativa frente a frustrações de expectativas). O sistema jurídico, tal como apresentado hoje, é calcado em expectativas normativas, pois apesar de eventuais frustrações, elas permanecem inalteradas.

A fim de estabilizar essas expectativas normativas, o sistema jurídico dispõe de programações, responsáveis pela implementação do código binário Direito/Não Direito, as quais auxiliarão no processo de tomada de decisão, ao determinar quem tem razão quanto ao assunto discutido. As programações condicionais, pertencentes ao sistema jurídico e fundadas no enunciado *se...então...*, são normalmente representadas por normas jurídicas.

Tais programas visam estabilizar as expectativas normativas, de modo que, ainda que sejam realizadas condutas contrárias ao prescrito nas normas jurídicas, o Direito não irá modificá-las a fim de se adaptarem à situação apresentada. Tais condutas são alheias ao sistema jurídico e, por isso mesmo, não são capazes de provocar modificações sistêmicas. O que o Direito faz, frente a tais desvios, é juridicizar o problema, submetendo-o ao procedimento judicial, com o objetivo de alcançar uma decisão sobre o caso. Para que uma decisão judicial seja legítima é preciso, portanto, que seja utilizado única e exclusivamente o código do Direito, não sendo possível o uso de critérios externos ao sistema (morais, econômicos, políticos, etc).

Após a utilização dos programas e códigos jurídicos, chega-se à decisão, que é uma forma de comunicação imputada ao sistema jurídico. Tal decisão, como já dito, é resultado de um procedimento judicial e este, por sua vez, busca reduzir e absorver insegurança. A fim de trazer segurança ao sistema, foi criada uma forma jurídica de tornar os efeitos da decisão imutáveis, o que a dogmática chama de coisa julgada.

A imutabilidade das decisões tem o objetivo de trazer segurança e certeza ao sistema jurídico. Ao colocar fim à contenda finaliza-se o processo, e as partes, mesmo que insatisfeitas com o resultado, ficam seguras de que aquele assunto não será mais discutido pelo Poder Judiciário.

Mas essa pretensa segurança que se almeja está cada vez mais difícil de ser alcançada, pois a sociedade complexa é marcada por situações de incertezas, indeterminações e, principalmente, de risco. O risco aqui é observado como consequência direta das decisões, e é contraposto à idéia de perigo, o qual não pode ser evitado, por ser incutido aos afetados.

Sabe-se que a decisão acarretará consequências, mas não se faz possível sua visualização, devido à impossibilidade de observar o futuro. Ao decidir, são criados vários futuros possíveis, todos atribuíveis às decisões presentes. Decidir implica riscos, da mesma forma que o não decidir, de modo que a avaliação dos riscos se torna precária, e se justifica apenas pela distinção probabilidade/improbabilidade. Uma vez que o risco está presente em todas as decisões (e até mesmo nas não-decisões que, por sua vez, também são decisões), a sociedade se vê rodeada por esta nova realidade que se apresenta, mas, no entanto, não dispõe de mecanismos hábeis para enfrentar tal situação.

Neste cenário de incertezas, um dos riscos que mais vem tendo destaque nas discussões é o risco ecológico. Tal problemática, apesar de pertencer ao sistema da ecologia, é trazida para apreciação do sistema jurídico, que através de decisões judiciais busca viabilizar a proteção do meio ambiente. Embora a decisão judicial seja comunicação específica do sistema jurídico, esta apreciação de questões ecológicas se faz possível em razão – justamente – de tal sistema ser autopoietico, possibilitando sua abertura cognitiva, apesar de seu fechamento operacional.

O fechamento operacional do sistema jurídico acaba por possibilitar sua abertura, de modo que as condições externas, provenientes do ambiente, passam a ter ressonância no sistema. Por meio dessa abertura cognitiva se faz possível a troca de informações intra-sistêmicas, através de acoplamentos estruturais, e, assim, o sistema jurídico sofre irritações decorrentes de outros sistemas, como é o caso da política e da ecologia.

