

## Decisão jurídica e planejamento reflexivo no Direito Ambiental

Rafael Lazzarotto Simioni \*

### Introdução

Existem vários modelos para decisões jurídicas. Desde aqueles baseados no velho silogismo aristotélico entre premissa maior, premissa menor e conclusão, até os refinados discursos de aplicação na teoria discursiva do direito de Habermas, os juristas possuem à sua disposição uma imensa lista de propostas, métodos e procedimentos decisórios para a busca da *decisão correta*. Os últimos desenvolvimentos nessa área aparecem sob o nome de “teoria da argumentação”, a qual oscila sob a ambivalência da justificação racionalista (questões de legitimidade) e legalista (questões de validade).

Queremos demonstrar que todos esses esforços teóricos são insuficientes para trabalhar com a problemática ecológica e, com isso, justificar um modelo alternativo, com a pretensão de apresentar-se como um procedimento decisório capaz de trabalhar com a idéia de risco e de incerteza a respeito dos efeitos colaterais das decisões jurídicas. E justificaremos esse modelo no fato de que tanto as teorias da argumentação como os modelos decisórios tradicionais seguem esquemas reducionistas, que só se praticam na atualidade por hábito ou diante da inexistência de alternativas mais sofisticadas. Uma proposta mais complexa, contudo, carrega consigo o inconveniente de apresentar-se em níveis inusitados de abstração, os quais muitas vezes passam de modo incompreensível.

Chamaremos essa estratégia alternativa de *planejamento reflexivo*. Trata-se de um modelo de procedimento decisório que conduz a observação em cinco níveis distintos da realidade: operações (indicação/distinção), observações (operação/observação), descrições (observação/observação de segunda ordem), reflexão (sistema/ambiente) e reflexão da reflexão (re-entry). Trabalhamos com os conceitos da protológica de Spencer-Brown[1], com a teoria da observação desenvolvida a partir da lógica polivalente de Gottard Günther[2] e, principalmente, com alguns dos conceitos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Uma análise comparativa com outras teorias pode, no entanto, facilitar uma aproximação. As teorias da argumentação de Alexy, a hermenêutica de Dworkin, os discursos de aplicação de Klaus Günther e a pragmática formal de Habermas podem auxiliar nessa aproximação. Em um campo do direito no qual a diferença entre licitude e ilicitude pode estar tanto na definição científica de uma situação ecológica, como em um futuro construído de modo idealizado no presente da decisão, somente um esquema capaz de

trazer à tona a recursividade da operação de decisão jurídica pode acender algumas luzes sobre a incerteza que caracteriza o risco ecológico.

### **Legalismo (validade) e racionalismo (legitimidade)**

Em primeiro lugar, é preciso ter clareza sobre a diferença de perspectiva que constitui as exigências do racionalismo jurídico e as do legalismo. Tanto o racionalismo como o legalismo são versões de um único paradigma, o paradigma positivista do direito. A diferença está nisto: enquanto a visão legalista do direito coloca para a decisão jurídica o problema da validade, a visão racionalista do direito coloca para a decisão jurídica o problema da legitimidade[3]. Problemas de validade constituem o pano de fundo das decisões jurídicas no contexto do positivismo jurídico da tradição do direito Continental – o caso do direito brasileiro. Por outro lado, problemas de legitimidade constituem o pano de fundo das decisões jurídicas no contexto do positivismo jurídico da tradição do *common law*. Essa diferença é constitutiva da idéia que nós temos sobre a forma de fundamentação de uma decisão jurídica. Porque no contexto do legalismo, toda a construção das justificativas decisórias se coloca, implícita ou explicitamente, na questão da validade das normas que estão sendo aplicadas. Enquanto que, no contexto do racionalismo, a fundamentação de uma decisão jurídica trabalha na forma da construção da legitimidade da decisão.

Ambas as perspectivas têm em comum o paradigma positivista do direito. E aqui começa a questão! Com a positivação do direito, positiva-se também a sua validade e legitimidade. E isso significa uma recursividade um pouco desconcertante: somente o direito válido pode disciplinar a forma de produção de direito válido e somente o direito legítimo pode instituir as regras de aplicação de direito legítimo. Em outras palavras, com a positivação do direito, o direito passa a poder fundamentar-se a si mesmo. Mas então quem fundamenta o direito? Nas sociedades antigas se poderia basear a validade/legitimidade do direito na autoridade de Deus, ou no contrato social de Hobbes, ou na vontade geral do povo em Rousseau, nos interesses maiores de Jhering, enfim. Atualmente, autores como Alexy[4] e Dworkin[5] colocam os princípios morais como o fundamento de validade/legitimidade do direito.

