

## **AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO: DECISÃO QUE JURISDICIZA A TEORIA CONSTRUTIVISTA DA AUTORRESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NOS CRIMES AMBIENTAIS**

**[THE AUTOPOIESIS OF THE JUDICIAL SYSTEM: DECISION WHICH JUDICIALIZES THE CONSTRUCTIVIST THEORY OF BUSINESS AUTO LIABILITY IN ENVIRONMENTAL CRIMES]**

**Paulo Afonso Brum Vaz<sup>1</sup>**

Resumo: O artigo discorre sobre uma possibilidade de autopoiese no sistema judicial para a solução do problema da irresponsabilidade sistêmica (organizacional e estrutural) quanto aos delitos ambientais praticados por empresas, a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Encaminham-se aproximações sobre a autopoiese em Maturana e Varela e, em seguida, sobre a autopoiese do sistema judicial, sob a pena de Luhmann, examinando o modo pelo qual suas estruturas são operacionalmente predispostas à estabilização e generalização das expectativas criadas no seu ambiente. Descreve-se, ao final, um exercício autopoietico, vazado na ideia de acolhimento da teoria construtivista de autorresponsabilidade empresarial defendida por Carlos Gómez-Jara Díez, trazendo à colação a experiência de um caso concreto em que a decisão do Tribunal (órgão central do sistema jurídico), em autêntica autopoiese sistêmica, rompeu com os precedentes da jurisprudência então remansosa, para assentar que a responsabilidade penal das empresas é autônoma em relação à das pessoas físicas que as apresentam, jurisdicizando, assim, uma categoria penal forjada na perifericamente na doutrina.

Palavras-Chave: Teoria dos sistemas; autopoiese; sistema do direito; culpabilidade; pessoa jurídica.

Abstract: The article discusses a possibility of autopoiesis in the judicial system in order to solve the problem of systemic irresponsibility (both organizational and structural) regarding environmental offenses committed by companies, based on Niklas Luhmann's Systems Theory. Approaches on autopoiesis by Maturana and Varela are elaborated, followed by approaches on Luhmann's work about autopoiesis of the legal system, examining the way in which their structures are operationally prone to stabilization and generalization of the expectations created in their environment. In the final part, an exercise on autopoiesis is described, cast on Carlos Gómez-Jara Díez's constructivist theory of business auto liability. A concrete case experience is described, in which the Court's (main organ of the judicial system) decision, in genuine systemic autopoiesis, broke with precedent jurisprudence to

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal, Corregedor Regional da Justiça Federal da 4ª Região, doutorando do PPGD Unisinos, Mestre em Poder Judiciário (FGV).

settle that the criminal liability of companies is autonomous with respect to that of the individuals that represent them, juridicizing a criminal category wrought in peripheral doctrine.

Keywords: Systems theory; autopoiesis; law system; culpability; legal person.

## **Introdução**

Encaminham-se as aproximações que seguem no sentido de uma análise das possibilidades de atuação da Justiça Penal, enquanto órgão central do sistema jurídico e redutor de complexidades por excelência, comunicativamente com o seu entorno na produção autopoietica de alternativas para o problema da irresponsabilidade organizacional e estrutural (sistêmica) das empresas por prática de crimes ambientais, independentemente da persecução penal contra a pessoa física que materializou a conduta. Este é o cenário a ser descrito, na perspectiva de uma matriz pragmático-sistêmica conduzida pela observação (de segunda ordem), que coloca em evidência contingências, complexidades, riscos e paradoxos.

Ao desiderato definido, resume-se o esforço argumentativo no sentido de apresentar, em largas linhas, os principais fundamentos da autopoiese de Maturana e Varela transposta para a teoria social e para o Direito por Niklas Luhmann. No mesmo sentido, na pena do mesmo Luhmann, trasladam-se essas noções basais para a compreensão do sistema jurídico e seu órgão central, o Poder Judiciário, na sua operacionalidade dirigida à estabilização das expectativas normativas sociais e à solução de conflitos, seja pela comunicação com a periferia, seja mediante o acoplamento com o entorno, portanto, os demais sistemas parciais.

A essa altura, a delimitação necessária ao âmbito deste ensaio direciona o debate para a hipótese que se alvitra, consubstanciada no acolhimento do modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial proposto por Díez (2012) com base na *teoria dos sistemas sociais* de Luhmann, cujo pressuposto epistemológico seminal reside na ruptura e substituição da matriz de conhecimento individualista e unitário pelo entendimento de uma pluralidade de sujeitos e olhares paralelos.<sup>2</sup>

Sustenta-se, a partir da observação diferenciadora, maior e nova funcionalidade às operações estruturais comunicativas que viabilizam a decisão jurídica acerca da responsabilidade penal ambiental de pessoa jurídica, considerando a demanda de um entorno marcado pela complexidade, a contingência, a incerteza, o risco e, afinal, a intensificação da

---

<sup>2</sup> Consoante, mostra Rocha (2009, p. 12), "de acordo com Luhmann, a epistemologia clássica se interessa pelas relações intersubjetivas, em que cada sujeito produziria a mesma observação e o mesmo mundo", por isso propõe a observação de segunda ordem (cibernética), passando da "observação *monocultural* a outra, *policontextural*".

degradação ambiental, a definir uma expectativa de comportamento protetivo do ambiente por todos, mas, sobretudo, no mundo do capitalismo, dos agentes econômicos. A decisão judicial descrita, comunicativamente com o entorno (acoplando), optou por um modelo de argumentação que, desligando o passado, como disse Ost (1999), rompe com a jurisprudência então vigente que toma a *dupla imputação* como pressuposto necessário da incriminação de pessoas jurídicas por delitos ambientais, gerando o problema da irresponsabilidade organizada/estrutural. Com isso, ao que se pretende evidenciar, constitui-se autêntica decisão jurídica que, desbordando de um sentido meramente reprodutor e redundante, insere a inovação (pela diferença), possibilitando a evolução temporal, prática e social do sistema social.

### **1 Autopoiese em Maturana e Varela: o embrião da teoria social sistêmica de Luhmann**

A história do conhecimento humano, da cognição ou compreensão do mundo pelos seres vivos, o que Maturana e Varela (2001) chamaram de *biologia da cognição*, estabeleceu-se enquanto apreensão da realidade sem a interferência do sujeito, é dizer, uma representação fiel da realidade independente do conhecedor. O mundo é pré-dado. A construção humana não constitui conhecimento, assim como as artes e os saberes humanos. Essa ideia, não sem contestações, persiste hígida nos dias atuais: o conhecimento é objetivo e a subjetividade deve ser descartada, o cérebro humano recebe já prontas as informações e apenas as processa. É a essência do chamado *representacionismo* (a mente como espelho da natureza), que constitui o marco epistemológico da cultura moderna.

A tese central de Maturana e Varela (2001, p. 9-10) parte da premissa de que vivemos no mundo e, por isso, fazemos parte dele; vivemos com os outros seres humanos e, portanto, compartilhamos com eles o processo vital. Construimos o mundo em que vivemos durante nossas vidas. Por outro lado, ele também nos constrói ao longo desta viagem comum. O mundo não é anterior à nossa experiência. Em suma: se a vida é um processo de conhecimento, os seres vivos constroem este conhecimento não a partir de uma atitude passiva e sim pela interação. Aprendem vivendo e vivem aprendendo. As três premissas básicas da autopoiese em Maturana e Varela (2001, p. 32) são as seguintes: “Tudo o que é dito é dito por alguém”. “A reflexão é um fazer humano, realizado por alguém em particular num determinado lugar”. “Todo ato de conhecer faz surgir um mundo”.

Assim, os cientistas chilenos (2001, p. 22) iniciam seu projeto de estruturação biológica cognitiva na presunção de romper com a tendência, dizem, de vivermos num mundo de certezas, de solidez perspectiva não contestada, em que nossas convicções provam que as

coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo. Essa é a nossa situação cotidiana, a nossa condição cultural, o nosso modo habitual de ser humanos.

A *Árvore do Conhecimento*, na proposta original dos seus autores, representa um convite à suspensão do nosso hábito de cair na tentação da certeza, que fomentou o pensamento moderno (a dicotomia conhecimento *versus* experiência). A autopoiese é concebida como instrumento de investigação da realidade. De fato, Prigogine (2004, p. 112), discorrendo sobre os paradigmas modernos, afirmava que "o desenvolvimento científico desemboca numa verdadeira eleição metafísica, trágica e abstrata: o homem tem que eleger entre a tentação, tranquilizadora, mas irracional, de buscar na natureza a garantia dos valores humanos, a manifestação de uma pertinência essencial, e a fidelidade a uma racionalidade que o deixa só em um mundo mudo e estúpido" (tradução nossa).

A palavra autopoiese deriva do grego, auto-αυτο, "auto", e ποιησις, poiesis "criação" ou "produção". Constitui, em verdade, uma espécie de *neologismo* empregado pelos biólogos chilenos Maturana e Varela para designar *a organização dos sistemas vivos*. A condição para que haja autopoiese é a existência dos *seres vivos sobre a produção contínua de si mesmos*. O termo foi empregado na biologia, sendo, mais tarde, adotado por outras ciências, principalmente a sociologia e o direito. Hodiernamente, ele é utilizado em diversos campos como a psicoterapia, a administração, a antropologia, a cultura organizacional e em outros tantos. A autopoiese é, dessarte, a propriedade que os sistemas autorreferidos apresentam de, a partir dos seus próprios elementos, produzir a si próprios como *unidades diferenciadas*. Para tal empresa, os sistemas precisam se autorrepararem, se autorreestruturarem, se autotransformarem e se autoadaptarem, porém sem perder suas identidades.

O conjunto de transformações que um sistema autopoietico pode sofrer é determinado pela sua organização (invariante) e pela sua estrutura (variante). Não possui nem entradas nem saídas, é dizer, são estruturalmente determinados. A sequência de tais mudanças é definida pela sequência de deformações sofridas pelo sistema. As deformações a que se submete um sistema autopoietico se radicam ou do *meio externo* ou do *próprio sistema* (os estados que se constituem para compensar as deformações podem gerar outras mudanças compensatórias). Estas duas matrizes de deformações são indistinguíveis na fenomenologia da organização autopoietica e o entrelaçamento das duas compõe uma única ontogênese.

