

PERÍCIAS TÉCNICAS, DECISÕES JURÍDICAS E GESTÃO EM SISTEMAS SETORIAIS NO CONTEXTO DOS NOVOS DIREITOS*

TECHNICAL INSPECTIONS, LEGAL DECISIONS AND MANAGEMENT IN SECTORIAL SYSTEMS IN THE CONTEXT OF NEW RIGHTS

*Leonel Severo Rocha***

*Rafael Lazzarotto Simioni****

RESUMO

Esta pesquisa observa as perícias técnicas como relação de acoplamento estrutural entre direito e ciência. A observação das operações jurídicas no contexto dos novos direitos revela uma crescente utilização do *meio* científico como estrutura de codificação secundária no acoplamento estrutural entre direito e ciência. Esse acoplamento, no entanto, produz o paradoxo da autonomia/dependência das decisões jurídicas em relação às perícias técnicas. Utilizando-se como metodologia a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, sinaliza-se a forma de sistemas setoriais como uma categoria de observação diferente tanto dos sistemas de organização quanto dos sistemas de interação. Como resultado, verifica-se que as relações entre direito e ciência produzem tanto irritações quanto fundamentações recíprocas, e que essa integração é o resultado da própria auto-organização dos sistemas sociais.

* Esse artigo foi publicado originalmente no ano de 2004, na *Revista Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 101, set./dez. 2004. Agradecemos aos autores pela autorização de publicação.

** Pós-Doutor em Sociologia do Direito Pela Universitadegli Studi di Lecce. Doutor pela Ecoledes Hautes Etudesen Siences Sociales de Paris. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Maria. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. E-mail: leonel@unisinos.com.

*** Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD-FDSM). Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito do PPGD-FDSM. E-mail: simioni2010@gmail.com.

Palavras-chave: Perícia; Decisão; Sistemas setoriais; Novos direitos; Governança.

ABSTRACT

This research observes the expert report as a structural coupling between Law and Science. The observation of legal operations in the context of the new rights reveals a growing use of the scientific *medium* as a secondary coding in the structural coupling between Law and Science. However, this coupling produces the paradox of autonomy/dependence on legal decisions in relation to expert report. Using second-order observation of Niklas Luhmann's theory as a methodology, the form of sectorial systems is signaled as a different category of observation that organization and interaction. As a result, the relations between Law and Science produce irritations and reciprocal foundations and that this integration is the result of the self-organization of social systems.

Keywords: Expert report; Decision; Sectorial systems; New rights; Governance.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa observa as perícias técnicas como forma de acoplamento estrutural entre direito e ciência. A observação das operações jurídicas, especialmente no âmbito dos novos direitos, revela uma crescente utilização do meio de comunicação da ciência, em especial as perícias técnicas, como estrutura de codificação secundária da comunicação jurídica. Desde as perícias para constatar a prática de danos ao meio ambiente até as perícias sobre doenças, sistemas de informática, altas tecnologias ou cálculos contábeis complexos, as referências jurídicas ao código da ciência tornaram-se cada vez mais importantes para o processo de legitimação das decisões jurídicas.

Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, as perícias técnicas e os sistemas de organização tornam-se dimensões importantes da observação. Basta considerar a importância que as perícias técnicas desempenham para a fundamentação das decisões jurídicas sobre danos a bens tutelados pelo direito ambiental, biodireito, direito da informática, das novas tecnologias, enfim, pelos novos direitos. O direito processual responde a essa pergunta com o conhecido princípio da livre convicção do juiz na valoração dos meios de prova e na livre atribuição de eficácia ao produto desses meios. No contexto dos novos direitos, contudo, as perícias apresentam características muito mais complexas; tão complexas que exigem um respectivo incremento na capacidade de gestão dessa complexidade na decisão jurídica.

Como todo incremento de complexidade cria oportunidades, o presente artigo objetiva a) observar algumas estruturas latentes criadas por essa assimetria entre perícia técnica e decisão jurídica; e b) descrever como essas estruturas podem ser geridas na decisão jurídica, de modo a oportunizar uma assimilação

mais aberta à complexidade que a envolve. A questão central, portanto, é a observação das possibilidades de gestão jurídica das informações científicas (peritas) no contexto dos novos direitos, oportunizando decisões jurídicas mais conectadas às exigências setoriais (portanto diferenciadas) da sociedade contemporânea.

A estrutura latente, objeto desta investigação, localiza-se na relação entre decisão jurídica e perícia técnica e se desvela tanto na praxis dos processos judiciais como nas operações de consultoria jurídica. Mas não se trata de uma relação linear. Por isso, serão utilizados exemplos para ilustrar a aplicação prática das proposições teóricas, e, especialmente no âmbito da consultoria jurídica, serão utilizadas como exemplo as formas de integração setorial das decisões jurídicas no modelo de gestão ambiental ISO14001.

O SENTIDO JURÍDICO DE “BEM” NOS NOVOS DIREITOS

Falar de novos direitos pressupõe uma diferenciação temporal entre novos e velhos direitos. A partir de uma observação histórica, é possível classificar, por exemplo, o direito ambiental, biodireito, direito à saúde, direito da informática, do consumidor, da assistência social, cultura, desporto etc. como novos direitos, em detrimento dos “velhos” direitos civil, penal, processual, comercial, trabalhista, administrativo etc. Quer se chamem esses novos direitos de direitos de terceira geração ou dimensão, a referência a partir da qual ocorre essa diferenciação é o tempo.

A questão do tempo está ligada à forma de sociedade em que vivemos. O tempo é contextual (espacial)¹. O tempo é, portanto, um critério bastante relativo para classificações. E assim o é porque ele funciona, na classificação, como uma fundação exterior a partir de onde o conhecimento pode se organizar. Renunciando, então, a fundações exteriores ao paradoxo constitutivo dos sentidos, torna-se possível observar o invisível. Qual é então a diferença que autoproduz o sentido dos novos direitos?

O direito estruturou-se dogmaticamente para acoplar-se prioritariamente com a economia e a política. Enquanto isso foi suficiente para a produção de sentido, o jurista podia trabalhar com alguma eficácia com os conceitos de dano contratual, dano patrimonial e até de dano moral. Foi suficiente, para isso, a generalização simbólica de um elemento de sentido social chamado “bem”, para que o jurista pudesse então codificar todo e qualquer dano a valores juridicamente protegidos na forma de dano a bens, isto é, a valores passíveis de quantificação monetária.² Uma vez possível a quantificação monetária dos “bens” ju-

¹ Sobre esta temática, ver ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo Direito. In: *Anuário do PPGD-Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

² Só assim foi possível para o direito da responsabilidade civil, por exemplo, reparar danos a valores não patrimoniais. Por meio do dinheiro – vale dizer, mediante a codificação secundária econômica –, os danos morais são compensados por indenizações. No direito ambiental, os danos a valores ambientais juridicamente protegidos são transformados em danos patrimo-

ridicamente tutelados, a assimilação dos danos pelo direito tornou possíveis as eficácias condenatórias, executivas e mandamentais geridas pelas decisões jurídicas. Só assim o descumprimento de uma obrigação ou o inadimplemento de um crédito pôde ser assimilado na decisão jurídica com o correspondente dispositivo declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental.