Nessa perspectiva – que é uma perspectiva aplicada de modo generalizado na construção das decisões jurídicas brasileiras –, diante de um caso difícil, no qual a decisão jurídica tem que decidir sob o dilema de escolher um direito para negar outro, a fundamentação deve buscar fora do sistema jurídico os princípios morais capazes de confirmar qual é a escolha mais adequada. Soma-se a esse procedimento uma técnica posterior de confrontação da solução jurídica que aparece como a mais adequada com a tradição das decisões até então tomadas. E no fim, todas as contradições e objeções podem ser artificialmente ofuscadas pela argumentação jurídica.

Com efeito, o modelo do “juiz Hércules” de Dworkin apresenta exigências de argumentação muito fortes. Uma idealização excessiva combinada com um princípio solipsista, isto é, como se um juiz, sozinho, pudesse chegar a uma decisão capaz de ser reconhecida por todos os outros como a única decisão correta[6]. E também o modelo do procedimento argumentativo de Alexy permite que, no caso de decisões difíceis, a decisão se transcendentalize a princípios morais, os quais já se apresentam incompatíveis com a

idéia de Estado Democrático de Direito. Pois sob a situação em que uma decisão jurídica tem que negar um direito para afirmar outro, só se pode decidir democraticamente com participação popular, e não mais monocraticamente. A partir dessa problemática começam as construções dos procedimentos decisórios de Klaus Günther e Jürgen Habermas.

### **Discursos de aplicação em Klaus Günther e Jürgen Habermas**

Propedeuticamente, vamos sistematizar na forma de um procedimento a complicada teoria dos discursos de aplicação de Klaus Günther[7]. Assim, segundo Günther, a decisão jurídica deve cumprir as seguintes etapas: a) definição completa da situação concreta; b) relacionamento da situação concreta definida com todas as normas possivelmente aplicáveis; c) seleção da norma adequada à situação concreta definida; e d) análise da coerência entre a norma selecionada e todas as demais preteridas.

A primeira questão em discursos de aplicação é a *definição completa da situação concreta*, ou seja, a consideração de todos os sinais característicos relevantes da situação concreta. Isso significa que a crítica, em discursos de aplicação, pode exigir justificações a respeito da definição da situação: “por que você se baseia nesses dados e não em outros?”[8]. Como se vê, a primeira etapa dos discursos de aplicação é a fundamentação da exigência discursiva de explicar por que os sinais selecionados para definir a situação são mais relevantes que todos os demais sinais possíveis para a definição da situação. Em outras palavras, a primeira questão nos discursos de aplicação é justificar o porquê, dentre todas as definições possíveis da situação, foi selecionada como relevante uma determinada definição em detrimento de todas as demais possíveis. A justificação poderá então ser o oferecimento de boas razões, através de argumentos, para refutar as outras possíveis definições[9]. No campo do Direito Ambiental, essa definição completa da situação concreta é realizada a partir das perícias técnicas. A definição de uma APP ou da probabilidade de impactos ambientais sempre dependem de perícias, a partir das quais os juristas constroem seus argumentos no âmbito do processo judicial[10].

Somente após um consenso a respeito da definição completa da situação é que se torna então possível *relacionar a situação concreta com todas as normas possivelmente aplicáveis*. A segunda etapa, então, é a identificação de todas as normas passíveis de aplicação à situação descrita na primeira etapa do discurso de aplicação. As possibilidades de aplicação de normas à situação definida devem ser esgotadas[11]. E é nessa etapa do discurso de aplicação que aparecem as colisões de normas. Quando, a partir da situação bem definida, são identificadas todas as normas possivelmente aplicáveis, os participantes da discussão poderão perceber a existência de colisões a respeito da solução correta para o caso. No âmbito do Direito Ambiental, essas colisões aparecem de modo bastante claro na forma de conflitos entre os arts. 225 (meio ambiente ecologicamente equilibrado) e 170 (desenvolvimento econômico) da Constituição Federal, embora possa aparecer também sob a forma de conflitos entre o poder de polícia ambiental e a proteção do segredo de empresa, entre direito de propriedade e restrições ao uso e etc.