Vê-se, de plano, que *Organização e Estrutura* são as noções fundamentais para a teoria autopoietica dos sistemas biológicos em Maturana e Varela. *Organização* de uma unidade ou sistema são as relações que ocorrem entre os seus componentes para que se possa

reconhecê-los como membros de uma classe específica (tipo particular), portanto, necessariamente estarão presentes no sistema (unidade composta) para lhe definir a existência (2001: 50). As organizações, enquanto forma de acoplamento estrutural, no desempenho das suas funcionalidades institucionais, produzem observações, descrições e tomadas de decisão que interessam ao sistema social como um todo, mas que serão *sentidas* de forma diferente em cada um deles.

Em Parsons (1974), as estruturas são modelos de cultura normativa institucionalizada. A *estrutura* é representada pelo conjunto de relações efetivas entre os componentes presentes numa máquina concreta dentro de um espaço dado. Simplificando, a *estrutura* corresponde à dinâmica de funcionamento efetivo do sistema, por isso a *organização* de um sistema pode se efetivar a partir de muitas estruturas diferentes, na medida em que o conjunto de relações e propriedades que a definem são um subconjunto daquelas. Cada observador pode perceber a estrutura como pertencente a diferentes classes de unidades compostas, pois poderá abstrair subconjuntos diferentes de relações e propriedades em diferentes estruturas pela qual ela se efetive. Para que a organização possa permanecer invariante, enquanto realizável por diferentes estruturas, existem limites (estabilidade) para as variáveis dessa estrutura, que, uma vez superados, produzem a *mudança da organização* (2001: 54). São estruturas dos sistemas sociais os papéis, as normas, as coletividades e os valores (Parsons, 1974).

Todos os sistemas construídos pelo homem têm uma finalidade específica. Os conceitos de finalidade, de objetivo e de funcionamento são introduzidos pela necessidade de comunicação no domínio do *observador*. A finalidade não se apresenta como uma característica da sua organização, mas, sim, do *domínio do seu funcionamento*. Um carro, mantida a sua integridade física (ou seja, mantido o conjunto de relações entre os seus componentes, e, portanto, mantida a sua organização) não deixará de ser um carro se lhe for dada uma finalidade diferente, v.g., se, ao invés do transporte de objetos e pessoas, passe a servir para escorar uma parede. Maturana e Varela (2001, p. 54) exemplificam com a descarga do banheiro. A organização é invariável (controle da passagem de água), mas a estrutura é variável, na medida em que cada casa pode utilizar um modelo próprio, de plástico, madeira ou outro material.

Outras categorias fundamentais na obra de Maturana e Varela, ao lado da *organização* e *estrutura* dos sistemas, são *comunicação*, *acoplamento estrutural*, *informação*, *cognição*, *observação* e *observador*. Começemos pelo fim. O *observador* é, segundo a definição de Maturana, tomada de empréstimo por Rocha e Duarte (2012b, p. 15),

*un ser humano, una persona; alguien que puede hacer distinciones y especificar no que distingue como una entidad (un algo) diferente de sí mismo, y puede hacerlo con su propias acciones y pensamientos recursivamente, sendo capaz siempre de operar con alguien externo (distinto) de las circunstancias en las que se encuentra él mismo.*

A observação, em Luhmann (1997, p. 92), "debe ser toda forma de operación que lleve a cabo una distinción para designar una (y no la otra) de sus partes". O objetivo imediato<sup>3</sup> da observação sistêmica é observar o que outros observam (ou o mesmo observador em outro momento), constituindo, dessarte, uma observação de segunda ordem (*second order cybernetics*), em que o observador deve lançar mão de todos os preceitos da teoria circular (constituição operativa dos sistemas, clausura operativa e autopoiese) para entender como é possível que uma operação possa se produzir a si mesma, ao produzir a observação.<sup>4</sup> Esse é, aliás, o paradoxo de ser, ela mesma, uma operação de observação, melhor dizendo, a diferença entre operação e observação (*re-entry into the form*).<sup>5</sup> Para Luhmann (2009, p. 168), o que a observação de segunda ordem faz é uma tentativa de observar o que o observador não pode ver devido à sua localização. A observação de segunda ordem "deve fixar exatamente o ponto a partir do qual se observa como o outro observa o mundo". Daí ser inócua a ideia de que dois sistemas possam ter acesso comum a uma mesma realidade, pois a observação é construída a partir de bases operacionais (pontos de partida) diferentes (2009, p. 126). "A única restrição em relação à observação é a de que se deve operar com um ponto cego, com um ponto de invisibilidade, que garante a unidade da diferença, não importando qual seja a distinção, uma vez que a unidade da diferença não é observável" (2009: 160). O ponto cego constitui, pois, a distinção fundamental própria de um sistema social autopoietico, que *não pode ver que não pode ver o que não pode ver*. O sistema simplesmente fracassa em observar a distinção fundamental subjacente à observação. Luhmann (2009) disse que o ponto cego é o preço que o sistema paga pela sua autopoiese, resultando que os sistemas sociais permanecem invariavelmente alheios ao contingente e limitados às suas próprias observações.

Rocha e Duarte (2012b, p. 15), destacando a obra de Maturana, descrevem a *cognição* como um acoplamento estrutural adequado aos sistemas vivos e seu aspecto ecológico. Para Maturana, "viver é conhecer". Os sistemas vivos, determinados pela estrutura,

---

<sup>3</sup> Mediatemente, a observação de segundo grau está baseada em uma nítida redução de complexidade do mundo das possíveis observações: só se observa a observação, e só com esta mediação se chega ao mundo, dado pela diferença entre igualdade e distinção das observações (de primeiro grau e segundo graus). Mas, como ocorre com frequência, a redução de complexidade é o meio para a construção de complexidade (Luhmann, 1997, p. 94).

<sup>4</sup> Luhmann (1997, p. 93) conecta os conceitos de observação e contingência. "Sólo las observaciones de segundo grado dan ocasión para referirse a la contingencia y eventualmente reflejarla de modo conceptual".

<sup>5</sup> Expressão cunhada por Spencer-Brown (1972), que significa a reentrada da distinção naquilo que por ela mesma foi distinguido.

quando interagem entre si, não permitem interações instrutivas, o que significa dizer que tudo o que acontece em seu interior ocorre como mudança estrutural. Desta forma, deve o observador entender a *cognição* como "lo que hacemos o como operamos en esas coordinaciones de acciones y relaciones cuando generamos nuestras declaraciones cognitivas" (Maturana).<sup>6</sup>

Interessa trazer uma breve noção de *acoplamento estrutural* em Luhmann. O filósofo alemão, radicado no escólio de Maturana e Varela, mostra que o acoplamento estrutural, como conceito, explica também que os sistemas, na medida em que são completamente autodeterminados, desenvolvem-se em uma direção determinada, tolerada pelo entorno. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema chama-se *irritação*, que surge de uma confrontação interna de eventos do sistema com possibilidades próprias, com *estruturas estabilizadas*, com *expectativas*.<sup>7</sup>

O conceito de acoplamento estrutural, no dizer luhmanniano (2009, p. 136), corresponde a "um pequeno espectro de seleção de efeitos possíveis sobre o sistema, levando, por um lado, a que no sistema se realize um ganho muito alto de complexidade e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas". Assim, a função dos acoplamentos estruturais "consiste em abastecer de uma permanente irritação o sistema; ou, então, do ponto de vista do sistema, trata-se de uma constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante acoplamentos estruturais".

A *informação*, conceito-chave para teoria sistêmica. Luhmann introduz, em substituição ao indivíduo, a *comunicação*, e a operacionalidade às *estruturas* do modelo parsoniano. Representa um acontecimento que seleciona estados do sistema atualizando estruturas pré-concebidas para limitar as possibilidades e reduzir as complexidades. A *seleção* constitui um acoplamento interno e não um acontecimento que se desenvolve no meio, tendo como função excluir possibilidades e, com isso, reduzir a complexidade externa e aumentando

---

<sup>6</sup> Cfe. Rocha e Duarte, 2012b, p. 15, que, ademais, observam também, a partir de Maturana, a importância do construtivismo para a metalinguagem e a cognição da sociedade moderna, na medida em que permitem propor uma análise pragmática radical da comunicação e da linguagem.

<sup>7</sup> Não existe nenhuma *irritação* no entorno do sistema, nem sequer a possibilidade de transferência de *irritação* ao sistema. Sempre se trata de uma construção do sistema: "El sistema tiene, entonces, la posibilidad de encontrar en sí mismo las causas de la irritación y aprender de ella, o bien imputar la irritación al entorno y así de tratarla como casual, o bien buscarle su origen en el entorno y quitarlo", disse Luhmann (1993, p. 57). O ambiente pode afetar o sistema apenas a partir de *irritações* que são reelaboradas internamente. Reage aos estímulos não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. É a partir da seleção (depuração seletiva) de acontecimentos ocorridos no meio que o sistema pode atuar (Luhmann, 2009, p. 132).

a interna. A informação é sempre informação de um sistema. As normas de direito são *comunicações* providas de sentido e sua reprodução se dá apenas como *comunicação*, ou seja, como direito.

A *comunicabilidade* é o elemento operacional por excelência dos sistemas. A teoria dos sistemas sociais está baseada, como se disse, na ideia de *comunicação* justamente porque a *capacidade de comunicação* representa um traço comum de todos os sistemas parciais, a modo de lhes permitir a autopoiese e o acoplamento estrutural. O *sentido*, na teoria dos sistemas sociais, depende da *comunicação* (e da linguagem). A compreensão do fenômeno social, por meio dos laços de interdependência, pressupõe a *comunicabilidade*.