O direito do consumidor, por exemplo, encaixa-se facilmente na codificação secundária econômica porque ele ainda opera sob a lógica obrigacional. Eventuais violações às suas prescrições podem ser facilmente convertidas em dinheiro, para efeito de fixação de indenizações ou compensações dos danos, bem como na fixação de *astreintes* para cominações. Mas na maioria das situações envolvendo, por exemplo, direito ambiental, biodireito e direito da informática, surge uma diferença importante: os danos não são passíveis de conhecimento pela decisão, salvo se a decisão utilizar, novamente, uma estrutura de codificação secundária que não necessariamente precisa ser a clássica codificação secundária econômica chamada “bem”.

Uma vez que o dano ambiental é colocado dentro da forma “bem”, isto é, uma vez que o valor ambiental juridicamente tutelado é codificado secundariamente na forma econômica lucro/prejuízo, o jurista pode já estabelecer a ligação do prejuízo (econômico) com o ilícito (jurídico), condenando então o autor do fato à reparação desse prejuízo. A diferença problemática do dano ambiental em relação aos tradicionais danos econômicos está, portanto, não na sua tradicional operacionalização pela codificação secundária econômica (dano a bens), mas, sim, na forma por meio da qual o jurista pode observá-lo. Com efeito, enquanto os danos patrimoniais, contratuais, morais etc. podem ser facilmente entendidos pelo jurista na forma direito/não direito (em face da codificação secundária econômica do sentido simbolicamente generalizado de “bem”), o dano ambiental não apenas é informado ao direito por laudos técnicos (elaborados com códigos operacionais estranhos às suas estruturas política e econômica de codificação secundária) como também a própria decisão jurídica só será realizada com base, novamente, nas informações peritas, isto é, em informações codificadas pela forma da comunicação da ciência: verdade/falsidade.³

Nunca as decisões jurídicas dependeram tanto das perícias como nos novos direitos. E essa dependência, paradoxalmente, significa autonomia. A decisão jurídica está obrigada a manter-se jurídica apesar da dependência em relação às informações produzidas pela perícia. Em outras palavras, a decisão jurídica não pode deixar de ser jurídica (direito/não direito) para ser científica (verdade/

nias através da noção de “bem ambiental”, isto é, os valores direito/não direito são codificados secundariamente pelos valores lucro/prejuízo.

³ Sobre a ciência como um sistema autopoietico da sociedade, ver LUHMANN, Niklas *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhile Erder e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

falsidade). E isso significa que a decisão jurídica, diante da sua dependência em relação às perícias técnicas, deve manter, simultaneamente, a sua identidade operacional (autonomia) e a sua dependência. Assim, autonomia/dependência é um paradoxo que a decisão jurídica está obrigada a desenvolver de modo criativo.

Há várias possibilidades de desenvolvimento desse paradoxo da autonomia/dependência. O direito processual resolveu esse paradoxo com o princípio da livre valoração da prova pelo juiz. Mas, no contexto dos novos direitos, pode-se questionar essa liberdade. A definição de um “banhado”, por exemplo, para efeito de juridicização de uma área de preservação permanente, seria ridícula se não fosse realizada por um perito. Somente um perito pode estabelecer se um banhado é realmente uma área de preservação permanente ou apenas uma área alagada devido à sazonalidade das chuvas. Qual jurista poderia afirmar que as novas tecnologias da criptografia na computação solucionam o perigo de fraudes virtuais se, antes disso, a criptografia também garante o anonimato do *hacker*?

Os novos direitos trabalham com instrumentos preventivos, que introduzem a possibilidade de observação de riscos e perigos nas decisões jurídicas. O licenciamento ambiental e o registro prévio de tecnologias de criptografia na informática são exemplos. A assimilação de riscos, no entanto, torna mais dramática ainda essa dependência da decisão jurídica em relação às perícias técnicas. Porque riscos e perigos jamais poderão ser conhecidos na decisão jurídica, a não ser, novamente, por meio das informações peritas. As novas biotecnologias, por exemplo, apresentam riscos e perigos que só a biotecnologia pode prever. Os riscos do progresso científico são bem trabalhados (prognosticados) pela ecologia, mas, para o direito, esses riscos não podem ser conhecidos senão mediante as observações da ecologia. Os perigos à saúde provocados pela introdução no mercado de novos fármacos não podem ser conhecidos pela abertura cognitiva do sistema econômico, mas podem ser calculados por sistemas de saúde.⁴ Do mesmo modo que os riscos de baixa ou alta dos preços podem ser prognosticados pela economia monetária, mas não podem ser conhecidos pelo sistema jurídico. Os perigos da energia nuclear podem ser previstos pela tecnologia de segurança elaborada pela física e química do sistema científico da sociedade – e só por elas. Os riscos das tecnologias de informática também só podem ser previstos pela ciência da computação. Os perigos ecológicos decorrentes do desenvolvimento econômico são perigos só observáveis pela ecologia, que comunicam suas auto-descrições ao ambiente (aos outros sistemas) na forma de movimentos de protesto, de publicações científicas e de política. Mas, mesmo assim, a observação econômica das informações produzidas nos movimentos de protesto só poderá observar as oportunidades de lucro/prejuízo (confeção de cartazes, selos e certificados ecológicos para abrir novos mercados, produtos ecologicamente corretos

⁴ Sobre a saúde como sistema autopoietico, ver SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

para certa classe de consumidores, responsabilidade ambiental dos empreendimentos para a imagem da empresa e para a sua própria continuidade operacional etc.).⁵

A solução então parece simples: o enfrentamento dos riscos pela decisão jurídica pode ser realizado por meio da observação da análise dos riscos projetados pelos outros sistemas da sociedade, especialmente por sistemas peritos. Mas o processamento (a assimilação) da informação sobre os riscos informados à decisão jurídica pelos outros sistemas (ecológico, político, econômico etc.), diante da autonomia autopoietica dos sistemas sociais, é um problema muito mais complexo.

ASSIMILAÇÃO DE COMPLEXIDADE E PRODUÇÃO DE SENTIDO

Não é à toa que se utiliza aqui a expressão “assimilação”. Assimilar é tornar diferente o similar. É indicar uma diferença entre o igual e o diferente. Uma distinção entre o igual e o diferente cria uma diferença que produz complexidade. Então, paradoxalmente, a assimilação de complexidade é uma autoprodução de complexidade, mas de uma complexidade própria, isto é, uma complexidade estruturalmente organizada. Em outras palavras, a complexidade não tem sentido. O sentido surge quando a observação indica uma distinção. Quando um observador indica algo, o restante ele põe no ambiente. A clivagem⁶ que então separa o sistema do ambiente é o que faz o sistema emergir de si mesmo, sem fundações exteriores. Assim, é o próprio paradoxo da diferença que cria o sentido.