Após esse “esgotamento normativo” da situação, o discurso de aplicação passa para a terceira etapa, que é a *seleção da norma adequada à situação concreta definida*. Essa seleção deve ser realizada, segundo Günther, através da ponderação dos diversos pontos de

vista normativamente possíveis. Ou seja, a partir do “esgotamento normativo” na segunda etapa, os participantes podem agora simular as conseqüências e efeitos colaterais da aplicação de cada uma de todas as normas possíveis de serem aplicadas[12]. E nesta etapa do discurso de aplicação, a seleção da norma adequada à situação concreta, em detrimento de todas as outras, exige argumentos de justificação a respeito das prováveis conseqüências futuras e efeitos colaterais das outras normas preteridas na aplicação. Assim, esta etapa dos discursos de aplicação levanta pretensões de validade a respeito da adequação da norma à situação concreta. Por isso que, para Günther, “pode-se designar como adequada, neste caso, aquela relação de uma norma com virtualmente todas as demais, cujo sinal característico em comum consiste em ser aplicável nesta situação”[13]. Assim os discursos de aplicação procuram resolver o problema das colisões: a seleção de uma norma adequada, com a preterição de todas as demais aplicáveis (mas inadequadas), não nega a validade das normas preteridas, pois apenas afirma a adequação da norma selecionada[14]. Nas palavras de Habermas, “no processo de aplicação, seleciona-se, em meio às normas fundamentadas que apenas se candidatam para um caso dado, aquela que é cada vez ‘apropriada’”[15]. Em outras palavras, ao indicar-se a norma adequada não se está negando a validade das normas não adequadas à situação, mas apenas afirmando-se que as normas não adequadas são aplicáveis, porém inconvenientes para solucionar a situação concreta em vista das possíveis conseqüências e efeitos colaterais indesejáveis. Estabelece-se, assim, uma orientação às conseqüências[16].

Mas não basta, para a validade de um discurso de aplicação (adequação), a definição completa, o esgotamento normativo, e a seleção de adequação. É preciso também haver *coerência entre a norma selecionada e todas as demais preteridas* como inadequadas à situação. Isso porque o discurso de aplicação pressupõe a possibilidade de justificar a seleção “da norma adequada”, em detrimento das demais, conforme as possíveis conseqüências e efeitos colaterais que resultariam da aplicação das normas inadequadas. Günther reconhece, contudo, a inviabilidade dessa tarefa de justificação de coerência entre a norma selecionada como adequada à situação e todas as demais. Mas observa que, ao se “fazer uma decisão de relevância, sempre recorreremos a normas comprovadamente válidas. Conseqüentemente, poderemos referir-nos sempre àquelas normas válidas que fazem parte de um respectivo – o nosso – modo de vida”[17]. Em outras palavras, face a idealidade exagerada de a) uma análise de coerência entre todas as variações de significado da situação concreta; e b) uma análise de coerência entre todas as normas passíveis de aplicação; a justificação da coerência pode ser realizada através do paradigma compartilhado intersubjetivamente (“o nosso modo de vida”). Daí a conclusão de Günther pelo seguinte critério de coerência: “uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com todas as outras normas aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação”[18].

Como se vê, Günther desloca o problema da coerência dos direitos na fundamentação racional de decisões jurídicas. Para Günther, o problema não é a aplicação correta de uma norma, mas a “aplicação da norma correta (apropriada)”[19]. O problema da coerência, que até então era discutido no plano ideal da colisão de preceitos fundamentais – que em última análise não passava de uma colisão entre semânticas de textos legais –, é agora transferido para a situação concreta. Ao invés de um juízo abstrato de ponderação de bens, o problema da coerência encontra agora resposta na situação concreta. Ao invés da pergunta sobre qual

preceito fundamental, princípio ou política deve prevalecer na relação entre uns e outros, a pergunta agora é sobre qual preceito fundamental, princípio ou política é mais adequado à situação concreta. Naturalmente, a resposta a essa questão só pode ser dada no pano de fundo de um paradigma, como são, por exemplo, os paradigmas do direito formal burguês e do direito material do Estado Social. Assim, no pano de fundo de um paradigma, o idealismo do “juiz Hercules” de Dworkin, conquista uma segurança e uma previsibilidade a respeito das decisões jurídicas. Porque “tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar ‘a olho’ uma quantidade desordenada de princípios *aplicáveis* somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível”[20]. Günther acredita, então, que na medida em que um paradigma compartilhado entre os juristas e todos os demais parceiros do direito constitua o pano de fundo dos discursos de aplicação, as decisões judiciais podem ser inclusive prognosticadas pelas partes de um processo[21], ou seja, pode haver previsibilidade (segurança jurídica) e validade (racionalidade na jurisprudência).