## **2 Teoria dos sistemas sociais e autopoiese no direito em Niklas Luhmann: noções propedêuticas**

Sintetizando, a *Teoria da Sociedade como Sistema* de Luhmann representa uma proposta construtivista, funcionalista e generalista de teoria social. Sistemas representam uma quantidade de elementos em constante interação, que se diferenciam e delimitam em relação ao seu entorno, operando dentro dos seus limites, é dizer, operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos, tendo como função precípua mediar a extrema complexidade do mundo e a limitada complexidade da capacidade de processamento do indivíduo, através da redução de complexidade. Atuam, assim, como sistemas autopoieticos de comunicação, percebendo-se reciprocamente como sistemas de ação. Embora não tenham interfaces, produzem acoplamentos estruturais que são interações sistêmicas que permitem a comunicação com o entorno, por meio de *irritações* e *perturbações*. São autopoieticos porque reproduzem a si próprios, seus elementos e suas estruturas, e observam o mundo por meio do desenho próprio das suas distinções: sua observação encontra-se confinada dentro de uma distinção fundamental expressada pelo seu código binário.

Na limitação do presente artigo, remetemos nosso leitor à extensa obra de Luhmann e seus corifeus, centrando nossa investigação na tentativa de mostrar sua operacionalidade e a dinâmica sistêmica na práxis da decisão judicial.

Na sua tarefa descritiva do direito (Habermas intenta criticamente justificá-lo), Luhmann chama a atenção para o fato de que na sociedade sempre ocorrerá uma diferenciação funcional quando a sociedade estiver diante de um problema e precisar resolvê-lo. Cumprido ao Direito (na sua diferenciação funcional) o papel de comunicar expectativas de



comportamento e fazer com que elas sejam reconhecidas.<sup>8</sup> O significado social do Direito é reconhecido quando há consequências sociais justamente em virtude de sua potencialidade estabilizadora das expectativas comportamentais.<sup>9</sup>

Maturana e Varela definem o sistema a partir da *diferença* em relação ao ambiente ou entorno.<sup>10</sup> Como um termostato que mede não a temperatura, mas a diferença de temperatura, um sistema tem como pressuposto e pressupõe a *diferença* em relação ao seu entorno. É justamente esta diferença que faz do sistema um *objeto autorreferente e autopoietico*. O entorno é pura complexidade e contingência. A visão sistêmica possibilita a observação, a descrição e a solução dos problemas com mais eficiência, *reduzidos em sua complexidade*, temporal, social e materialmente generalizando, estabilizando e simbolicamente imunizando as expectativas comportamentais.

O Direito é, pois, uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, social e objetivo (prático).<sup>11</sup> As expectativas temporalmente estáveis são as expectativas normativas, que constituem verdadeiras normas. São expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente, as que se mantêm para o futuro mesmo diante da ocorrência do fato desestabilizador (conduta desviada). A expectativa violada é mantida (não é abandonada) e a conduta desviada (discrepância) é atribuída ao autor enquanto algo irrelevante para sua vigência. Assim, a dimensão temporal da função do direito atende à seguinte sequência: expressar expectativas de comportamento, comunicar tais expectativas e fazer com que elas sejam reconhecidas. Estas tarefas são desenvolvidas no sistema por meio de *operações* que não têm início, nem fim, atuando circularmente na construção da estrutura que irá manter a história de produção das operações e, ao mesmo tempo, realizar as operações no sentido de condensá-las na forma de estruturas que conectam, recursiva e tautologicamente, as operações umas às outras, preparando as subsequentes e assim atualizando o sistema no tempo.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> A função do sistema jurídico não reside na criação do Direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. “Ele envolve um filtro processual pelo qual todas as ideias jurídicas têm de passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito” (Luhmann, 1985, p. 8).

<sup>9</sup> Em Luhmann, a função do Direito não é a de controlar condutas; se as condutas fossem controláveis, o Direito seria desnecessário. A conduta é sempre contingente, é o que ela é, mas poderia ser de outra maneira. (contingência é liberdade de escolha e, ao mesmo tempo, obrigação de escolher). Uma sociedade fracionada e completamente descentralizada é avessa à sujeição passiva.

<sup>10</sup> Os sistemas estão sempre, do ponto de vista de sua estrutura, *acoplados e orientados* em relação a um determinado entorno. “Se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno e utilizam seus limites para regular tal diferença. Sem diferença com relação ao entorno não haveria autorreferência” (Luhmann, 1998, p. 40).

<sup>11</sup> E as normas são estruturas simbólicas generalizadas congruentemente, representando dizer que não podem ser afetadas por fatos, mas, apenas, por comunicações.

<sup>12</sup> Cfe. Simioni e Pereira, 2009. p. 6504. Estes autores descrevem a tautologia e a circularidade de operações e estruturas, afirmando, com Luhmann, que essa tautologia expressa a profundidade e a insólita abstração do

Se levarmos em conta a dimensão social, a generalização vai ocorrer com a institucionalização das expectativas. Institucionalizar é possibilitar que a expectativa saia do modelo simples de interação social entre duas posições e ganhe uma anuência suposta e simbólica geral capaz de constituí-la como pauta de comportamento comum válida para todos. De outro modo dizendo, a generalização social atribui à expectativa um consenso geral suposto, independentemente do fato de existir ou não a aprovação de cada indivíduo.

Na dimensão material (pragmática), a *generalização* tem a função de identificar as expectativas em um contexto fático. Na sociedade hipercomplexa pós-moderna, a identificação de complexos práticos de sentido socorre-se dos papéis sociais e dos programas de decisões. O Direito, a propósito, é definido como um complexo de programas decisórios.

Em Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicação,<sup>13</sup> de forma que o elemento central da sua teoria é a comunicação.<sup>14</sup> Um sistema é definido pela fronteira entre ele mesmo e o ambiente, separando-o de um exterior infinitamente complexo. O interior do sistema é uma zona de redução de complexidade: a comunicação no interior do sistema seleciona apenas uma quantidade limitada de informações disponíveis no exterior.

No sistema jurídico, a autoprodução e a reprodução são possíveis graças à comunicação, que se revela polissemicamente, é dizer, uma de suas faces representa o lugar da interação formado por *símbolos normativos com funções persuasivas*; enquanto a outra mostra que este sistema de *símbolos normativos* age como *elemento causal* dos comportamentos sociais.<sup>15</sup>

---

conceito de autopoiese e representam que “as operações produzem as estruturas que reproduzem as operações que reproduzem as operações, sem um início absoluto, nem um fim necessário” (Idem, ibidem, p. 6504).

<sup>13</sup> Na teoria luhmanniana, não é o homem que pode comunicar-se, apenas a comunicação pode comunicar-se, constituindo uma realidade emergente *sui generis*. Os sistemas de consciência também são sistemas operacionalmente fechados. Não podem ter contato uns com os outros. Não existe a comunicação de consciência a consciência, nem entre o indivíduo e a sociedade. *A sociedade não é composta de seres humanos, mas de comunicações*.

<sup>14</sup> Luhmann abstrai os seres humanos como base do sistema social, ou seja, os sistemas não podem mais ser concebidos como sistemas de ações humanas inter-relacionadas, mas, sim de *comunicações*, ou, mais precisamente, enquanto sistemas autorreferenciais e autoprodutivos que produzem constantemente comunicação a partir da comunicação. A proposta epistemológica de fugir da subjetividade não representa que ele esteja desinteressado pelo homem, pelo indivíduo ou pelo sujeito. Ao seu desiderato de relativizar a *filosofia da consciência*, retira o foco do sujeito, do indivíduo, vezo perigoso da modernidade, sem, no entanto, suprimir o sentido humano de sua teoria. O que antes era o fundamento seminal das explicações sociológicas e filosóficas agora pertence à parte da teoria, na medida em que o sujeito passa para o entorno dos sistemas sociais. Este deslocamento, em absoluto, representa a redução da importância do sujeito. Apenas que o sujeito não pode mais ser ponto de partida para a descrição da sociedade e a construção de uma teoria social responsiva e que atenda às complexidades da modernidade. Ver, sobre o chamado escândalo da teoria, Luhmann, 1998, p. 156-166, em especial, cap. III-10, *La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre*. Melhor análise crítica em Izuzquiza, 2008.

<sup>15</sup> Ver, a propósito, Arnaud e Dulce, 2000. p. 318.

### **3 A posição dos tribunais na teoria dos sistemas sociais: fundamentos teóricos da decisão judicial no sistema do direito**

O sistema jurídico ou do direito é um sistema parcial autônomo do sistema social, autorreferenciado porque tem a capacidade produzir-se a si próprio pela autopoiese, como vimos de dizer. Mediante suas próprias *operações*, comunicativamente e (cognitivamente aberto), a partir da redução de complexidade encontrada no entorno, mediante a comunicação com a periferia e acoplamentos com o meio (demais sistemas e seus entornos), o sistema do direito se atualiza nas suas funções e diferenciações funcionais, estabilizando, institucionalizando e dando praticidade às expectativas sociais, sempre tendo como referencial normativo a Constituição da República, que constitui por excelência o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político.<sup>16</sup> O acoplamento estrutural permite as comunicações entre os sistemas parciais recursivos pré-dispostas à adaptação de seus programas de autorregulação. No caso dos sistemas sociais, possibilita, em última análise, o *encontro* entre o autodirecionamento jurídico e o autodimensionamento social. Age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais, possibilitando a constante e recíproca troca de influências entre os sistemas parciais, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui, promovendo uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico (Cf. Neves, 2012, p. 95-106).

Sabemos que o Direito é um subsistema social porque tem a sua própria funcionalidade e responde ao seu próprio código binário de referência. E que a mais importante das funcionalidades é a *decisão*. A sua autopoiese dá-se a partir da distinção entre a sua unidade e a complexidade (seleção forçada) do seu entorno, vale dizer, a *existência de mais possibilidades do que se pode realizar*. O entorno, já o dissemos, é pura complexidade, desconhecimento, obscuridade, incerteza e desordem. Como o entorno é inçado de complexidades, no sentido das suas conjecturas, contingências e circunstâncias (que refletem perigos de desapontamentos e necessidade de assumir riscos), da sua total diferença e de comportamentos que infringem as normas, e como cada expectativa pode não ser correspondida, ao sistema é imperioso reproduzir a si mesmo apenas dentro da sua unidade,

---

<sup>16</sup> A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural, na medida em que promove a ligação entre o sistema jurídico e o político. Funciona, pois, como fator de exclusão e inclusão: inclui novos valores e exclui outros anteriormente impostos ao Direito. Constitui também um mecanismo de irritação do sistema por trazer novas comunicações.