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, em que 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 da comunicação da ecologia (sustentável/degradante). Em um contexto de fim de semana, essa mesma pesca ganha outro sentido: o

⁵ Ver HART, Stuart L. Além da consciência ecológica: estratégias para um mundo sustentável. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. *Estratégia corporativa*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 117-140; e CAIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente: custos e benefícios*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Nobel, 1992.

⁶ Expressão usada por Merleau-Ponty para designar o paradoxo da separação entre observador e observado (MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Tradução de José Artur Giannotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 27) e que Maturana e Varela utilizaram para designar o limite ou fronteira que fecha autopoieticamente um organismo vivo, como a membrana celular (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 52).

sentido lúdico produzido pela diferença entre lazer/desgaste e, ainda, pode ter outro sentido se se tratar da profissão do pescador como meio de pagamentos (contexto econômico).

Dos vários sentidos possíveis a qualquer evento da sociedade surge a complexidade que impede a assimilação simultânea de todos os sentidos possíveis. Uma decisão empresarial é um bom exemplo para ilustrar isso: a posição de uma organização empresarial é privilegiada na sociedade porque ela está no ambiente dos sistemas da sociedade, e por isso pode utilizar a complexidade disponibilizada pelo direito, pela economia, política, ciência etc. nas suas próprias operações. Observe-se o que ocorre em uma decisão empresarial, por exemplo, que pretende instalar uma estação de tratamento de efluentes. Além da projeção financeira dos custos da implementação da ETE (pelo setor contábil), da viabilidade econômica do empreendimento (pelo setor financeiro), dos requisitos técnicos e operacionais do empreendimento (pelo setor técnico-científico), a decisão deverá observar também os requisitos legais (licença prévia, local da instalação), os recursos humanos para gerir o setor (pela administração de pessoal), e assim por diante. Cada setor da empresa pode sugerir orientações contraditórias em relação aos outros setores. A orientação econômica pode comprometer a segurança operacional do empreendimento, a orientação técnica pode inviabilizar o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, a orientação jurídica pode implicar redução de custos com multas decorrentes de eventuais infrações à legislação ambiental etc. Como se vê, essa simples decisão de instalação de uma ETE passa por vários sistemas da sociedade, com orientações funcionais autônomas e, por isso, possivelmente contraditórias. Mas mesmo assim, a decisão deve ser realizada, porque não decidir já é também uma decisão.

Mas uma decisão jurídica, diferentemente de uma decisão empresarial ou pessoal, é uma decisão cuja validade está na referência à forma de diferença direito/não direito.⁷ E como essa diferença é assimetrizada pelos programas jurídicos (legislação, princípios etc.), a decisão jurídica, para ser válida, pode ser até poética, mas está obrigada a decidir sobre o evento de o ambiente ser direito ou não direito. De outro modo, a decisão jurídica estaria corrompida, isto é, deixaria de ser jurídica para ser política, econômica, científica, moral, educativa ou outra coisa.

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

⁷ Ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, s/d.

que ela pode provocar no próprio direito (riscos) e nos demais sistemas da sociedade (perigos)⁸. Não lhe resta, portanto, alternativa senão confiar em sistemas peritos, isto é, nos demais sistemas da sociedade e torcer para que tudo saia bem. No direito ambiental, por exemplo, além de os impactos ecológicos não se limitarem a uma consequência local, sequer esse impacto ambiental (que, na dogmática, pode ser chamado de dano, excluindo, pois, todos os outros impactos cujos danos só apareçam daqui a vinte anos) pode ser avaliado pelo jurista sem o auxílio de peritos que trabalham com os códigos de outros sistemas (biologia, química, geologia, engenharias). E a situação na biotecnologia é a mesma.⁹

A questão que surge, portanto, é como uma decisão jurídica pode gerenciar a complexidade do ambiente. Em outras palavras, como e sob que condições uma decisão jurídica pode estruturar a complexidade do ambiente sob uma forma de diferença que produza sentido no direito? Como a decisão jurídica pode, de um lado, abrir-se para a complexidade do ambiente sem que ela se perca em um *continuum material* com os demais sistemas sociais? E, por outro lado, como a decisão jurídica pode manter sua identidade e autonomia autopoietica sem que ela se perca em um projeto cego em relação a todo o restante da realidade que transborda no lado de fora da forma da comunicação jurídica?

ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E CODIFICAÇÕES SECUNDÁRIAS

A autonomia operacional dos sistemas da sociedade impede o estabelecimento de relações de comunicação lineares entre a decisão jurídica e o seu ambiente sistêmico. Mas essa autonomia não significa que cada sistema é fechado em relação ao ambiente, nem que é aberto. Um sistema autopoietico não pressupõe nenhum elemento além dos seus próprios elementos. Cada operação do sistema é uma operação recursiva, baseada tão somente na diferença entre auto e heterorreferência, sem nenhuma referência a um termo final ou a uma meta que, quando alcançada, daria o sistema por cumprido e o extinguiria. Cada sistema é um conjunto de operações que se efetua uma depois das outras, “em

⁸ Sobre a distinção risco/perigo, ver LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992. Opta-se aqui por essa forma de distinção, em face do ganho de complexidade na manutenção da diferenciação funcional entre o sistema que decide (risco) e o sistema (ambiente) que é afetado pela decisão (perigo), que em uma perspectiva de distinção risco/seguridade (ver, por exemplo, BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo*. In: GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, especialmente p. 210 e seguintes) não seria possível conhecer.

⁹ Para uma discussão ética sobre as biotecnologias, ver HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

um movimento sem começo absoluto e sem fim necessário”.¹⁰ Uma efetuação que o efetua sem qualquer referência externa. Um “fazer existir” que o faz existir na forma de operações.¹¹ Por isso, as relações entre sistemas autopoieticos são de difícil precisão. Há interferências entre sistemas autopoieticos, mas essas interferências são aleatórias, vale dizer, são interferências produzidas por relações de causalidade não lineares, e, por essa razão, dinâmicas e instáveis.