Um paradigma, contudo, é um campo propício para a formação de ideologias. Por isso, Habermas não pode se satisfazer com a solução de Günther, sem criar mecanismos capazes de abrir os paradigmas do direito uns para os outros, para comprovarem-se na pluralidade de situações. Uma compreensão procedimentalista do direito pode, segundo Habermas, satisfazer essa exigência. Assim, através da teoria do discurso, Habermas pretende também tirar o “juiz Hercules” de Dworkin da solidão solipsista e colocá-lo no discurso[22], vale dizer, retirar a jurisdição do ideal da personalidade de um juiz (ideal de virtude e de acesso privilegiado à verdade) para colocá-la no ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição. Para Habermas, o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”[23]. Isso significa que não tem mais cabimento o solipsismo jurídico. Um juiz, sozinho, não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito. Em outras palavras, a autonomia política dos cidadãos tem que ser respeitada pela jurisdição. A jurisdição não pode, sozinha, dizer qual é o direito adequado a situações concretas, porque a interpretação da Constituição não pode ser realizada solipsisticamente por um juiz monocrático ou por um diálogo de especialistas imunes à crítica[24].

### **A forma dos conflitos ecológicos na perspectiva de Niklas Luhmann**

Apesar da sofisticação das construções de Günther e Habermas, o modelo procedimentalista dos discursos de aplicação é insuficiente para os problemas ecológicos que aparecem no âmbito do Direito Ambiental. Basta observar que todas as teorias do direito e da argumentação, incluindo também aquelas específicas do *common law*, partem do suposto de que os conflitos ecológicos são negociáveis, como se os danos ambientais pudessem ser compensados e como se moçinhos e bandidos pudessem ser claramente distinguidos pelo direito.

Com efeito, os conflitos ecológicos apresentam características semelhantes aos conflitos étnicos e religiosos. Tratam-se de conflitos sem perspectivas de pacificação através do direito. As disputas pela apropriação privada de recursos naturais usam, como fundamento,

códigos econômicos tais como sobrevivência material, sustentabilidade e desenvolvimento. Assim, os conflitos ecológicos se apresentam para o direito na forma da escolha entre sobrevivência ou decadência, sustentabilidade ou degradação, desenvolvimento ou empobrecimento. Quer dizer, os conflitos ecológicos apresentam-se sob a forma econômica da escassez. E assim, do mesmo modo em que os conflitos étnicos e religiosos só se resolvem através de guerras, também os conflitos ecológicos mantêm a sua dinâmica baseada na intolerância. Pois na medida em que a reprodução dos conflitos ecológicos está baseada na comunicação da escassez econômica, a intolerância ecológica já se apresenta na forma do paradoxo segundo o qual a diminuição da escassez de alguns é, ao mesmo tempo, um aumento da escassez de todos os outros[25]. Resultado: distribuindo as relações de escassez em novas configurações, o direito não faz mais que apenas deslocar provisoriamente os conflitos ecológicos para essas novas configurações.

O cenário é catastrófico. Aliás, é a primeira vez que a sociedade se depara com a possibilidade de sua destruição total. Os relatos bíblicos e a mitologia grega já utilizavam a simbologia do advento da catástrofe. Mas na semântica religiosa sempre há a distinção entre os fiéis e pagãos, a partir da qual só os pagãos desapareceriam da face do planeta. Os fiéis poderiam ficar tranquilos, porque a sua salvação estava garantida pela distinção mesma entre fiéis e pagãos. Na semântica do risco ecológico, contudo, a diferença entre fiéis e pagãos já não funciona como garantia de salvação. A ameaça ecológica paira sobre todos os seres humanos do planeta sem fazer distinções. Não adianta ser fiel ou pagão, rico ou pobre, socialista ou capitalista, ecologista ou poluidor. Tanto os ecologistas como os poluidores encontram-se igualmente submetidos à ameaça de desaparecimento.