*cortando o cordão umbilical* que o une ao entorno, se *autonomizando*.<sup>17</sup> No seu universo depurado, é dizer, reduzido em complexidade e com limites devidamente demarcados, tem condições de existir, operacionalizar suas funcionalidades e desempenhar seu papel estabilizador das expectativas sociais.

O Direito é visto pelo observador<sup>18</sup> enquanto Direito, ou seja, a partir de um código binário próprio (diferença entre Direito e não Direito), com já se disse. É, pois, autorreferente no modo de observar a realidade, porque elege um código de comunicação que funciona como um filtro decodificador que lhe permite relacionar-se consigo mesmo e diferenciar estas relações diante das de seu entorno, compartilhando uma linguagem comum.

A resposta a esse teorema está em que a *contingência* adquire relevância para o sistema jurídico apenas segundo a diferença do seu próprio código de referência, isto é, na medida em que possa ser classificada a partir da diferença entre Direito ou não Direito.<sup>19</sup> "No seu próprio código – diz Luhmann (1990, p. 161) – dispõe o sistema de uma *contingência reformulada*, que lhe possibilita selecionar seus próprios estados e desenvolver e seus próprios programas (normas, princípios, doutrina, decisões de casos precedentes etc.), que regulamentam o que deve ser considerado Direito ou não Direito, em cada caso específico". Cumpre à doutrina, por excelência, a delimitação do código binário e dos subcódigos do

---

<sup>17</sup> O conceito de autorreferência exclui qualquer continuidade sistema e entorno. Quer dizer: cada descrição que o sistema faz do entorno (portanto, toda heterorreferência e toda abertura) só é possível com a construção do sistema. A complexidade do mundo não pode de maneira alguma ver-se refletida no sistema ou reproduzida por ele, porque isso implicaria a falência do sistema, no fim de sua autopoiese.

<sup>18</sup> Para a teoria da autopoiese sistêmica, o observador substitui o sujeito (do dualismo metafísico sujeito-objeto). O sujeito assujeitado (*subiectum*) dá lugar ao observador, e a observação fica dependente da posição do observador: não existe mais o observador absoluto, nem o objeto insuscetível de observação. Do observador é retirada toda a carga ontológica (absolutamente relevante para a filosofia clássica) e ele passa a ser considerado também fruto da observação que parte de alguma posição, preenchendo de construtivismo a operação de observação. Observar não é, para a teoria dos sistemas, acessar uma realidade situada no exterior, mas, sim, observar as distinções: o que acontece em comparação com o que não acontece. A observação, diz Luhmann, não é arbitrária, "dado que a teoria dos sistemas fechados autopoieticos parte do pressuposto fundamental de que a operação dos sistemas, ao estar determinada estruturalmente (MATURANA), depende de sua estrutura e seu passado" (Luhmann, 2009, p. 153).

<sup>19</sup> Cada sistema tem o seu código comunicativo, e é esse esquema binário que o identifica e permite que se comunique com o entorno. O do sistema jurídico é a diferença entre Direito e não Direito. Como os sistemas se comunicam, são herméticos apenas operacionalmente, mas abertos cognitivamente, é possível "importar" conceitos, mas estes conceitos precisam passar pelo crivo do código binário próprio e dos subcódigos do sistema que os recebe (precisam ser juridicializados, no caso do sistema jurídico). Em outras palavras, a solução deve ser endógena porque encontrada dentro do sistema, mas exógena no que recebe e absorve a influência do entorno, do exógeno social, podemos assim dizer. Os subcódigos são: diferença entre legislação e jurisprudência, normas jurídicas e normas positivas, jurídico e antijurídico, e mesmo a diferença entre o próprio código binário principal direito e não Direito e programação. Por exemplo, um conceito econômico é juridicizado quando empregado pelo sistema jurídico, ou seja, é decodificado juridicamente em legal ou ilegal, e não em razão da utilidade ou não utilidade. Definir o limite desta possibilidade, o que corrompe e o que não corrompe o sistema, constitui o problema filosófico da jurisdição na sua experiência comunicativa. Essa é a pragmaticidade do assunto, esse é o drama cotidiano dos juizes, no que são desafiados a desqualificar, a corromper o sistema, resolvendo questões com recursos que refogem ao código Direito/não Direito, ou seja, alopoieticamente, embaralhando os códigos de referência.

Direito, selecionando na sociedade os fatos que podem/devem ser considerados integrantes do sistema jurídico, numa relação não *normativa*, mas, antes, *cognitiva*. Sua atuação é mais dinâmica do que a normativa e mais estável do que a judicial.

Com isso, sintetizando, pode-se afirmar que a autopoiese do sistema jurídico significa que ele reproduz os elementos de que é constituído em uma ordem hermético-recursiva por meio de sua própria dinâmica interna, mas na dependência da interação com o seu próprio conjunto e da comunicação que estabelece com o entorno. No Direito, para Luhmann (1994, p. 20), a "comunicação autopoietica transmite, tanto na vida cotidiana como na prática organizada da decisão, a *qualidade normativa da comunicação* para a comunicação e reproduz, com isso, a si mesma".

Assim, o pressuposto para a constituição de um sistema jurídico autopoietico é o caráter mutável e relativamente transitório do Direito. A positividade do Direito exige que ele seja variável (em contraposição à imutabilidade do Direito Natural). O Direito Positivo é válido porque poderá ser mudado por uma decisão (é válido em razão de decisões que garantem sua validade), nisso também reside a sua legitimidade. Em outras palavras, é o próprio direito que atesta e acredita na sua validade, que exsurge exatamente da possibilidade de sua negação.

De uma maneira muito singela, pode-se afirmar que o direito vigente produz frustrações, que são expectativas normatizadas não concretizadas, mas que, não obstante, se mantêm e, por isso mesmo, necessitam ser constantemente reprocessadas (ou estabilizadas, no dizer sistêmico). São as decisões judiciais que cuidam desta reciclagem, deste caminho necessário para depois serem absorvidas e servirem de base à mudança do Direito.

É curial notar que o hermetismo recursivo do sistema jurídico impede que haja *input* e *output* normativo. O Direito, afirma Luhmann (1994, p. 20), "não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social (não existe nenhum 'Direito Natural'), tampouco pode dar normas a esse ambiente (as normas jurídicas não podem valer como Direito fora do Direito). A normatividade é o *modo interno de trabalhar do Direito*, e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do Direito para a sociedade".

O sistema do Direito organiza-se autopoieticamente, fechado no seu interior, mas aberto ao entorno, é dizer: fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. Logicamente, como adverte Teubner (1993: 87) "a clausura autopoietica do sistema jurídico não implica necessariamente uma espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, mas funciona

justamente como condição para a sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio envolvente".

De outro modo dizendo, a evolução do Direito, como sistema autopoietico, reside na interação entre a *parte endógena* (unidade desprovida da complexidade e das contingências do entorno) e o *exógeno social*, porque funciona como unidade autônoma que interage com o mundo circundante ou ambiente, o que se dá exclusivamente por meio da diferenciação entre estruturas *cognitivas* e *normativas* de expectativas. Toda a orientação do Direito em relação ao seu ambiente dá-se pela *cognição*. A atitude cognitiva, isso é comezinho aos postulados sistêmicos, *está disposta a aprender*. "Pressupõe um esquema de aprendizagem que predetermina com suficiente clareza o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa". Esses processos de aprendizagem criam as necessárias condições para o Direito adaptar-se ao seu ambiente.

Avançando um pouco, tem-se que o Direito torna-se autopoietico quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais e outros processos de criação endógena. Em outro dizer, quando suas normas se radicam de outras normas do próprio sistema, e suas decisões ou se socorrem de outras decisões antecedentes ou de normas do sistema, *inclusos os contributos da ciência jurídica*, que compõe o programa do sistema jurídico.<sup>20</sup>

Teubner, o grande pensador da policontextualidade, toca neste ponto ao afirmar que a "autorreprodução" do Direito somente ocorre quando as normas jurídicas perpassam atos judiciais (decisões) e vice-versa, ou, ainda, *quando as normas procedimentais e a doutrina se imbricam mutuamente*. Isso, dizemos nós, não solapa, nem abala, a recursividade hermética (o fechamento operacional) do sistema jurídico, pressuposto da sua *autopoiese*, senão que a confirma e, antes, comprova que a operacionalidade nos sistemas autopoieticos é comunicante. De rigor, a diferença entre abertura cognitiva e clausura operativa encerra um interesse didático se enxergarmos a clausura como autorreferência e a abertura como heterorreferência da decisão jurídica. A decisão, ao conferir ao fato social (informações do ambiente) um valor conforme o Direito precisou da abertura cognitiva (heterorreferência) do sistema, para isso socorrendo-se dos programas do sistema jurídico: regras, princípios, doutrina e jurisprudência, quando providos de caráter normativo válido.

---

<sup>20</sup> Não existem *lacunas no Direito*, quanto muito situações (problemas) de decisões não regulamentadas pela lei, visto haver mecanismos eficazes de proteção no sistema jurídico à disposição dos Tribunais.

Para a recombinação contínua de reprodução fechada e orientação ambiental aberta de modelos normativos e cognitivos de expectativa, o sistema jurídico faz uso de duas formas de comunicação: a *decisão* e os *argumentos*. São a decisão e os argumentos que permitem a interpenetração/acoplamento entre as estruturas dos sistemas.

O sistema autopoietico do Direito, então, tem como elemento comunicativo próprio a essência mesmo da sua funcionalidade, a *decisão judicial*, e é mediante a repetição dessa função básica de decidir que o sistema jurídico produz diferença e inicia sua própria *autopoiese*. Portanto, na *autopoiese* do Direito, a jurisdição é fundamental, na medida em que ela agrega um dado essencial, fundamental, que se consubstancia no *caráter coercitivo* intrínseco à decisão judicial, a sua *normatividade*. Isso ocorre segundo o código do Direito, pela mediação dos seus "símbolos comunicativos" jurídico e não jurídico, que, em razão da "ambivalência contraditória", podem ser aplicados a qualquer comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto.