Do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e a ecologia, resulta o chamado “Direito Ambiental” ou, por nós denominado, “Ecologia Jurídica”. Essa proteção ecológica é prevista no Direito por meio da Constituição Federal (acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político), que em seu art. 225 determina a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao acoplar sistema jurídico, político e ecológico, surge o que a doutrina chama de Estado de Direito Ambiental, com a pretensão de apresentar uma nova e diferente posição jurídica frente aos problemas concernentes ao meio ambiente. Todos esses institutos são resultantes de acoplamentos realizados entre o sistema jurídico e outros sistemas, a fim de possibilitar sua própria evolução. Essas formas de interação facilitam, inclusive, o processo de tomada de decisão pelo Direito quanto a questões provenientes do entorno.

Esta nova posição jurídica, denominada Estado de Direito Ambiental, objetiva uma proteção ecológica levando-se em consideração os riscos advindos da sociedade contemporânea e a complexidade dela decorrente. Para que isso seja possível, se faz necessária a abertura cognitiva do Direito para outros sistemas, a fim de colher informações capazes de auxiliar em tais processos de tomada de decisão.

O processo de tomada de decisão judicial em matéria ecológica é dificultado em razão da grande complexidade e contingência produzidas na sociedade. As programações disponíveis no Direito não levam em conta as infinitas possibilidades do mundo, nem consideram o fato de que toda decisão só aconteceu porque poderia ter sido diferente. Desta forma, não conseguem observar e comunicar sobre o risco.

Para que seja possível ao Poder Judiciário tomar decisões em um cenário não apenas de risco *lato senso*, mas especialmente de risco *ecológico*, deve-se utilizar uma nova teoria, uma teoria da comunicação acerca do risco, que permita a tomada de decisão em contextos de indeterminação e incerteza.

Destarte, tais decisões levariam em conta não apenas as premissas decisórias oriundas do sistema jurídico, mas permitiriam (e necessitariam) de constantes irritações externas, provenientes de sistemas como o da ecologia e da ciência, para possibilitarem a tomada de decisão nesses casos específicos.

Nesse sentido, com a criação de uma teoria do risco, seriam possibilitadas novas formas de decisão frente a contextos especiais de risco ecológico, permitindo-se, igualmente, que as programações até então utilizadas para guiar os processos de decisão pudessem ser modificadas a fim de se adaptarem melhor a esta nova e específica realidade.

A proibição de modificação das decisões aparece como uma das regras a ser repensada diante dessa nova realidade ecológica que se apresenta. A chamada “coisa julgada” é uma forma encontrada pelo sistema jurídico não apenas para buscar uma pretensa segurança jurídica, mas também consiste em uma forma do sistema se concretizar na redundância. Através da coisa julgada o sistema jurídico se fecha operacionalmente, buscando na memória casos semelhantes que o possibilite julgar. A memória evita o “stress” sistêmico, uma vez que não traz para o seu interior o elemento “surpresa”, caracterizado pela variedade trazida pela informação.

Se continuasse decidindo da mesma forma como até então decidiu, o sistema não teria problemas, pois sua auto-referência estaria assegurada pela redundância. Mas como já dito, a sociedade atual está calcada na idéia de risco, novas situações surgem a cada instante, principalmente no tocante às questões ecológicas, e as decisões até então tomadas, que estão disponíveis na memória do sistema, já não são capazes de enfrentar tais problemáticas.

Surge a necessidade de abertura cognitiva para apreender situações e informações do exterior, e através desse processo de aprendizado se questiona sobre a possibilidade de mudança nas programações jurídicas, especialmente aquela que protege o instituto da coisa julgada. O problema da coisa julgada é que ela é somente possível do ponto de vista de uma perspectiva hermenêutica-analítica, que permitiria um sistema fechado. Do ponto de vista da matriz pragmático-sistêmica, pode-se observar no procedimento um uso operativo simbólico que transforma o texto em uma invenção para a decisão ecológica.