A distinção entre trabalhadores e vagabundos na economia, a distinção entre sabedoria e ignorância na semântica da ciência, ou ainda a distinção entre governo e oposição em um contexto político, também não ajudam muito em face das ameaças ecológicas. Com efeito, a problemática ecológica apresenta-se como a menos discriminadora de todos os problemas da sociedade contemporânea. Ela apresenta-se de modo igual para todos, sem a utilização de distinções sociais. Ricos ou pobres, fiéis ou pagãos, sábios ou ignorantes, poderosos ou submissos, todos estão igualmente submetidos ao código da sobrevivência ou decadência da semântica ecológica. As únicas distinções que a ameaça ecológica utiliza para discriminar são as que ela mesma produz, as quais ainda são um mistério para a ciência. Com facilidade se pode simular relações entre uma suposta taxa de aquecimento global e os impactos sobre as populações litorâneas, ou entre uma determinada quantidade de emissão de efluentes ou resíduos e a suposta taxa e degradação de recursos naturais. Pode-se até medir a taxa de desflorestamento de determinadas áreas, estabelecendo-se relações com o aumento da população, com migrações, com novas demandas na economia e etc. Mas os impactos a médio e longo prazo que as intervenções técnicas sobre a natureza podem provocar nas dinâmicas ecológicas não são previsíveis.

A imprevisibilidade das catástrofes ecológicas então se compensa com dinheiro. A economia, hoje, presta essa importante função de absorção de riscos. Tal como na antiguidade se faziam oferendas e sacrifícios para apaziguar a ira dos Deuses, hoje a ira da natureza se paga através de indenizações e medidas compensatórias de danos ambientais. O direito tem servido aqui como um dos principais mediadores dessa dinâmica de absorção dos riscos ecológicos pela sua quantificação monetária na economia. Quer dizer, o risco

ecológico, através do direito, pode ser transformado em um problema econômico e, assim, absorvido pela linguagem dos preços monetários. A imprevisibilidade das catástrofes ecológicas ganha então um preço determinado. E uma vez pago esse preço, a sociedade já pode se sublimar do seu risco ecológico.

Mas não é só na economia em que o risco ecológico se torna apaziguado. Também a política dispõe de meios de absorção do risco ecológico. Os instrumentos que garantem a participação popular, o acesso a informações e a ética nas decisões, por exemplo, funcionam como meios políticos de absorção do risco ecológico[26]. A participação popular, o acesso às informações e a ética nas decisões distribui o risco ecológico entre decisores e afetados pelas decisões. Quer dizer, o risco político das ameaças ecológicas se sublima na esfera pública. Se todos podem participar das decisões políticas arriscadas, os efeitos colaterais dessas decisões já podem ser atribuídos a toda sociedade e não mais somente aos que tomaram a decisão. Com a participação, informação e ética nas decisões políticas, decisores e afetados tornam-se igualmente responsáveis pela decisão. Como se vê, a sociedade mesma dispõe de mecanismos de absorção dos riscos de catástrofes ecológicas. E no nível da população, isto é, no nível das pessoas individuais, os riscos que não são absorvidos no nível dos sistemas são então ignorados[27]. Uma ignorância que se constrói através de fórmulas tranquilizadoras, tais como a de que já não adianta mais fazer nada e a de que as catástrofes ecológicas estão para acontecer, mas não amanhã.

Esse cenário catastrófico permite tirar algumas conclusões sobre a forma dos conflitos ecológicos. Na semântica da sobrevivência/decadência ecológica, já não tem mais sentido a separação entre seres humanos e sociedade[28]. A decadência dos seres humanos corresponde a uma decadência das possibilidades de comunicação, quer dizer, corresponde à decadência da sociedade. E do mesmo modo, a destruição das possibilidades de comunicação, por si só, provocaria muitas mortes. Sem comunicação, os sistemas sociais não mais funcionariam. A economia quebra, a segurança se encerra, os hospitais já não pode fazer mais nada, o direito não se aplica mais, a política perde seus meios de vinculação generalizada de suas decisões e etc. Em outras palavras, o fim da comunicação pela catástrofe ecológica é um fim da sociedade e, ao mesmo tempo, um fim dos seres humanos tal como os conhecemos. E o fim dos seres humanos é um fim da comunicação e, por isso, um fim também da sociedade. Pela primeira vez na história a sociedade se depara com uma comunidade de destino. Sistemas orgânicos, sistemas psíquicos e sistemas sociais estão todos juntos sob a mesma ameaça da catástrofe ecológica. A problemática ecológica exige, pois, longe de qualquer tradição humanística, a reunião da diferença entre sociedade e indivíduos.

Do mesmo modo que o fundamentalismo religioso e a intolerância étnica, a descrição ecológica da sociedade também produz uma intolerância ecológica: sob a forma da sobrevivência ou decadência, quem não está no lado da sobrevivência só pode estar no lado da decadência, quer dizer, “quem não está conosco está contra nós”. A descrição ecológica da sociedade institui, assim, uma forma de intolerância ecológica. Uma intolerância racional e moralmente fundamentada. A problemática ecológica toma a forma, então, de uma controvérsia, quer dizer, a forma de conflito. E um tipo de conflito que ultrapassa largamente os conflitos de classe baseados na forma capitalismo/socialismo[29].