Dissemos que Luhmann foi o *teórico das diferenças*. Isso fica claro quando assentou que a posição dos Tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela diferença entre *legislação e jurisdição*, ou seja, "a diferenciação de um sistema jurídico autoconstituente encontra respaldo organizacional na diferenciação entre legislação e jurisdição", que se condensa na *proibição da negação de justiça* (regra do *non liquet*). Por que mesmo quando não pode decidir, precisa decidir. A metáfora do décimo segundo camelo responde a esta questão: pela introdução de uma referência externa que vai complementar a ausência da possibilidade de decisão (no caso, o camelo cedido pelo juiz).

A separação de *legislação e jurisdição* é então formulada paradoxalmente como *não separação*, como "vinculação do juiz à lei", e isso possibilita a intervenção politicamente motivada na sociedade.<sup>21</sup> Tudo depende da manutenção da separação e da *canalização diferencial de influências externas*. "A desistência da separação representaria o colapso do sistema jurídico, e também o colapso da separação de Política e Economia". A partir da diferenciação entre *legislação e jurisdição*, podem-se incluir os fundamentos de vigência do Direito no próprio sistema jurídico na forma de uma lei constitucional, concebendo-se aos juízes a função de não só aplicar a lei, senão que também de interpretá-la, na medida em que precisam julgar todos os casos que lhes são apresentados (Luhmann, 1990, p. 154-155).

---

<sup>21</sup> Graças às relações de *feedback* existentes entre legislação e jurisdição (v.g., regulamentações globais em que a solução passa do legislador para a jurisprudência e vice-versa), ambos os órgãos do sistema jurídico interagem e cooperam, participando da atualização e aperfeiçoamento do Direito.

Sobretudo, essa diferenciação, *a latere* de outras decorrentes de subcódigos, como a entre Direito e não Direito e normas jurídico-positivas e código binário e programação, que se materializam ou concretizam na *organização*, é importante do ponto de vista da *estrutura* da sociedade (sistema social), porque garante a *diferenciação funcional das organizações* e a *interação entre estas segundo a divisão dos seus papéis, do seu trabalho, de suas respectivas funções*. Vale, pois, ao nível organizacional, como "pressuposto da especificação das tarefas", possibilitando que o sistema jurídico possa se diferenciar do seu entorno (mundo circundante) e para que ele possa, enquanto sistema operacionalmente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias, dissolvendo assim "o paradoxo da unidade do que é distinguido" (Luhmann, 1990, p. 151).

Os Tribunais são o órgão central do sistema jurídico no sentido de que têm a responsabilidade pela *atualização das operações do sistema* (todo o mais, inclusive a legislação, constitui "periferia").<sup>22</sup> O legislador fixa as condições a partir das quais os Tribunais podem entender, aceitar e praticar a decisão adjudicatória, afirmando sua existência. Assim, substitui-se a cadeia hierárquica por uma diferenciação entre *centro* e *periferia*. A organização da jurisdição seria um sistema parcial (subsistema) no qual o sistema do Direito tem seu *centro*. A tomada de posição da magistratura significa que o juiz se subordina a restrições de comportamento que não são válidas para qualquer pessoa, ou seja, ele deve atender à produção de regras jurídicas voltando-se para os *standards* metodológicos e de conteúdo vigentes. Para a periferia não há a necessidade de decidir; nela são manejados interesses de qualquer caráter, sendo desnecessária a distinção entre interesses legais e interesses ilegais. Precisamente por isso, a *periferia* serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade: economia, família ou política, contribuindo para a criação do *consenso social* ("las requisiciones de consenso se delegan a la periferia e quedan introducidas en la forma del contrato ou en la forma de la ley que se aprobo mediante consenso"). De igual maneira, a legislação, ao ceder à pressão política, infiltra-se, cada vez em maior escala, nos espaços antes não ocupados pelo Direito em vários setores da vida social. É na periferia que as irritações se formalizam (ou não) juridicamente. Os Tribunais, por sua vez, operam com base em um isolamento cognitivo muito mais drástico ("sólo un

---

<sup>22</sup> Não existe hierarquia entre o órgão central, Judiciário, e a periferia, assim como não há um sistema mais importante do que outro (cada um desempenha uma função específica). A diferença entre ambos não implica nenhuma diferença de ordem hierárquica para a continuação da autopoiese do Direito. Pelo contrário, a diferença, em Luhmann, é uma forma de dois lados que demarca a separação destes dois lados e que pode estruturar o sistema como unidade de diferença, pressuposto para que possa existir. Sem periferia não há centro, sem centro não há periferia. A distinção foi formulada com vistas a um constante *crossing* (Spencer Brown: 1972).



minúsculo percentage de cuestiones jurídicas se presenta a los tribunales para que se decidan”), possuindo uma zona de atuação menor na medida em que só operam com base no código Direito/não Direito, observa Luhmann (2002, p. 383).

A coação legal à decisão se resume na *proibição da recusa da prestação jurisdicional* (a não decisão não é permitida!), consagrando o princípio universal da proteção legal. Mesmo diante *hard cases*, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante sejam as regras para tanto duvidosas. Os tribunais devem decidir onde não podem decidir. E se não podem, devem se esforçar por poder; se não se encontra o direito, deveria ele ser inventado, diz Luhmann (1990).

A decisão representa o *terceiro excluído* da própria "alternatividade" da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou melhor, a unidade dessa diferença. Um paradoxo na medida em que sempre pressupõe algo que é não é passível de decisão, e não apenas que não está decidido. Do contrário, já estaria anteriormente tomada e seria o caso de apenas de reconhecê-la e reproduzi-la. O paradoxo reside na relação deste *terceiro excluído* com a alternativa que ele constrói para se manter excluído – para poder decidir –, *ad instar* do observador que não pode ser ele mesmo a distinção com a qual distingue, mas dever ser, antes, o ponto cego da observação (Luhmann, 2002, p. 303).

Como não se pode antecipar, num sistema jurídico, quais os conflitos irá resolver, ele funciona como um sistema operativo fechado, isto porque somente precisa reproduzir suas próprias operações, mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que deve estar disposto a reagir a proposições (*Anregungen*) de qualquer espécie, conquanto que elas assumam a forma jurídica. Assim, diz Luhmann (1990: 161), a proibição da recusa da justiça garante a abertura por intermédio do "fechamento" (*Geschlossenheit*), que constitui o *paradoxo da transformação da coerção em liberdade*: se aos Tribunais é *vedado não decidir*, se os *programas* do direito não são exaurientes, é preciso que tenham liberdade para decidir, ainda que esta liberdade se revele em termos, decorrência dos condicionamentos e limites que o próprio sistema elege, como são o seu código binário (jurídico - não jurídico) e os seus programas (normas, princípios, doutrina e jurisprudência).

A construção autopoietica da decisão judicial na Teoria dos Sistemas Sociais de N. Luhmann traduz algumas peculiaridades que, de rigor, não fogem dos *standarts* metodológicos e conteúdos sistêmicos, que vimos de ver, valendo referir, por sua fundamentalidade, a noção de *operação*, enquanto conceito-chave da teoria sistêmica. As operações, sintetizando, atualizam constantemente as possibilidades de sentido

disponibilizadas pela autopoiese do sistema, construindo novas estruturas circularmente e produzindo a diferença que constitui a realidade (diferença entre sistema e meio).

As decisões representam um tipo especial de *operação* do sistema. Do sistema porque, do ponto de vista do observador, não são os juízes que realizam estas operações. São elas operações sociais comunicativas referidas ao sistema do direito a partir de condicionamentos estruturais em que se insere o sujeito prolator da decisão. Para a teoria dos sistemas, o que interessa é a observação da complexidade, e o valor dessa observação não é percebido se o indivíduo continua preso à unidade de um sujeito do conhecimento, visto que na observação tanto há uma pluralidade de sujeitos como também os sujeitos observam o mundo com olhares paralelos. Luhmann, em seu construtivismo operativo, observa a teoria do conhecimento a partir da estrutura organizacional, superando distinção ontológica ser/não ser.

Para Luhmann, a ideia de decisão jurídica está na sua própria impossibilidade de decisão, o que a coloca sob a condição de ter que lançar mão de valores externos ao sistema, o que deve fazer segundo justificações argumentativas ou racionalidades também externas ao sistema de referência. Caso não fosse impossível, ela seria apenas uma operação de reprodução de decisões anteriores (operações anteriores), desprovida de conteúdo inovador (redundante mesmo) e dispensando a necessária fundamentação argumentativa. Decorreria disso a sua inaptidão para produzir diferenças e conseqüentes atualizações no sistema do Direito, na medida em que seria apenas a repetição de decisões pretéritas.

#### **4 Autopoiese do sistema jurídico na jurisdicização do modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial por delito ambiental pela práxis decisória judicial**

Uma construção doutrinária, obra da ciência do Direito, pode contribuir para o sistema do Direito evoluir adquirindo a dignidade estabilizadora das expectativas comportamentais sociais se jurisdicizada, ou seja, quando é submetida ao crivo das decisões judiciais, condição para que passe a compor o programa do Direito.

A jurisdicização atua na complexidade das relações entre as atividades humanas e os processos ecológicos de forma seletiva, reduzindo a complexidade inerente. Para Rocha e Carvalho (2012b, p. 31),

toda a complexidade das relações comunicativas da sociedade global é filtrada pela jurisdicização, onde então os diversos sentidos contingencialmente incompatíveis entre si e se estabilizam em uma semântica rígida. Essa semântica pode ser chamada de comunicação jurídica, que se caracteriza por um discurso que faz referência a si mesmo, isto é, um discurso jurídico cujos pressupostos são discursos jurídicos precedentes.

A autopoiese decorre da capacidade de auto-observação, de autoconstituição e de autorregulação de cada sistema na *construção própria* de seus programas de regulação. Os sistemas são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos. Esta abertura comunicativa em relação ao meio possibilita os *acoplamentos estruturais*, que são as comunicações entre os sistemas parciais recursivos predispostas à adaptação de seus programas de autorregulação. No caso dos sistemas sociais, possibilitam, em última análise, o *encontro* entre o autodirecionamento jurídico e o autodimensionamento social.