A forma por meio da qual se podem observar essas relações de interferência entre sistemas se chama acoplamento estrutural.¹² Um acoplamento estrutural ocorre entre dois sistemas autônomos quando compartilham um ou vários elementos de sentido.¹³ Pode-se ilustrar isso com o seguinte exemplo: a atuação em um jogo de xadrez é determinada por regras fáceis (posições no tabuleiro, limites para o movimento das peças, alternância dos jogadores) que cabem perfeitamente em um algoritmo ou programa condicional. O espaço do xadrez, embora com inúmeras possibilidades, é um espaço claramente limitado pelas regras desse jogo. Mas, ao contrário do mundo do xadrez, o mundo da direção de um automóvel não possui regras determinadas com exatidão. Além das regras de trânsito (sinais, faixas, placas, cruzamentos), há pedestres, bicicletas, veículos, alguns mais e outros menos velozes, condições climáticas e a própria cultura de trânsito. Essas variáveis são indeterminadas, e, por isso, não cabem em um algoritmo: um robô programado para dirigir poderia guiar com segurança pelas rodovias do mundo, mas a segurança dos pedestres e dos outros veículos pressuporia um sistema de reconhecimento e de aprendizado¹⁴ por esse robô. A “habilidade” desse robô motorista de não atropelar pedestres ou outros veículos dependerá do desenvolvimento de habilidades cibernéticas adquiridas não pela sua programa-

¹⁰ CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 136.

¹¹ A expressão “operações” pode ser lida, aqui, também no sentido de “estrutura”, em face da relação com o tempo (sobre isso, ver LUHMANN, Niklas. *Estructura y tiempo*. In: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappé y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 255-323). Mas como a estrutura de um sistema autopoietico também é produto de si mesmo, e, portanto, contingente, a estrutura é apenas processos, apenas operações, conforme as últimas publicações de Luhmann (ver especialmente *El derecho de la sociedad*, cit.; e *La ciencia de la sociedad*, cit.). Nesse sentido, também, PRIGOGINE, Ilya. *O nascimento do tempo*. Tradução do Departamento Editorial de Edições 70. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 27.

¹² Expressão de MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*, cit., p. 87 e seguintes.

¹³ Embora os sentidos não sejam compartilhados, apenas os elementos, porque o sentido é reconstruído conforme a lógica interna de cada sistema (LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 28).

¹⁴ Exemplo de VARELA, Francisco; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. *A mente incorporada. Ciências cognitivas e experiência humana*. Tradução de Maria Rita Secco Hofmeister. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 155.

ção, mas *na sua experiência de direção*, autogerada a partir da diferença entre satisfação/frustração. Ele deveria aprender, dentre outras coisas, a não mais repetir condutas que a ele foi possível identificar por meio de uma buzina (frustração) e manter as condutas satisfatórias (não frustrantes). Obviamente, ao menos até hoje, isso só um humano pode fazer: porque só o humano é autônomo o suficiente para aprender com a experimentação de suas frustrações/satisfações.

A partir desse reconhecimento da autonomia do motorista (e também dos pedestres e dos outros motoristas), a observação do acoplamento estrutural se torna mais visível. No exemplo do motorista, embora ele seja um sistema autônomo, ele deve autocondicionar sua experiência no trânsito com a dos pedestres e dos outros condutores, para que ele possa dirigir seu veículo sem provocar acidentes: esse motorista deverá reduzir a velocidade para não colidir com o veículo na sua frente e também deverá desviar dos pedestres. No trânsito (ambiente), o motorista é forçado, para continuar dirigindo, a compartilhar esse trânsito com os pedestres e demais condutores. Então, o motorista pode ser observado como um sistema operacionalmente autônomo, mas submetido às condições de tráfego (ambiente), da qual compartilham os outros sistemas (pedestres e demais condutores). E não há muito o que esse motorista (sistema) possa fazer para influenciar os outros sistemas (pedestres e demais motoristas) em um contexto de trânsito (ambiente), a não ser utilizar sua buzina, piscas, gestos e condutas que, para os outros sistemas (também autônomos), podem ser entendidos como atraso, desespero, grosseria, provocação, suplicação, enfim, cada um dos outros sistemas pode responder à sua própria maneira. Em outras palavras, a intenção do motorista (sistema), ao utilizar seus instrumentos para intervenção nas condições do trânsito (ambiente), pode não corresponder às suas expectativas. Do mesmo modo, a utilização dos instrumentos de intervenção do direito (sistema) na economia, na ecologia ou na política (ambiente) pode não corresponder ao que o jurista esperava.

Um acoplamento estrutural entre direito e economia ocorre mediante o compartilhamento de elementos de comunicação simbolicamente generalizados, como o contrato e a propriedade. Tanto o contrato quanto a propriedade conectam comunicativamente direito e economia, porque qualquer modificação nas condições jurídicas do contrato ou da propriedade produz ressonâncias na economia e vice-versa. Mas tal como os pedestres e os demais motoristas, a resposta da economia às interferências do direito na regulamentação do contrato e da propriedade pode não corresponder às expectativas depositadas no direito ao produzir essas interferências.

Assim, todo acoplamento estrutural é um ponto de contato comunicativo não linear entre sistemas, que pressupõe uma estrutura de codificação secundária para a sua operacionalização. Por exemplo, alguém que só entende português e espanhol não terá acesso a sistemas que utilizam comunicação por outro meio linguístico (porque aqui não há acoplamento estrutural), salvo se esses sistemas,

ou a própria pessoa, estão equipados com um decodificador dos códigos da linguagem não conhecidos (tradutor, dicionário ou outro instrumento que realize o acoplamento estrutural). No ambiente da sociedade, esse “alguém” pode assimilar todas as informações comunicadas por outros sistemas, exceto as que utilizem codificação diversa da estrutura da língua portuguesa ou espanhola. As comunicações em inglês e alemão, por exemplo, serão observadas por esse humano que só entende português e espanhol apenas como ruído sem sentido, embora possa saber que esse ruído tenha sentido para outros sistemas.

Observa-se nesse exemplo que a diferença entre informação que não informa (ruído) e informação que informa (comunicação) é uma diferença produzida pela noção de acoplamento estrutural entre sistemas sociais, cuja assimetriação é realizada através um meio de comunicação codificado binariamente, isto é, um meio de comunicação simbolicamente generalizado que permite o compartilhamento de informações entre sistemas, produzindo, assim, ressonância. A utilização de codificações secundárias, portanto, é o meio através do qual se pode incrementar a capacidade de assimilação da complexidade do ambiente nas decisões jurídicas, porque as codificações secundárias são as chaves para as portas dos acoplamentos estruturais.

Como já demonstrado, as estruturas de codificação secundária utilizadas pelo direito para observar as informações do ambiente continuam sendo a clássica codificação secundária da economia (o sentido de “bem” jurídico). A assimetriação entre perícias técnicas e decisões jurídicas, contudo, possibilita ir mais longe: agora se pode ver que a decisão jurídica dispõe de uma outra estrutura de codificação secundária além da econômica. Ela dispõe da ciência sob a forma das perícias técnicas.