## **Decisão jurídica e planejamento reflexivo**

Como se pode ver, a sociedade está diante de um novo tipo de conflito, que não tem nenhuma perspectiva de resolução pelo direito. E nesse contexto, as teorias da decisão mais avançadas ainda claudicam sob modelos decisórios baseados em uma sociedade organizada sob a forma de conflitos econômicos, quer dizer, conflitos negociáveis. Por isso, e talvez pela inexistência de outras alternativas, queremos propor um modelo decisório que parte da consciência da auto-referência e da respectiva autoprodução de riscos. Denominamos esse modelo decisório de *planejamento reflexivo*, uma vez que ele se constitui na forma recursiva da reaplicação de seus resultados às suas próprias premissas decisórias. Naturalmente, vamos abreviar aqui a fundamentação e a explicação do modelo, bem como dos pressupostos teóricos que utilizamos para construí-lo[30].

Assim, diante de uma situação concreta, a decisão jurídica pode realizar as seguintes operações que, aqui, para efeito de aplicação prática, são provocadas sob a forma de perguntas.

Em primeiro lugar, a decisão pode começar pela descrição da situação concreta e, depois, realizar um diagnóstico jurídico (levantamento das normas jurídicas aplicáveis à situação descrita). Após essas duas operações básicas – que já determinam a escolha da solução no nível da observação jurídica –, a decisão deverá seguir as seguintes etapas recursivas:

### **X1) Qual a solução jurídica para o caso?**

Essa operação é a operação básica da decisão jurídica: a auto-indicação dos eventos do ambiente, conforme o programa condicional do direito (legislação em vigor), no lado direito ou no não direito da unidade operacional. A reentrada da forma direito/não direito faz surgir os sentidos lícito/ilícito, legal/ilegal, permitido/proibido, legítimo/ilegítimo, jurídico/antijurídico e etc. Pode-se representar a resposta a essa questão como  $x1 = Op(x0)$ , onde  $x1$  é a operação (Op) de reentrada da forma direito/não direito ( $x1$ ) em si mesma ( $x0$ ).

### **X2) Quais são as prováveis conseqüências futuras dessa solução?**

Essa questão provoca a abertura cognitiva do programa condicional para a orientação às conseqüências (na forma de diferença entre programa condicional/finalístico). É aqui que entra a auto-observação jurídica dessas conseqüências futuras pelo *meio* científico. A resposta, portanto, poderá ser obtida através das perícias técnicas que informarão ao jurista as conseqüências que a operação básica (Op1) pode produzir no ambiente sistêmico, isto é, os impactos sistêmicos da pura aplicação do programa condicional. Pode-se representar essa operação também como  $x2 = Op(x1)$ , onde  $x2$  representa os valores gerados pela aplicação da operação recursiva de  $x1$  sobre a operação  $x0$ .

### **X3) Essas conseqüências futuras são, hoje, direito ou não-direito?**

A resposta a essa questão provoca a operação de reentrada da forma direito/não-direito ( $x1$ ) em si mesma ( $x0$ ), mas levando consigo as informações obtidas pela abertura cognitiva pelo



*meio* ciência operada em x2. Essa reentrada no sistema jurídico recondiciona as informações obtidas pelo meio científico no programa condicional do direito, que assim possibilita a auto-indicação dos valores direito/não-direito das conseqüências futuras no presente da decisão. Em outras palavras, essa operação (x3) fecha o círculo recursivo das operações x1 e x2 na forma direito/não-direito x0. Contudo, todo fechamento é, paradoxalmente, uma abertura, daí o surgimento de uma bifurcação: duas outras operações latentes, a x4 e a x5.

**X4) Se o resultado da operação x3 confirma a operação x1, então a decisão está juridicamente correta.**

Em outras palavras, se as conseqüências futuras do comando dispositivo da decisão jurídica são legais, segundo o programa condicional do direito, então a decisão está juridicamente correta. Ou seja, ocorrendo  $x3 = x1$ , o círculo operativo se fechou e a decisão (x3) já pode decidir a decisão que decidiu em x1.