Do ponto de vista objetivo da fenomenologia sociológica e sua dinâmica complexa, observou-se uma tendência de concentração de práticas criminosas contra o ambiente perpetradas por pessoas jurídicas. Trata-se justamente da uma característica dos delitos de matiz econômico, que a sua incidência aconteça, em boa medida, no seio de pessoas jurídicas. Por isso, Figueiredo Dias (1998, p. 69) assenta que o discurso contrário à responsabilidade penal da pessoa coletiva encerra preconceitos filosóficos e dogmáticos que não se coadunam com a realidade que marca os delitos ambientais, em que as maiores ofensas aos valores protegidos não são provenientes de pessoas individuais, mas, sim, de pessoas coletivas. Exatamente por isso, diz o penalista português, "a transferência da responsabilidade que verdadeiramente caiba à pessoa coletiva para o nome individual de quem atue como seu órgão ou representante conduziria à completa impunidade, principalmente de grandes empresas, por se tornar impossível a comprovação do nexo de causalidade entre a atuação de uma ou mais pessoas individuais e a agressão ao bem jurídico produzida ao nível da pessoa coletiva".

A importância que os entes formais ocupam na sociedade contemporânea justifica que o tema esteja sempre na pauta, e assim ocorre também quanto ao fenômeno da criminalidade econômica. Nesse sentido, K. Tiedemann (1996, p. 3), com propriedade, afirma que,

En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos en los negocios o socioeconómicos son cometidos con ayuda de una empresa; y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones económicas: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc. Estas nuevas formas de criminalidad (económica) han obligado a preguntarse si las actuales excepciones no deben convertirse en regla; pues es poco convincente, considerada la realidad y los demás subsistemas del derecho, que por ejemplo el atentado contra el medio ambiente cometido por una gran empresa sea comprendido como un hecho de una sola persona natural: la que lo ordenó o ejecutó una determinada medida.

O fato social, que ocorre no meio (entorno), recebido como irritação, desafia respostas das estruturas do sistema jurídico,<sup>23</sup> sob pena de se render homenagem à denunciada (sobretudo pelos autores pós-modernos como Lyotard e Teubner) imunização dos discursos sociais em relação ao direito, à *surdez jurídica* que coloca em dúvida, no campo empiricamente operacionalizável, a eficácia social do direito, esta que é dependente da sua "capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocados à disposição pelo ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas (Teubner, 2001, p. 31).

Parece consenso que a jurisdicalização – internalização da irritação na gramática informativa seletiva do sistema do Direito – enquanto mecanismo de redução da complexidade social (ambiente sociológico) desempenha um papel fundamental para as comunicações ambientais no Estado socioambiental de Direito. Calha referir o mandato constitucional de criminalização de pessoas jurídicas por atos lesivos ao ambiente (art. 225 da CF), no que confere ao Poder Judiciário, centro do sistema jurídico, em sua organização e estrutura, a *função* (não objetivo, que é a manutenção do sistema) de processar, julgar e, se for o caso, condenar o agente de crime contra o meio ambiente e, ao fim e ao cabo, proteger o ambiente, pela estabilização das expectativas sociais, não podendo recusar a decisão.

A Constituição é um referente obrigatório, num duplo sentido: de legitimidade procedimental e de legitimidade material. Para os corifeus da teoria dos sistemas sociais, a Constituição representa o acoplamento entre Política e Direito e, por conseguinte, constitui a base do programa que norteia o papel e a funcionalidade do sistema do Direito. Vincula o sistema político ao Direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao Direito resulta no fracasso político, mas, ao mesmo tempo, permite que o sistema político, através da promulgação das leis, modifique o Direito.

A atribuição de responsabilidade, enquanto acoplamento de um acontecimento a um autor, bem refere Bora (2012, p. 128), representa uma figura próxima para a solução relativa à regulação de inovações científico-tecnológicas e à capacidade de lidar com o futuro operando evolutivamente de forma bem-sucedida diante das influências sociais duradouras em um ambiente mutável. Atua de modo que um acontecimento é conectado a expectativas sobre este autor, retrospectiva ou prospectivamente, possibilitando, como mecanismo da atribuição social orientado para o futuro, a absorção de riscos através da atribuição a atores. A variante

---

<sup>23</sup> O fato elementar, em verdade, ocorre no sistema econômico. A atuação lesiva ao ambiente de empresas é um contingência da economia, mas a irritação somente existe no interior do sistema jurídico, será sempre uma autoirritação.

retrospectiva engloba a atribuição de ações e suas consequências a um ator concreto. A prospectiva compreende atribuições de obrigações cunhadas a papéis e posições sociais em relação a situações, objetos etc. Ambas as formas de utilização são fundamentadas em estruturas de expectativas cognitivas (causais) e normativas (morais, políticas ou jurídicas). A expectativa normativa contida na responsabilidade prospectiva (relacionada com o estado futuro) é condição de possibilidade da atribuição retrospectiva, na qual expectativas normativas são, em certa medida, confirmadas retrospectivamente em relação a comportamentos futuros exigidos. O conceito de responsabilidade prospectiva compreende também a forma de conexão temporal específica (normativa) típica da responsabilidade: a marcação do futuro no horizonte das operações presentes. "Com o preceito prospectivo de responsabilidade, os futuros não são apenas esperáveis e atribuíveis de forma causal, mas, também, passível de desengano na forma de obrigações e decisões", arremata Bora (2012, p. 131).

Os desapontamentos, sabemos, são riscos à estabilização das estruturas seletivas de expectativas e ameaças de esmaecimento do efeito redutor da expectativa estabilizada, a modo de recrudescer a complexidade e as possibilidades e contingências de possíveis ações divergentes. As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, ou seja, reações do sistema quanto aos desapontamentos. É a sociedade que institucionaliza cognitivamente as expectativas comportamentais a partir do interesse social predominante nas adaptações, ou normativamente quando sejam elas vitais à segurança e à integração social de tais expectativas. Assim, quanto maior a complexidade do sistema social, maiores serão os riscos sociais e a necessidade de normatização.

Havia, pois, uma *expectativa normativa* de comportamento da pessoa jurídica de agir na defesa do ambiente, a que corresponde a responsabilidade social de não lesar o ambiente. Normatizada pelo Direito, esta expectativa passou pelo crivo das condições de estabilização, tais como o ajustamento de desapontamentos, que assegura estabilidade ou continuidade no tempo, e as condições gerais sociais e materiais de *generalização de expectativas*, esse mesmo o papel fundamental do Direito.

É absoluto, por outro vértice, o desapontamento em relação às expectativas normativas congruentemente generalizadas de não lesividade ao ambiente por condutas de entes coletivos (normas protetivas do ambiente de fundo constitucional e infraconstitucional), gerando irritação no sistema. As explicações e o processamento de tal desapontamento, sua institucionalização e a formação de um sentido, diante da ausência de categorias penais que

dessem conta desta experiência<sup>24</sup>, foram tensionados e tendem à frustração pelo desgaste das estruturas criadas para as operações necessárias.

Tomado o caso concreto, que podemos chamar de cenário, a fenomenologia e a normatividade, submetidas a uma observação qualificada, apontavam para um suposto crime ambiental, em princípio, praticado no seio de uma pessoa jurídica, pelo menos é o que dizia a acusação; uma decisão de primeiro grau afastava a responsabilização da pessoa jurídica sob o argumento de não haver instrumentos e mecanismos dentro da estrutura do direito penal para lhe atribuir uma culpabilidade autônoma, é dizer, que superasse a construção jurisprudencial que agasalha a *teoria da dupla imputação*, sendo certo que a pretensão contra a pessoa física estava prescrita.<sup>25</sup>

Hipóteses tais, que se repetem, permitem observar e identificar o esgotamento dos limites de resistência, o que leva à mudança da jurisprudência, se quisermos (a sociedade) levar a sério a ideia de redução dos riscos ambientais a níveis socialmente aceitáveis.

O desafio sistêmico reside justamente na comunicação ou conexão entre os sistemas parciais visando a encontrar na unidade a diversidade a partir da observação do risco e da insegurança, mister que se enlaça com a função da decisão judicial. Os grandes desastres ambientais perpetrados por ação de entes coletivos implicam ruído de fundo que irrita comunicacionalmente o sistema social e seu sistema parcial do Direito, escancarando uma pontual falácia para manter estabilizadas as expectativas normativas comunitárias por razões ao mesmo tempo internas e externas à sua lógica: uma espécie de autismo do sistema do Direito em relação às condutas de risco ao ambiente praticadas por empresas.

Usando a linguagem sistêmica, observou-se uma *irritação ou perturbação* constante no sistema judicial. A decisão judicial precisava recompor esta frustração, ou seja, instalar o novo e reestabilizar as expectativas normativas no campo da experimentação.

Comunicativamente deixou-se permear pela teoria construtivista da culpabilidade empresarial autorreferente, que foi desenvolvida por Díez (2008 e 2012), supedaneada na teoria dos sistemas autopoieticos de N. Luhmann. A partir dos postulados do "conceito construtivista de autorresponsabilidade empresarial", propugnado por Díez, que reconhece as pessoas jurídicas como sistemas autopoieticos, foi possível enxergar nessas estruturas o

---

<sup>24</sup> Isso se revela essencial, depois, para a decisão dimensionar as explicações do desapontamento na análise da culpabilidade.