O ACOPLAMENTO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA

A observação da projeção das consequências das decisões jurídicas no ambiente sistêmico é apenas uma auto-observação a partir da referência à unidade operacional direito/não direito. Mas não é o direito que tem a competência social para dizer se um evento do ambiente é sustentável ou degradante, e, sim, a ecologia; como não é a ecologia que pode dizer se um evento do ambiente é direito ou não direito. A economia também não dispõe de uma estrutura capaz de decidir sobre o direito/não direito de um evento e nem sobre a sustentabilidade/degradação, mas tão somente sobre o lucro/prejuízo.¹⁵ As decisões jurídicas sobre

¹⁵ A própria economia ambiental trabalha no sentido da quantificação monetária dos recursos naturais para possibilitar decisões acerca do lucro/prejuízo na utilização desses recursos. A própria economia, assim, “autocontrola-se” a não degradar o meio ambiente em níveis capazes de interromper as suas próprias operações de produção.

novos direitos podem então passar a observar as operações da ecologia, da ciência, da economia etc., para manterem um melhor nível de atualização à complexidade do ambiente, por meio da utilização do código científico (verdade/falsidade) como estrutura de codificação secundária.

No caso do direito ambiental, o acoplamento estrutural com a ecologia, pelo meio de comunicação da ciência, torna-se possível porque a unidade operacional da ciência (código verdade/falsidade) é compartilhada no mesmo nível de codificação entre a ecologia e o direito. Sem embargo, é por meio do código científico que a ecologia observa no ambiente os eventos sob a forma sustentável/não sustentável – muito embora tenhamos dúvidas se a noção de sustentabilidade não constitui uma apropriação econômica da antiga noção científica de “conservação” da ecologia. A ecologia auto-observa a sustentabilidade/degradação dos eventos do ambiente pelo meio de comunicação da ciência, tal como o direito auto-observa a diferença direito/não direito dos eventos do ambiente por intermédio dos programas condicionais jurídicos, que geralmente demandam perícias, isto é, demandam a utilização dos meios de comunicação da ciência.

Assim, através do *meio* ciência, sob a forma das perícias, o programa do direito ambiental pode observar a verdade/falsidade a respeito da sustentabilidade/degradação (ecologia) dos eventos do ambiente, para então possibilitar a decisão sobre a licitude/ilicitude (reentrada no código direito/não direito) a respeito desse evento do ambiente. E é também por meio dessa codificação secundária científica que o direito pode observar a verdade/falsidade acerca da lucratividade/não lucratividade (economia) dos eventos do ambiente. Afinal, só com base em perícias contábeis e financeiras (ciência) é que a decisão jurídica conquistada em condições necessárias para decidir sobre o direito ou não direito dos eventos sociais que, conforme o programa condicional do direito, demandam essas informações.

Há uma estrutura jurídica favorável para isso no programa condicional dos novos direitos. Os critérios de exigibilidade de Estudo de Impacto Ambiental ou de qualquer licenciamento ambiental, por exemplo, já são definidos pelo *meio* ciência, pois é a química, biologia, geologia e engenharias que informam ao direito ambiental o caráter potencialmente causador de impacto ambiental – ou de significativo impacto ambiental no caso da exigibilidade de EIA. Assim também no biodireito, o direito ou o não direito de um transexual realizar a cirurgia de transgenitalização já se encontra condicionado a laudos técnicos. Violações ao licenciamento de *softwares* também demandam perícias, porque vários *softwares* podem desempenhar a mesma função, e a sua diferença pode estar apenas nos códigos-fonte, assim como a questão das criptografias, da eutanásia, das pesquisas em humanos, entre outros exemplos.

A verificação empírica dessas descrições pode ser facilmente observada na práxis do direito ambiental: não há ação civil pública, ação penal, termo de

ajustamento de conduta ou ação de execução de termo de ajustamento de conduta que não tenham iniciado a partir de uma perícia, ainda que essa perícia tenha sido realizada por instâncias de decisão alheias ao sistema científico da sociedade.¹⁶

Pode-se observar, então, que a utilização do *meio* científico como codificação secundária no direito produz, simultaneamente, possibilidades de cognitivização da normatividade e de normativização da cognição. Porque as expectativas cognitivas produzidas por essa sensibilização temporal da abertura cognitiva do direito *reentram* na unidade operacional direito/não direito, criando o tempo necessário para o cruzamento do limite entre as exigências de disposição ao aprendizado (expectativas cognitivas) e as garantias de dispensa dessas exigências de aprendizado pela generalização simbólica das expectativas cognitivas (expectativas normativas). Isso significa que o jurista pode agora sair do direito para observar o ambiente e voltar ao direito para decidir sobre o direito ou o não direito do que ele viu lá no ambiente, sem perder o caminho por meio do qual ele, paradoxalmente, saiu para entrar e entrou para sair. Esse “caminho” é a ciência da sociedade, e as portas de entrada e de saída se chamam acoplamento estrutural. As chaves para a abertura dessas portas se chamam codificações secundárias.

GESTÃO JURÍDICA DE SISTEMAS SETORIAIS: A INTEGRAÇÃO FUNCIONAL

Após esses delineamentos entre acoplamentos e codificações secundárias, pode-se agora passar a experimentar essa estrutura latente disponível nos novos direitos. Eleggem-se aqui apenas dois âmbitos da práxis do direito para experimentação: a prestação jurisdicional e a prestação de serviços de consultoria jurídica.

Tanto as decisões proferidas no âmbito das organizações judiciárias (prestação jurisdicional) quanto as efetuadas no âmbito das organizações empresariais (consultoria jurídica) realizam operações jurídicas. Ou seja, realizam decisões que operam a partir da unidade operacional do direito, que é a diferença entre direito e não direito. Se a unidade operacional fosse outra, como as diferenciações lucro/prejuízo, sustentável/degradante, verdade/falsidade, bem/mal, situação/

¹⁶ Como são os laudos técnicos elaborados por órgãos colaboradores, mas não integrantes do SISNAMA, que, embora obedeçam ao código científico verdade/falsidade, não obedecem ao rigor teórico e metodológico (programa científico) que só as instâncias especialistas possuem a capacidade de gerir. Não são raros, por exemplo, expedientes administrativos que apontavam a existência de degradação ambiental que, após perícias especializadas, foram arquivados porque a degradação (ecologia) não era verdadeira (ciência). Na região de Caxias do Sul, a maior incidência desses erros metodológicos na adjudicação da verdade ou falsidade (ciência) da degradação (ecologia) dizem respeito à caracterização científica de áreas de preservação permanente (direito).

oposição, a decisão já não seria mais jurídica, mas, sim, respectivamente, econômica, ecológica, científica, moral, política etc. E, como demonstrado anteriormente, é impossível uma decisão onicompreensiva de todos esses sentidos possíveis.