Mas se o resultado de x3 for diferente do resultado de x1, surge a indeterminação do valor da orientação às conseqüências, sendo então necessária a referência à função, isto é, cria-se uma exigência de planejamento, cria-se uma assimetria do círculo recursivo de  $x3 = x1$  para resolver o paradoxo do  $x3 \neq x1$ . Esse paradoxo que resulta da não-confirmação da operação x1 pela operação x3 requer então autovalores (i), vale dizer, requer criatividade do jurista. A questão da operação x5 então é

**X5) como deve ser a decisão para que as suas conseqüências não sejam ilegais – ou para que sejam legais?**

A introdução de autovalores (i) aqui produz um risco de indeterminação muito alto às operações jurídicas e um correspondente perigo aos demais sistemas de perderem a possibilidade de planejarem sobre as expectativas normativas. Por isso, a referência à função pode servir como um autovalor que mantém um certo nível de determinação na decisão sobre o paradoxo de  $x3 \neq x1$ . O autovalor pode então ser obtido por outras duas operações, as x6 e x7.

**X6) Qual a função do direito envolvido na situação concreta?**

Normalmente a função pode ser encontrada nos primeiros artigos das leis, que estabelecem os objetivos, a função e etc., fazendo referência ao planejamento político.

**X7) A nova decisão atende a essa função?**

Aqui pode surgir a exigência de uma nova comunicação com a ciência (uma perícia por exemplo), para a decisão poder observar se as conseqüências dessa segunda opção também não serão elas ilegais a curto ou a longo prazo. Há uma possibilidade, contudo, de se resolver isso processualmente, com por exemplo através da formulação de quesitos à perícia científica a respeito dos prováveis impactos dessa possibilidade de solução jurídica.

**X8) Se o resultado da operação x7 confirma a operação x1, então a decisão está juridicamente correta.**

Observa-se novamente o fechamento do círculo recursivo da operação de decisão, pela introdução do autovalor na assimetria do paradoxo entre a orientação funcional e a orientação às consequências. Em outros termos, face ao paradoxo gerado pela operação  $x_3 = Op(Op(x_2)(Op(x_1)(x_0)))$ , a operação  $x_3$  autoproduz as novas operações  $x_4, x_5, x_6, x_7$  e  $x_8$ , onde a operação  $x_9$  voltará para a operação  $x_5$  e assim recursivamente até que os autovalores empregados nas operações encontrem estabilidade.

Mas se o resultado da operação  $x_7$  não confirma a operação  $x_1$ , então se repetem as operações a partir de  $x_5$  até que os autovalores encontrem a sua estabilidade dinâmica.

O problema insuperável é que a situação colocada à decisão jurídica é sempre dinâmica. Isso significa que a aplicação recursiva da operação  $x_5$  pode demandar um tempo insuficiente para a solução jurídica. O cruzamento da linha de fronteira que separa as expectativas normativas (referência jurídica da decisão) e as expectativas cognitivas (a hetero-referência da decisão) pode demandar um tempo que talvez seja insuficiente para a criatividade da decisão encontrar estabilidade. Porque aqui, as condições ambientais estão sob contínua mudança e uma mudança que ocorre de modo simultâneo nos vários sistemas sociais envolvidos na decisão. Por isso pode não ser possível à decisão jurídica encontrar a estabilidade requerida para a sua atualização em termos de planejamento, ocasião em que será necessário ao jurista criar uma diferença. Ou então processualizar a recursividade dessa operação, limitando o tempo e aceitando um sentido artificial das exigências do ambiente sistêmico.

Por isso, a operação limite,  $x_9$ , deverá ser

**X9) crie uma diferença.**

Assim pôde-se descrever essas operações na forma de um procedimento decisório para situações de incerteza e de urgência, que é o que caracteriza o contexto decisório no âmbito do Direito Ambiental. Para utilizar uma expressão de Heinz von Foerster, trata-se de um modelo baseado na cibernética de máquinas não-triviais, isto é, máquinas nas quais as suas entradas (*inputs*) são as suas próprias saídas (*outputs*). A aplicação prática desse modelo de abertura cognitiva das decisões jurídicas em matéria de meio ambiente mantém um nível de determinação muito superior à abertura arbitrária de outros modelos disponíveis nas teorias do direito. Aqui ocorre, em última análise, a saída da observação do jurista para o ambiente (e para o futuro imaginado pelas perícias, estatísticas, projeções e prognósticos da ciência no ambiente) para novamente entrar no código direito/não-direito. Mas, por outro lado, não há nenhuma garantia de realidade a respeito das consequências e isso significa que o planejamento pode ter partido de premissas que, no futuro, não se confirmem.