<sup>25</sup> O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos crimes contra o meio ambiente, a pessoa jurídica tem responsabilidade penal quando houver imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, porquanto o ente moral não pode ser responsabilizado de forma dissociada da atuação da pessoa física, porque essa age com elemento subjetivo próprio (RMS 16.696-PR, DJ 13/3/2006; REsp. 564.960-SC, DJ 13/6/2005, REsp. 610.114-RN, DJ 19/12/2005, RMS 20.601-SP, DJ 29/6/2006).

equivalente funcional à consciência das pessoas naturais, é dizer: a autorreferenciabilidade e auto-organização capazes de autorizar um juízo autônomo de reprovabilidade penal. Tal equivalente funcional da vontade humana consubstancia-se no conjunto de deliberações realizadas no âmbito *interna corporis* do ente coletivo, entendimento esse perfeitamente harmonizável com a literalidade do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.605/98. Com efeito, essa norma determina que a pessoa jurídica responderá penalmente pelas condutas típicas que concretizar, quando seu ato decorrer *de 'decisão' de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade*. Assim, o fato de tais operações comunicativas serem atribuídas, em nosso ordenamento e nos termos de tal dispositivo, aos órgãos gestores do agente delitivo de modo algum representa a acolhida, pelo legislador pátrio, da teoria da "dupla imputação", pois apenas *qualifica duplamente* as comunicações relevantes para a formulação de um juízo de reprovabilidade, de modo a explicitar que não são todas aquelas realizadas no seio da organização que se servem a tal desiderato, mas, tão somente, as de natureza decisória que forem (1) tomadas por seus administradores (2) no benefício ou interesse da organização.

Dito modelo construtivista oferece uma melhor vinculação aos parâmetros modernos do Direito Penal e seu significado comunicativo, primeiro, porque privilegia a atribuição de um fato próprio e não fato alheio (heterorresponsabilidade) para a imputação da pessoa jurídica; segundo, porque oferece também justificativa racional do ponto de vista de uma concepção comunicativa da pena, que assim encontra legitimidade a partir também de um ato próprio e não de terceiro. Quanto à função da pena empresarial, assevera Díez, sua proposta "estabelece uma estreita relação entre os conceitos de culpabilidade e de pena", considerando seus fins retributivos e comunicativos, ou seja, no sentido de "aumentar a probabilidade de sucesso da comunicação – para o restabelecimento comunicativo da norma, derivando-se como prestação, o reforço da fidelidade ao Direito" (2012, p. 40).

Apresenta, o referido modelo, ao que vemos, respostas adequadas, do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais, aos problemas da autoria, do injusto, da culpabilidade e do dolo empresarial. Numa descrição muito perfunctória, estas categorias receberam os seguintes tratamentos: 1. a *autoria* e a *participação empresarial*: na perspectiva construtivista, o fato da conexão não consiste fundamento punitivo, mas serve para conectar dois fundamentos de responsabilidade autônomos: o do indivíduo e o da organização empresarial. 2. o *injusto empresarial*: vincula-se a uma configuração organizativa determinada – defeituosa, inexistente ou inadequada; 3. a *culpabilidade empresarial*: tem a ver com uma determinada

*cultura corporativa* – de descumprimento ou infidelidade ao Direito; 4. o *dolo empresarial*: aproxima-se da ideia de representação do perigo concreto na produção do resultado.

Bem, um modelo com estas características não pode ser descrito de forma tão açodada, por isso, remetemos os leitores à obra de Díez (2012), antes referida, sobretudo no que concerne à vantagem de se discutir racionalmente as *causas de exclusão da culpabilidade* empresarial a partir da superação do problema da irresponsabilidade organizativa/estrutural.

Quando o Tribunal, órgão central do sistema jurídico, na sua função decisória, a partir de suas autodescrições, fez uso do referido modelo, atualizando as operações autopoéticas do sistema e o próprio sistema – é bom repetir, a decisão judicial desempenha o papel fundamental na autopoiese do Direito –, ao invés de reproduzir operações de decisões anteriores (meras ações), inovou com um diferente entendimento, quiçá dando o *start* para uma nova jurisprudência. Forjou, a partir de novas diferenciações, e porque era impossível a decisão, algo inovador. Por isso também, não sendo mera operação de reprodução, a decisão precisou ser acompanhada de uma argumentação, que, além de invocar o *impulso externo*, esgrimisse com uma *valoração interna*, pois que a argumentação jurídica é sempre uma completa comunicação interna do sistema.<sup>26</sup>

O problema que o sistema jurídico tinha para resolver, ou seja, o que a observação de segunda ordem (posição do observador) qualificada permitiu enxergar, era a necessidade de autorreproduzir o direito por meio de uma decisão judicial, tomando os recursos, elementos e a estrutura do próprio sistema jurídico (recursividade hermética) e auscultando a influência exógena do entorno social (cognição aberta), que não violasse a unidade estrutural ou sistêmica, é dizer, controlando o entorno e sua complexidade, sem perder sua identidade. Nisso o papel da periferia, *locus* em que as irritações se formalizam e zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade, cumprindo o papel de atualização do sistema ao comunicar direito, política e sociedade a partir de criação de consensos.

Partindo de um cenário que revela a insuficiência da dogmática jurídica para municiar o Direito Penal ao enfrentamento dos riscos contingentes que desafiam os sistemas sociais, e sem olvidar que "a autorreprodução do direito somente ocorre quando as normas jurídicas perpassam atos judiciais (decisões) e vice-versa, ou, ainda, quando as *normas*

---

<sup>26</sup> A propósito, os acoplamentos estruturais (textos) desempenham um papel fundamental na construção da argumentação jurídica possibilitando a interação (uma relação de condição e dependência) com a validade do direito. A intertextualidade (textos interligados) realiza o enlace entre a argumentação jurídica e a validade do direito, permitindo a auto-observação simplificada. Sobre os textos, enquanto comunicação, no plano da observação de segunda ordem, incidirá a interpretação ou construção de seu sentido intrínseco, mediante regras de racionalidade do próprio sistema (legitimidade procedimental), a partir da pergunta: o que é que o texto quer dizer? (Consultar Luhmann, 2002: 241-290, capítulo 8, *La argumentación jurídica*).



*procedimentais e a doutrina se imbricam mutuamente*", como disse Teubner, vemos com bons olhos a seleção operada, que revelou a capacidade do sistema jurídico de desenvolver a pretensão de refletir a multiplicidade de ressonâncias advindas do meio a partir do ajustamento do seu código e de seus programas, reduzindo as possibilidades de frustração das expectativas normativas.

A decisão que jurisdicizou a doutrina da culpabilidade empresarial autorreferente e possibilitou a superação da insuficiente jurisprudência da dupla imputação necessária, como se tentou demonstrar, passou pelo crivo dos esquemas binários de possibilidade e valoração positiva e negativa, encontrando espaço dentro dos programas de decisão vigentes no Direito Positivo, que correspondem a todas as condições de valoração correta (os bons argumentos precisam ser consonantes com o Direito vigente). As transformações estruturais do sistema, diríamos, foram selecionadas pela própria rede de estruturas e assimiladas como re-estabilização, passando a ser referência para novas operações jurídicas.

Traz-se à colação o precedente paradigma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que permite conhecer os principais fundamentos da decisão refletidos sinteticamente na ementa do acórdão:

Superação do "preconceito antropocêntrico" vinculado ao primado da consciência como cerne da imputação de uma responsabilidade efetivamente subjetiva, na medida em que a concepção dos sujeitos de Direito, sob o ponto de vista dos sistemas autopoieticos, permite concluir que a culpabilidade não exige uma psique apta a escolher entre a conduta devida e aquela vedada pela norma, mas, sim, a presença de uma "autorreferenciabilidade" no agente delitivo – conceito esse claramente desvinculado, ou desvinculável, de noções naturalísticas a respeito de qualquer faculdade propriamente humana, na medida em que também as operações comunicativas internas, verificadas em subsistemas jurídicos complexos, podem produzir um ente "autorreferenciado", cujos atos realizados no contexto social se submetem, se típicos e antijurídicos, a um juízo de reprovabilidade.

Postulados do conceito jurídico-sociológico construtivista operativo de culpabilidade dando suporte à responsabilização autônoma da pessoa jurídica em relação aos seus representantes e ao executor material da prática criminosa, porquanto as organizações não estão compostas por indivíduos (a teoria dos sistemas visa a justamente romper com o paradigma individualista, superando a distinção ontológica ser/não ser), mas sim por comunicações, que lhes servem de equivalente funcional à consciência das pessoas naturais, conferindo-lhes a autorreferenciabilidade própria dos sistemas dotados de autopoiese.

A persecução penal do ente coletivo e de seus administradores possui natureza disjuntiva, pois "se tratam de duas autopoieses diferenciadas", na medida em que "os fundamentos últimos da responsabilidade de ambos os sistemas têm gênese em esferas totalmente diferenciadas" (TRF4, 8ª Turma, Apelação Crim. nº 0010064-78.2005.404.7200/SC, maioria, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso, j. 21.08.2012).<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Depois deste julgamento, que constitui o *leading case* para a matéria, o Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6/8/2013, Informativo 714) proferiu decisão que constitui importante precedente no que se refere à imputação de prática de crime ambiental à pessoa jurídica, contrariando, inclusive, maciço posicionamento que até então emanava do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de caso envolvendo o derramamento de cerca de quatro milhões de litros de óleo cru em dois rios situados no Paraná. Todavia – e segundo divulgado –, não foi possível apurar quem teria sido a pessoa (ou as pessoas)

## **5 Desafios da elevação do nível da autorregulação ecológica pelo Direito: tutela penal do ambiente na sociedade de risco, entre a responsabilidade coletiva e a responsabilidade dos entes coletivos**

As ideias de risco e responsabilidade são inerentes, ainda que não com exclusividade, à teoria dos sistemas sociais. De rigor, as contingências e a reflexividade da sociedade hipercomplexa da pós-modernidade, permeada por inovações científico-tecnológicas, têm desafiado de uma maneira geral a todos os movimentos de pensamento social e jurídico contemporâneos.

Teubner, no seu *Direito, Sistema e Policontexturalidade*, revela uma preocupação tópica com o problema da responsabilidade ambiental a partir da *crise da causalidade* na imputação dos fatos para os quais concorrem diversas pessoas e sua repercussão na imputação coletiva de responsabilidade. Diante da insuficiência do *nexo causal* para a imputação, propõe uma releitura do problema alvitando o conceito de "cúpula", que se sobrepõe à causalidade baseada em atos individuais, incompatível com a hipercomplexidade da sociedade contemporânea. Metaforicamente, o sociólogo alemão (2005, p. 190-231) se ocupa da noção de *cúpula*, tentando a superação da orientação centrada no autor do dano para uma orientação sistêmica, estruturada na ideia de *ecopool*.