Quando a observação indica uma separação em âmbitos a respeito da diferença entre decisões judiciais e decisões consultivas, essa separação apenas se justifica como critério de distinção, e, portanto, de constituição paradoxal de sentidos possíveis. Essa diferença entre âmbitos é o que se passa a designar como sistema setorial. Sistema setorial é, pois, um âmbito mais ou menos rígido de observação dentro de um contexto de vários sistemas acoplados estruturalmente. Trata-se de uma forma de diferença para dar sentido à observação de mudanças nas operações internas de um sistema¹⁷ em relação ao ambiente. Pode-se definir, por exemplo, uma vara judiciária como um sistema setorial em relação às demais varas judiciais, no contexto de um sistema de organização judiciária. E pode-se definir também o departamento jurídico de uma empresa como um sistema setorial em relação aos demais departamentos (conselho, RH, *marketing*, financeiro, contábil, técnico, ambiental, vendas etc.), no contexto da organização empresarial.

Sistemas setoriais, portanto, não se confundem com sistemas de organização, tampouco com sistemas de interação. Trata-se de uma categoria conceitual que estamos utilizando para observar a existência de diferentes contextos de produção de sentido no âmbito interno dos sistemas de organização, os quais, todavia, também não se caracterizam pelas formas de sistemas de interação. Entendemos como sistema setorial um arranjo institucional, inscrito na estrutura de sistemas de organização, que produzem formas de racionalidade autônomas para as decisões dos diferentes setores da organização.

No contexto das organizações judiciais, as decisões jurídicas a respeito de eventos sociais tematizados pelos novos direitos são fortemente influenciadas pelas decisões peritas. Pense-se, por exemplo, na existência de um arroio que atravessa uma área urbana consolidada. Trinta metros de cada lado do arroio é área de preservação permanente, mas o arroio se encontra poluído, produzindo odores e disseminando doenças. Então, o proprietário de um lote atravessado pelo arroio solicita o licenciamento para a canalização e licença prévia para edificação sobre a área de preservação permanente. Pelo programa condicional do sistema jurídico, a concessão de licença para canalização e edificação sobre a área de preservação permanente seria absolutamente ilícita, salvo se cumpridos os requisitos da legislação. Mas um laudo biológico providenciado pelo empreendedor poderia informar à decisão jurídica que, para o cumprimento da proposta do art. 225 da Constituição Federal – meio ambiente sadio –, haveria apenas duas

¹⁷ O uso desse conceito na teoria da administração, com várias referências bibliográficas, pode ser observado em MALERBA, Franco. Sectorial systems and innovation and technology policy. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro: FINEP, v. 2, n. 2, p. 329-376, jul./dez. 2003.

alternativas: ou a canalização do arroio ou sua despoluição. A despoluição, geralmente, é uma alternativa bastante cara em se tratando de áreas urbanas consolidadas, cujo valor poderia ser investido em benefícios que proporcionariam um meio ambiente sadio para mais pessoas do que apenas àquelas que habitam a área atravessada pelo arroio poluído. Um laudo geológico poderia também informar ao jurista a possibilidade técnica ou não da edificação, enfim, a ciência produz informações ao direito sobre a conveniência ou não da canalização e edificação sobre determinada área de preservação permanente. Se for cientificamente comprovada a conveniência, não pode ser a decisão jurídica quem vai dizer sobre o caráter sadio ou não sadio, sustentável ou não sustentável daquele meio ambiente, naquelas condições. Não é o sistema jurídico o sistema competente para decidir sobre a salubridade/insalubridade do meio ambiente ou sobre a sustentabilidade/não sustentabilidade de determinada atividade. Uma decisão jurídica que proibisse a canalização de um arroio nessas condições, ainda que com base no programa condicional do direito, seria uma decisão desconectada da complexidade do ambiente, porque a própria diferenciação funcional do direito não lhe dá a competência para julgar sobre a salubridade/insalubridade, mas tão somente pelo direito ou não direito da concessão da licença de canalização do arroio poluído sem as exigências da legislação. Até o questionamento da decisão perita em um processo judicial só pode ser realizado por outra decisão perita (os assistentes técnicos das partes).

Do ponto de vista setorial, não há problema algum para a gestão dessas informações na decisão jurídica. Cada vara judiciária, câmara ou turma de segunda instância decidirá com base no conjunto probatório que instruiu o processo. Mas, do ponto de vista do ambiente dos sistemas setoriais, pode-se observar uma crescente independência das decisões jurídicas em relação a outras. As decisões jurisdicionais nunca foram tão autônomas em relação a outras quanto hoje, com os novos direitos.

A prova disso pode ser observada por meio de uma simples comparação entre as tentativas de sistematização das matérias jurídicas pela doutrina e a realidade na prática das decisões judiciais, que evoluíram para uma relativa independência em relação a outras decisões. Poucas decisões jurídicas dependem umas das outras,¹⁸ senão apenas de precedentes sobre a mesma matéria. O procedimento de uniformização de jurisprudência não passou a ser mais utilizado atualmente do que há décadas atrás, apesar de os conflitos terem aumentado, como fala a crítica sobre as questões da morosidade do Poder Judiciário. Pode-se afirmar, atualmente, que as decisões envolvendo novos direitos são decisões que não têm outra alternativa senão se tornarem independentes umas das outras,

¹⁸ Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 153.

porque esses conflitos jurídicos cada vez mais são conflitos entre posições opostas igualmente justificáveis.¹⁹

O direito ao desenvolvimento econômico, por exemplo, é tão justificável juridicamente quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E qualquer tentativa de consenso, aqui, como forma de conciliação entre esses dois postulados, estaria já condenada ao fracasso, em face da diferenciação funcional entre os sistemas ecológico e econômico da sociedade contemporânea.²⁰ A práxis do direito então pôde separar os princípios da proteção jurídica do meio ambiente dos da proteção jurídica do desenvolvimento, pelo mecanismo da setorialização dos sistemas decisórios, isto é, pela diferenciação das instâncias de decisão em varas especializadas, diferenciadas funcionalmente por critérios de competência.

Como se vê, a solução da prática forense foi mais criativa do que as soluções propostas pela doutrina, como foi a conhecida distinção entre princípios e regras e os critérios de razoabilidade e ponderação de bens.²¹ A prática distinguiu as matérias das competências para proporcionar um isolamento (fechamento) sistemático dos tipos de conflito em cada caso.²² A criação de juízos especializados comprova isso. Fora do limite da competência jurisdicional não se observam

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*, cit., p. 123.

²⁰ Se uma ação racional é aquela que encontra justificção nas ordenações normativas vigentes, então tanto as pretensões ecológicas como as econômicas são racionais, mas cada uma com uma racionalidade própria, que, então, demandaria consenso como forma de resolução, um “consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988. p. 36). O problema é que “Todo consenso descansa en un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica, y para ello hay que suponer que los sujetos que actúan comunicativamente son capaces de criticarse recíprocamente” (Ibidem, p. 168).