Neste diapasão, permitir a chamada “relativização da coisa julgada” ou a “mitigação dos efeitos da coisa julgada” poderia auxiliar os processos de decisão atinentes a questões ecológicas que surgem no sistema jurídico esperando uma decisão do Poder Judiciário. A possibilidade de mitigação dos efeitos da coisa julgada foi aqui examinada com vistas a alguns apontamentos, como:

- a) Com a mitigação dos efeitos da coisa julgada, o fundamento do procedimento judicial (estabilizar expectativas comportamentais) restaria comprometido, pois aumentaria o grau de incerteza e insegurança social. Também abriria um rol de futuros plausíveis, aumentando a complexidade e contingência sistêmicas, por criar várias possibilidades

de futuro (decisão será modificada? Quando será alterada? O que vai ser decidido? Qual será o futuro?).

- b) Ao permitir a relativização da coisa julgada estar-se-á, por outro lado, reconhecendo a coisa julgada como condição de autopoiese do sistema jurídico. A reprodução autopoietica estaria assegurada por meio de sua abertura cognitiva (variação – relativização da coisa julgada), juntamente com seu fechamento operacional (redundância – coisa julgada). Paradoxalmente, a coisa julgada seria, ao mesmo tempo, necessária e desnecessária para a tomada de decisão; condição de abertura e de fechamento do sistema.
- c) Existe também a alternativa de fugir da questão sobre a possibilidade, ou não, de relativização da coisa julgada, criando um novo caminho para resolver esta questão, com base nos programas disponíveis no sistema jurídico atual. A saída seria a criação de uma nova forma de decisão, que levasse em conta as situações de risco e indeterminação existentes na sociedade contemporânea. Poderia se chamar *decisão ecológico-jurídica*, e traria, dentre outras normas especiais condizentes com o risco ecológico, um tratamento diferenciado da coisa julgada.

Ao examinar essas três possíveis posturas frente à relativização da coisa julgada, se opta por perseguir a terceira alternativa. Diante da complexidade envolvida na discussão sobre a possibilidade de mitigar os efeitos da coisa julgada, a melhor saída é deixar de lado tais questões e buscar uma solução alternativa. As atuais problemáticas ecológicas trazem uma carga de incerteza muito grande, e é inegável que o sistema jurídico, tal como estruturado hoje, não lança mão de ferramentas capazes de solucionar as questões ecológicas a ele apresentadas, levando em conta os riscos advindos de suas decisões.

Toda decisão judicial é restrita ao sistema jurídico, portanto, para que seja possível uma maior eficácia dentro do sistema ecológico (de modo a dar efetividade à proteção ambiental), a criação de uma decisão ecológico-jurídica se faz necessária. Tal decisão, ao ter elementos próprios, que levem em consideração a complexidade social e o risco ecológico, terá também um regime diferenciado.

Existe um caráter simbólico ecológico-jurídico presente na produção de sentido do meio ambiente que deve ser levado em consideração pela autopoiese do Direito, permitindo às organizações tomadas de decisão, as quais seriam impossíveis sem o recurso ao médium originado pela nova natureza da sociedade contemporânea. Além disso, as normas processuais para a tomada de decisões ecológico-jurídicas também deverão levar em conta esses elementos e, por isso mesmo, deverão também ser diferenciadas das tradicionais normas processuais disponíveis no Direito.

A coisa julgada, neste cenário, perderia seu sentido e função frente à decisão ecológico-jurídica, uma vez que não se pode oferecer segurança em casos ecológicos que, como sabido, são envolvidos pelo risco. Desta forma, essa nova espécie de decisão, por seu caráter excepcional, não seria assegurada pela coisa julgada, podendo, a qualquer tempo, ser rediscutida a matéria, sempre que as irritações advindas do entorno mostrassem ao sistema jurídico a necessidade de se reavaliar seus próprios elementos.

## REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. *A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.
- ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.
- BACHELET, Michel. *A ingerência ecológica*. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. *Introdução*. In: LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BROWN, G. Spencer. *Laws of form*. New York: Bantam Book, 1972.
- BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

\_\_\_\_\_.; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1999.

CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesual Civil, tomo I: Introducción y función del proceso civil*. 1.ed. Argentina: Uteha Argentina, 1944.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave*. Florianópolis: Habitus, 2003.

CARVALHO, Délton Winter de. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo Direito Ambiental. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.39, n.01, jan./jun. 2006.

CAZETTA, Ubiratan. *Instrumentos judiciais e extrajudiciais de tutela coletiva*. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Teodoro Hugueney (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1969.

CLAM, Jean. *A Autopoiese do Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Mexico: Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. Direito e modernidade. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XVIII, n.35, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. O risco na sociedade contemporânea. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Editora Senac, 2003.

DUARTE, Francisco Carlos. *Justiça & decisão: teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2001.

FEDOZZI, Luciano. *A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

\_\_\_\_\_. *Modernidad e identidad del yo: El yo y la sociedad en la época contemporánea*. Trad. José Luis Gil Arista. Barcelona: Península, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v.2. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRÜN, Ernesto. *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Dunken, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HORNUNG, Bernd R. *The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology*. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*. Trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

KING, Michael. *What's the use of Luhmann's Theory?* In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006.

\_\_\_\_\_; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco: il procedimento di cognizione*. Napoli: Morano Editore, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Tomo I. Milano, Itália: Dott. A. Giuffrè, 1957.

LOPES JR., Dalmir. *Introdução*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

LUHMANN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentindo de uma Análise Sociológica do Direito*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. A terceira questão: o uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Trad. Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.39, n.01, jan./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostx Berriain e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *Conhecimento como construção*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ecological Communication*. Trad. John Bednarz, Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

\_\_\_\_\_. *El concepto de riesgo*. In: BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo. Barcelona: Anthropos, 1996.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Editorial Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

\_\_\_\_\_. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

\_\_\_\_\_. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

\_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós Ibérica. 1997.

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México:

Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. *Por que uma “teoria dos sistemas?”*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

\_\_\_\_\_. *Prefacio*. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Mexico: Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamiento para una teoría general*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 1991.

\_\_\_\_\_. *Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sociología del riesgo*. México: Iberoamericana, 1992.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Prefácio*. In: LUHMANN, Niklas. Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. São Paulo: Ática, 1968.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORIN, Edgar. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

NEVES, Marcelo. *E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org.). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Dealing (with) Paradoxes: On Law, Justice and Cheating*. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II: arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. 2.ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Teodoro Hugueneu (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. *Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito, complexidade e risco*. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XV, n.28, 1994.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre Niklas Luhmann*. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.40, n.01, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas da teoria do direito*. Juris Plenum, CD-ROM, Edição 94- Vol.1, Maio de 2007.

\_\_\_\_\_. *Observações sobre Autopoiese, Normativismo e Pluralismo Jurídico*. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e Estado Ambiental*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

\_\_\_\_\_.; CARVALHO, Délton Winter de. *Policontextualidade e direito ambiental reflexivo*. In: *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano XXVI, n.53, dez. 2006.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisões jurídicas e setorialização. In: *Jurispoiesis*: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, ano 8, n.8, jul. 2005.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, João Telmo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Cosmologia, complexidade, pensamento sistêmico e gestão democrática: o caminhar que faz a sua trilha. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v.37, n.100, maio/ago. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *A Fase Pré-Autopoietica do Sistemismo Luhmanniano*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOTO, Érica Antônia Bianco de. *Sentença civil: perspectiva pragmática*. Campo Grande: UCDB, 2001.

STAMFORD, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TEUBNER, Gunther. *As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org.). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

## **JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. Apelação Cível nº 2007.72.08.004973-5/SC. Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti. Julgado em 12.11.2008. Disponível em: <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)> Acesso em: 07 abr. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022012272. Rel. Des. Vasco Della Giustina. Julgado em 22.10.2008. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 07 abr. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70020327243. Rel. Dr. Pedro Luiz Pozza. Julgado em 16.08.2007. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 07 abr. 2009.