Teubner (2005, p. 192) afirma que "a nova responsabilidade por risco destrói a base fundamental das conexões causais e constrói, em lugar disso, uma *cúpula* abrangente da responsabilidade coletiva". Como a doutrina jurídica pode formular a responsabilidade coletiva solidária ecológica e garantir a sustentabilidade deste entendimento dogmaticamente? Esta a pergunta que se desafia a responder. E responde: "Isso depende principalmente de como reagem os processos auto-organizatórios, na realidade social, à nova responsabilidade coletiva, bem como de como o Direito, a seu turno, percebe tais processos de auto-organização e os configura juridicamente".

Vamos perfunctoriamente resumir a sua tese que acolhe um modelo de responsabilidade coletiva assimétrica (no sentido de que apenas um membro da coletividade de responsabilidade é conhecido), ou seja, uma responsabilidade vicária horizontal por ação alheia. Sustenta a atenuação da relação causal entre a ação e o dano e afirma que os atos particulares passam a fazer "parte de uma comunidade de risco, de uma *sit venia verbo*, máfia

---

diretamente responsável pelas atividades que desencadearam o acidente ambiental. Assim, também o STF sinaliza no sentido da superação da teoria da dupla imputação para responsabilização penal de pessoa jurídica por dano ambiental.

ecológica por cujos atos eles não conseguem escapar da corresponsabilização", ainda que para isso seja necessário inverter do ônus da prova ou da presunção, de forma que incumba ao causador do risco a prova de que a sua atividade não é de risco ou que não contribuiu para o dano. "Se o réu não conseguir, fática ou juridicamente, comprovar que suas ações não causaram o dano, ele deverá ser responsabilizado por ações de terceiros", diz Teubner (2005: 195).

Dada a relevância das propostas de Teubner e Díez, vale um exercício descritivo breve de algumas diferenças entre ambas.

(1) Teubner centra seu estudo na crise da causalidade jurídica, é dizer, na relação de causalidade entre o comportamento e o dano; enquanto Díez trabalha com crise da responsabilidade ou culpabilidade, no sentido de justificar a autonomia entre a responsabilidade individual e empresarial.

(2) O modelo de responsabilidade coletiva opera com a possibilidade de haver culpabilidade por ato de outra pessoa. O mero fato de ser membro de um grupo de titulares de risco já acarreta a responsabilização por ações individuais alheias.

(3) A responsabilidade coletiva é um modelo de responsabilidade vicária, assimétrica (exceto nos casos de multicausalidade) e horizontal; a autorresponsabilidade empresarial (de organização já constituída) é autônoma e vertical. Na responsabilidade coletiva, diz Teubner (2005: 199), "não há uma organização, ou uma hierarquia já existente, ou mesmo um agente coletivo já definido, que possa servir como ponto extremo de uma imputação".

(4) Não parece haver dúvida que a responsabilidade coletiva solidária engloba tanto pessoas físicas como jurídicas, aquelas que se enquadrem naqueles "contornos da cúpula" de Teubner (2005: 201-212). O modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial apenas descola a culpabilidade empresarial da culpabilidade da pessoa física que materializa a conduta típica, autonomizando-a.

A partir destas sucintas linhas, impende pontuar a seminal diferença entre o modelo de responsabilidade coletiva de Teubner e o modelo de autorresponsabilidade empresarial de Jara Díez, uma proposta epistemológica menos arrojada e inclusive muito mais garantista. Quiçá por isso mesmo mais factível para o estágio do desenvolvimento do nosso Direito Penal, se quisermos evitar mimetismos e bricolagens impensadas. Teubner (2005) alvitra uma *responsabilidade coletiva* enquanto Díez (2012) cuida da *responsabilidade dos entes coletivos*. Neste talvez, o modelo de responsabilidade coletiva por risco abandona definitivamente a perspectiva de agentes, uma vez que nem se buscam mais agentes coletivos, concentrando-se na comunicação de risco como tal. Assim, afasta a ideia de corporações

formais e vincula a responsabilidade diretamente à comunicação de risco (um mercado de produto, uma área contaminada, uma bolha de ar). Dessarte, responsabiliza os próprios sistemas de ações, sem observar suas características como unidades volitivas organizadas, desinteressando-se dos arranjos corporativos existentes e da tentativa de influenciá-los nas suas decisões organizacionais, contingência transposta para a "influenciar a comunicação descordenada de risco em um campo social difuso, atribuindo a esse campo um nível crítico de risco".

### **Reflexões finais**

Sobretudo, não concluir, apenas a pausa, o interlúdio para o balanço provisório, a síntese reflexiva. E neste talvez, cumpre dirigir esta peroração alertando para a relevância da *comunicação* por meio da decisão entre o centro decisório do sistema jurídico e a periferia, e do sistema judicial com o sistema científico e outros sistemas parciais do sistema social (acoplamento estrutural), como condição de possibilidade de decisões que atendam aos imperativos categóricos de legitimidade procedimental, racional e social, cumprindo o seu papel institucional (*competência*) de generalizar e estabilizar as expectativas comportamentais da sociedade global de risco e reflexiva. As estruturas de expectativas comportamentais vigentes e generalizadas congruentemente no sistema são condição de possibilidade de sua efetividade operacional em uma dimensão temporal, pragmática e social.

A combinação das ideias de *irritação externa* e *seleção interna* possibilita construções prático-teóricas enriquecedoras do sistema que, embora fechado operacionalmente, responde sensitivamente e cognitivamente às irritações provocadas pelo seu ambiente. Da mesma forma, as novas teses são resultado dos trabalhos doutrinários que, produzidos por autopeise do seu sistema de origem, tendem à dogmatização e passam a subsidiar as decisões judiciais ou são testadas no crivo judicial e se dogmatizam, tanto faz.

Qualquer novidade que possa transparecer do referido julgado é mera aparência. Os Tribunais conduzem suas operações decisórias autopoeticamente todos os dias, exercitando as interações comunicativas. Comunicam-se com a periferia e necessariamente fazem acoplamentos estruturais com outros sistemas parciais (entorno). Esmeram-se em argumentos – e vezes sem conta corrompem o sistema do Direito! – mas sempre recorrem a valores externos ao sistema para internamente fundamentar sua legitimidade e correção, como *suplementos* que autorizam a inclusão paradoxal do terceiro (referência externa) à solução da contingência. Os suplementos podem vir da ciência da Moral, da Ética, da Economia, da

Política, das Artes, mas quando internalizados pelo Direito passam a ser seus e são contrastados pelo Direito vigente. Apenas estamos descrevendo isto.

O que há então de novo? É apenas a racionalidade argumentativa, os suplementos ou recursos argumentativos que, se sobrepondo à impossibilidade da decisão, permitiram que ela ocorresse, neutralizando o paradoxo e tornando presente o fundamento ausente. É mostrar o que sempre se fez, agora com o enfoque epistemológico da matriz sistêmico-constitutivista. É um caminho, dos muitos existentes, para uma inversão interparadigmática dirigida à superação comunicativa da irresponsabilidade sistêmica (organizacional e estrutural) que medra no sistema de proteção do meio ambiente, constantemente perturbado ou irritado pela intensificação da degradação ambiental e premido pela superação do limite de complexidade da capacidade de previsibilidade dos sistemas sociais.

## Referências

- ARNAUD, André-Jean; DULCE, M.J.F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Renovar, 2000.
- BORA, Alfons. Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações - para o trato social com a temporalidade complexa. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *Jurisdização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CARVALHO, Delton Winter de; ROCHA, Leonel Severo; Policontextualidade jurídica e direito ambiental. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (org.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25-45.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
- \_\_\_\_\_; *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: aplicação do modelo construtivista de autoresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Tradução Cristina R. da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. In: CORREIA, Eduardo et. alii. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editores, 1998.
- IZUZQUIZA, Ignácio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2. ed. - Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.
- HABERMAS, Juergen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985a.
- \_\_\_\_\_. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Tradução Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. Revista AJURIS. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990, p. 149-168.
- \_\_\_\_\_. *O enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito*. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Seqüência, nº 28, junho, 1994. p. 1-14.
- \_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

- \_\_\_\_\_. *Complejidad y modernidad: de la unidade a la diferencia*. Edición y traducción de Josexo Berain y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales: Lineamentos para una Teoria General*. Rudí (Barcelona): Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA - Pontificia Universidad Javeriana, 1998a.
- \_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007a.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PARSONS, Talcott. *O Sistema das Sociedades Modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Tradução Roberto Leal Ferreira, São Paulo: UNESP, 1996.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. – São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- \_\_\_\_\_: KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A produção autopoietica do sentido do direito*. Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, vol. 4, n. 7, p. 13-26, jul/dez 2009a.
- \_\_\_\_\_. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Florianópolis: *Sequência*, n. 62, jul 2011, p. 193-222.
- \_\_\_\_\_; DUARTE, Francisco Carlos (coordenadores). *O Direito e o Tempo Social*. In: \_\_\_\_\_. DUARTE, Francisco Carlos. *A construção sociojurídica do tempo: teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012a.
- \_\_\_\_\_; DUARTE, Francisco Carlos (coordenadores). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012b.
- SCHWARTZ, Germano (org.). *Jurisdização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SIMIONI, Rafael Lazzaroto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A decisão Jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura. *Anais do COMPEDI*, São Paulo – SP, 04-07 nov. 2009.
- \_\_\_\_\_. ROCHA, Leonel Severo. Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (org.). *Direito Ambiental e Autopoiese*. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 193-216.
- SPENCER-BROWN, G. *Law of form*. New York: Julien Press, 1972.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- \_\_\_\_\_. Justiça auto-subversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? *Revista Eletrônica do Direito*, Curso de Direito da PUC Minas Serro, n. 4, 2001. p. 17-54.
- \_\_\_\_\_. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba-SP: UNIMEP, 2005.
- TIEDEMANN, Klaus (1996). *Responsabilidad penal de las personas juridicas*. Disponível em: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf). p. 1-13.