Esse modelo pode ser aplicado também às decisões jurídicas das instâncias periféricas à organização judiciária (advogados, delegados de polícia, promotores de justiça, procuradores e etc.). Esquemáticamente mais simples, mas não menos nos paradoxos, pode-se provocá-lo através das seguintes questões:

X1) Do que se trata?

X2) Quais os artigos de lei que incidem sobre o evento?

X3) Quais as soluções jurídicas para o evento?

X4) Quais as conseqüências no ambiente sistêmico de cada uma dessas soluções jurídicas?

X5) Qual a melhor solução jurídica para o evento?

Observa-se que, em se tratando de consultorias jurídicas, a operação x5 pode ser transferida para outras instâncias de decisão, como por exemplo para o cliente que solicitou o parecer. Mas a responsabilidade pelo *re-entry* operacionalizado na aplicação recursiva das operações x1, x2 e x3 é da decisão jurídica. Observa-se também que é na operação x2 onde ocorre o diagnóstico jurídico do evento social, ou seja, onde é respondida a questão sobre o evento do ambiente ser direito ou não-direito, conforme os programas condicionais do direito (leis, jurisprudência, tradições, conceitos, argumentações institucionalizadas e etc).

Tanto para o modelo de experimentação de uma decisão judicial como para o modelo de decisão dos sistemas periféricos ao sistema de organização judiciária, o planejamento não produz nenhuma garantia de realidade e, como decisão, também ele está sujeito à contingência do futuro. Em ambos os casos, portanto, são as estatísticas (ciência) que poderão servir de base para a definição de metas jurídicas criativas – autovalores. Já que não é possível prever a trajetória de sistemas dinâmicos e instáveis[31] – como são os sistemas da sociedade –, as probabilidades podem ser traçadas a partir da irreversibilidade estatística da história do sistema. Esses parecem ser os limites cognitivos das decisões jurídicas, para os quais toda produção de expectativas de certeza ou de uma única resposta correta, sem efeitos colaterais imprevisíveis, corre um sério risco de frustração.

#### **Notas:**

[1] SPENCER-BROWN, George. *Laws of forms*. New York: Dutton, 1979.

[2] Ver-se ESPOSITO, Elena. *L'operazione di osservazione: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1992.

[3] Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 603.

[4] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. 2ª ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997; \_\_\_\_\_. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998; \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

[5] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; \_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo.

São Paulo: Martins Fontes, 1999; \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[6] Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Vol. I, p. 256.

[7] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

[8] *Ibidem*, p. 335.

[9] *Ibidem*, p. 347.

[10] Para um estudo dessa relação entre as perícias técnicas e as decisões jurídicas no âmbito do Direito Ambiental, ver-se ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos.” *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, v. 37, n. 101, p. 81-106, 2005.

[11] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, p. 348.

[12] *Ibidem*, p. 348: “em terminologia tradicional, poderíamos chamar a capacidade pressuposta para isso de um tipo de força de imaginação moral, que consiste em ponderar diversos pontos de vista possíveis normativamente relevantes em uma situação, e avaliá-los nas suas relações, conseqüências e efeitos colaterais.”

[13] *Ibidem*, p. 348.

[14] *Ibidem*, p. 350.

[15] HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: estudos filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 277.

[16] Sobre os problemas da orientação às conseqüências no Direito Ambiental, ver-se SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

[17] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, p. 355.

[18] *Ibidem*, p. 355.

[19] *Ibidem*, p. 55.

[20] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, Vol. I, p. 275.

[21] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, p. 355.

[22] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, Vol. I, p. 277.

[23] *Ibidem*, p. 278.

[24] Para um aprofundamento desse modelo procedimentalista de decisão jurídica e seus desenvolvimentos, bem como as críticas, ver-se SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007 (no prelo).

[25] LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996, p. 74: “La scarsità è perciò uno di quei problemi che diventano paradossali se li si colge come problemi sociali: quanta meno scarsità (per l’uno), tanta più scarsità (per tutti gli altri).”

[26] *Ibidem*, p. 173 e seguintes.

[27] LUHMANN, Niklas. Ecología de la ignorancia. In: \_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad*: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Trad. Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997, p. 140.

[28] *Ibidem*, p. 150.

[29] *Ibidem*, p. 150.

[30] A fundamentação e a explicação dos pressupostos teóricos e empíricos desse modelo podem ser consultadas em SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

[31] Cf. PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas. Tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996, p. 78.

\* Doutorando em Direito pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, professor no departamento de Direito Privado da UCS e pesquisador-estudante dos Grupos de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS) e Teoria do Direito (Unisinos).

Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1739](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1739)>. Acesso em: 17 mar. 2008.