²¹ Essas propostas podem ser lidas em Canaris, Dworkin e Alexy, como observou MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 266 e 268: “Essa é uma estratégia de ocultação do paradoxo que procura apoiar a diferença legal/ilegal na ulterior assimetria princípio/consequência. [...] A forma princípio/consequência não pode observar a si mesma através de sua própria distinção: não se pode indicar, aqui, se a parte ‘princípio’ desta forma é um princípio (um ponto de partida) ou uma consequência; a mesma coisa vale para a outra extremidade da forma, a parte “consequência”. Com efeito, se o outro lado das consequências fosse os princípios, então a indicação de um princípio como referência produziria, ao mesmo tempo, a consequência, isto é, a própria referência a princípios produziria já suas próprias consequências.

²² Por exemplo, a ADI(MC) 1893-RJ, do Pleno do STF, que decidiu no sentido de o “meio ambiente do trabalho” ser matéria de direito do trabalho, portanto, da competência legislativa da União, suspendendo a eficácia de uma lei ambiental do Estado do Rio de Janeiro (ver AGUIAR, Ruy Rosado. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 7, n. 25, jan./mar. 2002. p. 202). Ou seja, para conferir racionalidade à opção entre os dois lados da forma (ambiente de trabalho = ambiente /ou/ trabalho), o Pleno precisou criar uma diferenciação hierárquica: indicou o “meio ambiente” como gênero e o “trabalho” como espécie.

conflitos; então, apenas aqueles conflitos que escapam dessa diferença competência/não competência é que poderão ser observados como conflitos.

A questão que surge, portanto, nesse contexto de crescente setorialização dos sistemas de organização judiciária é a possibilidade de uma integração das decisões jurídicas no sentido de uma maior coerência na gestão das demandas judiciais. Antes da indicação de uma resposta a essa questão, observa-se o que ocorre com a setorialização no âmbito dos sistemas de organização empresariais, para que a resposta possa abranger esses dois tipos de sistemas de gestão de decisões jurídicas. A mesma resposta para ambos os sistemas é possível porque tanto a setorialização nas organizações judiciárias quanto nas organizações empresariais são o resultado de um mesmo fenômeno, qual seja: a crescente diferenciação funcional da sociedade. O próprio direito Estatal, em face da diferenciação funcional da sociedade globalizada, começa a conflitar com outras dimensões regulatórias não estatais, como as normas ISO-ABNT,²³ o Constitucionalismo Societário²⁴ e os códigos de *best practices* da governança corporativa.²⁵

No contexto das organizações empresariais (consultoria jurídica), elege-se como tema de experimentação a consultoria jurídica para a certificação ISO14000. Quando a NBR/ISO14001 foi editada, em 1996, a empresa que pretendesse essa certificação deveria atender a uma série de sugestões técnicas de standardização. No que diz respeito ao direito, bastava que a empresa documentasse os requisitos legais aplicáveis ao seu processo produtivo, disponibilizando-os por meio de mecanismos de consulta, como um CD de legislação ambiental, por exemplo. Em novembro de 2004, contudo, a NBR/ISO14001 sofreu alterações significativas do ponto de vista do setor jurídico: além da manutenção de procedimentos para identificação e acesso à legislação aplicável aos seus aspectos ambientais, a empresa agora deve determinar *como* os requisitos legais estão associados aos seus aspectos ambientais. Novamente, aqui, a definição desses aspectos depende de peritos (engenheiros, biólogos, geólogos etc.).

Isso significa uma exigência (ou uma sugestão, na linguagem da NBR) de integração das decisões jurídicas com as decisões dos demais setores da empresa, vale dizer, uma integração da consultoria jurídica nos planejamentos setoriais da empresa. Em outras palavras, a setorialização sistêmica da organização

²³ Disponíveis em: <<http://www.abnt.org.br>>.

²⁴ No âmbito da informática, ver, por exemplo, TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil*: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

²⁵ No Brasil, ver, por exemplo, os modelos (níveis 1 e 2) de governança corporativa fornecidos pela Bolsa de Valores do Estado de São Paulo. Em: BOVESPA. *Níveis diferenciados de governança corporativa*. São Paulo: Bovespa, 2002. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonv310502.pdf>>; ver também CARVALHO, Antonio Gledson de. *Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa*. São Paulo: Bovespa, 2003. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/usp niveis.pdf>>.

empresarial que pretenda a certificação ISO14000 deve ser “dessetorializada”. Esse paradoxo, no entanto, pode ser assimetrizado por meio de um terceiro valor criativo chamado função (observa-se a coincidência dessa solução empresarial com a solução judiciária de setorialização das varas judiciais sob critérios de competência, que também é um critério de diferenciação funcional). As decisões do setor jurídico da empresa continuarão a ser decisões do setor jurídico da empresa (autonomia operacional), mas integradas às decisões dos demais setores (dependência cognitiva). Assim, a função consegue desenvolver esse paradoxo da autonomia/dependência de um sistema setorial, apesar das instabilidades no ambiente da organização, porque ela é o resultado do próprio código operacional que estrutura a complexidade nos sistemas setoriais.

Por exemplo, o setor contábil decide, sob o código crédito/débito, a respeito dos eventos do ambiente, enquanto o financeiro decide sob o código lucro/prejuízo, e os outros setores decidem cada um com base em códigos que produzem a sua própria identidade setorial. A função permite a ligação entre esses sistemas setoriais porque ela é uma autofunção,²⁶ vale dizer, ela é o próprio resultado da diferenciação produzida pelo código operacional de cada sistema setorial. O setor jurídico da empresa pode, por exemplo, decidir sobre o direito ou o não direito das metas definidas no planejamento do setor financeiro da organização, que, por sua vez, decidirá sobre o lucro/prejuízo da decisão jurídica e, então, oportunizará a outro setor (o conselho deliberativo, por exemplo) decidir sobre a viabilidade/inviabilidade dessas metas.

Como se vê, a observação da função é o que permite aos sistemas setoriais serem, simultaneamente, operacionalmente autônomos e cognitivamente dependentes uns em relação aos outros.²⁷ Não é coincidência que também nas organizações judiciárias a setorialização em varas, câmaras e turmas especializadas ocorreu por intermédio de diferenciações funcionais, denominadas competência funcional ou material. Essa coincidência na forma de setorialização nas organizações judiciárias e empresariais é resultado da assimetria do paradoxo da autonomia/dependência dos sistemas setoriais pela função que, sublinhe-se, é uma autofunção produzida pela própria forma de diferença com a qual cada sistema setorial produz a sua unidade (identidade) como unidade do que lhe é distinto.

²⁶ Prigogine fala em autofunção e demonstra matematicamente como é possível um sistema estar submetido à aplicação de operadores diferentes e, mesmo assim, permanecer com sua função invariada (PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002. p. 47 e seguintes).

²⁷ Ver TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 229: “No contexto de um sistema jurídico caracterizado por um alto grau de diferenciação funcional, a integração e unificação do direito deixou de poder ser obra de instrumentos conceptuais ou valorativos para passar a ser função da possibilidade de compatibilizar a autonomia dos diversos sectores jurídicos e da coordenação recíproca entre os respectivos princípios básicos”.

A assimetriação do paradoxo pela função, contudo, permite a integração das gestões setoriais porque as funções de um sistema são sínteses de uma grande quantidade de possibilidades. De todas as possibilidades, só as possíveis de serem realizadas pelo sistema constituem funções.²⁸ A função do sistema constitui então uma orientação às suas operações sempre para o foco da unidade do sistema.

Embora a função que um sistema desempenhe para o sistema total da sociedade não constitua a base autorreferencial de suas operações,²⁹ a função é uma diferença com a qual um sistema setorial orienta suas operações com vistas a prestações aos demais sistemas setoriais, criando um *feedback* que permite a avaliação dos níveis de influência informados pelos demais sistemas setoriais, e, assim, dos níveis de coordenação (coerência) das operações de cada sistema setorial em relação à organização. Assim, a função suprime a necessidade de cláusulas gerais como *meio* para a tentativa de abranger toda a complexidade de uma decisão. A orientação funcional do sistema serve, portanto, como orientação para a decisão possível no caso concreto, sob a programação condicional do sistema (passado) do ambiente em que está submetida (presente) e com a abertura para a observação de oportunidades e riscos da programação finalística (futuro). É nessas condições que passado (norma jurídica), presente (condições ambientais) e futuro (riscos) podem tornar-se presentes em uma decisão jurídica setorial integrada aos demais sistemas setoriais.

Por mais que a observação tente manipular, intervir ou controlar a forma com a qual os sistemas operam, acoplam ou se organizam, as formas de organização são sempre formas de auto-organização. Nenhuma ordem pode ser imposta do exterior ao sistema, nenhuma forma de organização pode ser manipulada por uma ação externa à própria forma de auto-organização do sistema. A integração das formas de gestão jurídica é o resultado dessas próprias formas de gestão jurídica em sistemas setoriais. A observação até pode pretender manipular o ambiente do sistema a partir do qual ela opera, mas o ambiente, como afirmou Foerster, é como ele é.³⁰ A instabilidade das trajetórias evolutivas³¹

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*, cit., p. 273: as funções “son siempre puntos de vista de la comparación entre posibilidades realizadas y otras”.

²⁹ Pois a designação da identidade do sistema como unidade de diferença é atributo da autorreferência basal (código).

³⁰ Ver FOERSTER, Heinz Von. Notas para una epistemología de los objetos vivientes. In: FOERSTER, Heinz Von. *Las semillas de la cibernética*. Edición de Marcelo Pakman. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1996. p. 78: “El ambiente no contiene información; el ambiente es como es”.

³¹ Utiliza-se aqui a expressão de PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança*. Metamorfose da ciência. Tradução de Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trinchiera. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 207: “Os caminhos da natureza não podem ser previstos com segurança; a parte de acidente é neles irreduzível e bem mais decisiva do que o próprio Aristóteles julgava: a natureza bifurcante é aquela em que pequenas diferenças, flutuações insignificantes, podem, se se produzirem em circunstâncias oportunas, invadir todo o sistema, engendrar um regime de funcionamento novo”.

dessas diversas formas de organização social não permite a concretização dessa ambição de manipulação ou de transformação planejada, pois nenhuma forma de organização é legítima. Nenhuma pode ser imposta pelo direito ou por qualquer outra instância de autoridade: todas são produtos de circunstâncias.

SETORIALIZAÇÃO E GOVERNANÇA JURÍDICA

Essa investigação sinalizou a forma de sistemas setoriais como uma categoria importante de observação da prática das decisões no âmbito dos sistemas de organização. Trata-se de arranjos institucionais que não se confundem com as organizações, tampouco com os sistemas de interação. Os sistemas setoriais permitem observar o modo por meio do qual as organizações/decisões estabelecem referências comunicativas criativas com o ambiente sistêmico, abrindo a decisão jurídica para a complexidade do ambiente, mas, ao mesmo tempo, estruturando essa complexidade no âmbito da estrutura da organização.

A partir das noções de acoplamento estrutural e codificação secundária, desenvolvidas segundo os aportes da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, procurou-se descrever como é possível um sistema setorial ser, ao mesmo tempo, setorial e não setorial, isto é, como é possível um sistema setorial desparadoxizar o paradoxo de ser simultaneamente autônomo e dependente dos demais sistemas setoriais, por meio de uma assimetriação pela introdução do terceiro valor indeterminado: a função que os outros sistemas setoriais (ambiente) prestam uns aos outros.

Nesse contexto de alta complexidade é que se pode pensar em governança jurídica para a gestão da complexidade que envolve as relações (não lineares) entre sistemas setoriais. Por isso que uma boa governança jurídica pressupõe mais do que um conjunto de métodos e técnicas para incrementação da eficiência, coerência, responsabilidade e transparência das ações setoriais em um contexto de organização de decisões:³² pressupõe criatividade na assimetriação dos paradoxos. Entre o desejado e o viável, a integração funcional parece ser o melhor caminho para a ligação entre sistemas setoriais na base de uma gestão coerente da comunicação jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, ano 7, n. 25, jan./mar. 2002.

BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

³² Utiliza-se o conceito de governança da COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Governança Europeia*. Um livro branco. Bruxelas: COM (2001) 428 final, 2001. p. 8. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2001/com2001_0428pt01.pdf>.

- BOVESPA. *Níveis diferenciados de governança corporativa*. São Paulo: Bovespa, 2002.
- CAIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente: custos e benefícios*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Nobel, 1992.
- CARVALHO, Antonio Gledson de. *Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa*. São Paulo: Bovespa, 2003.
- CLAM, Jean. A Autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Governança europeia*. Um livro branco. Bruxelas: COM (2001) 428 final, 2001.
- FOERSTER, Heinz Von. Notas para una epistemología de los objetos vivientes. In: FOERSTER, Heinz Von. *Las semillas de la cibernética*. Edición de Marcelo Pakman. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.
- HART, Stuart L. Além da consciência ecológica: estratégias para um mundo sustentável. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. *Estratégia corporativa*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, s/d.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- MALERBA, Franco. Sectorial systems and innovation and technology policy. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro: FINEP, v. 2, n. 2, p. 329-376, jul./dez. 2003.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança: metamorfose da Ciência*. Tradução de Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *As leis do caos*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *O nascimento do tempo*. Tradução do Departamento Editorial de Edições 70. Lisboa: Edições 70, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo Direito. In: *Anuário do PPGD- -Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

VARELA, Francisco; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. *A mente incorporada. ciências cognitivas e experiência humana*. Tradução de Maria Rita Secco Hofmeister. Porto Alegre: Artmed, 2003.