

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JOSÉ LUIZ DE ARAÚJO AYMAY

**A AUTOPOIESE LUHMANNIANA COMO BASE EPISTEMOLÓGICA DO
DIREITO PREVENTIVO:
Negócios na sociedade complexa e contingente**

São Leopoldo

2016

JOSÉ LUIZ DE ARAÚJO AYMAY

A AUTOPOIESE LUHMANNIANA COMO BASE EPISTEMOLÓGICA
DO DIREITO PREVENTIVO:

Negócios na sociedade complexa e contingente

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS.

Área de concentração: Sociedade, Novos
Direitos e Transnacionalização.

Orientador: Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho

São Leopoldo

2016

A982a Aymay, José Luiz de Araújo.
A autopoiese luhmanniana como base epistemológica do direito preventivo: negócios na sociedade complexa e contingente / por José Luiz de Araújo Aymay. -- São Leopoldo, 2016.

112 f. : il. (algumas color.) ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

Área de concentração: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

Orientação: Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho, Escola de Direito.

1.Responsabilidade (Direito). 2.Danos (Direito). 3.Reparação (Direito). 4.Autopoiese. 5.Desenvolvimento sustentável. 6.Avaliação de riscos. 7.Desastres ambientais – Mariana (MG). 8.Luhmann, Niklas, 1927-1998 – Crítica e interpretação. 9.Direito preventivo. I.Carvalho, Délton Winter de. II.Título.

CDU 347.51

347.513

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL Mestrado

A dissertação intitulada: "A AUTOPOIESE LUMANNIANA COMO BASE EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PREVENTIVO: negócios na sociedade complexa e contingente" elaborada pelo mestrando José Luiz de Araujo Aymay, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 07 de novembro de 2016.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

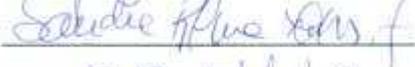
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Dêlton Winter de Carvalho

Membro: Profa. Dra. Sandra Regina Martini

Membro: Profa. Dra. Haide Maria Hupffer


Dedico esse trabalho aos meus pais.

*“[...] Hoje me sinto mais forte
Mais feliz quem sabe
Só levo a certeza
De que muito pouco eu sei
Eu nada sei [...]”
(Almir Sater e Renato Teixeira)*

AGRADECIMENTOS

Mais uma etapa que se conclui com a contribuição de pessoas especiais.

Assim, presto os mais sinceros agradecimentos:

Ao meu fiel amigo Jesus Cristo, filho de Deus, que foi quem ouviu silenciosamente todas as angústias que tive ao longo deste caminho.

Aos meus pais, José Luiz Machado Aymay e Otacília Ribeiro de Araújo, aos quais dediquei este trabalho, pelo apoio, compreensão e amor dedicado a mim.

À minha família e aos meus amigos que sentiram a minha ausência durante esta caminhada, mas, que de uma forma ou outra, sempre estiveram ao meu lado prestando todo o apoio necessário para que eu não desistisse.

Aos funcionários, professores e colegas da Unisinos, o meu muito obrigado.

Ao pessoal do Escritório Giuliani, Trevisan e Aymay Advogados Associados, em especial os meus sócios Ricardo Giuliani Neto e Marla Trevisan, por me alimentarem com algo que a sociedade carece: sinceridade! Ainda, à Luísa Giuliani, pela atenta leitura e auxílio na formatação.

Ao meu orientador, estimado Professor e Dr. Délton Winter de Carvalho, a quem aprendi a respeitar não somente como orientador, mas como cidadão pragmático e comprometido com a sociedade. Comecei o tendo como orientador e hoje o tenho como amigo, obrigado.

Às Professoras Dra. Sandra Regina Martini Vial e Dra. Haide Maria Hupffer, pela leitura atenta que fizeram e pelas considerações realizadas no fechamento da dissertação.

Por fim, reforço os meus agradecimentos a todos.

“Um negócio que não produz nada além de dinheiro é um negócio pobre.”
(Henry Ford)

“O Direito não é primariamente um ordenamento jurídico coativo, mas sim um alívio para as expectativas.”
(Niklas Luhmann)

RESUMO

A sociedade atual tem se caracterizado cada vez mais pelo desenvolvimento de negócios de risco. Em busca de um bem viver momentâneo, deixa-se de levar em consideração, quando das tomadas de decisões, o futuro. Os negócios são desenvolvidos dentro de uma lógica capitalista em que o risco é visto como possibilidade de novos negócios, pois até mesmo quando da ocorrência de desastres a economia passa a ser fomentada por políticas de reparação de danos. Porém, existem danos que, em razão de sua magnitude, são irreparáveis e comprometem, inclusive, as futuras gerações. Assim, o objetivo deste trabalho consiste na observação da função preventiva do Direito, naquilo que aqui denominamos Direito Preventivo, a partir das premissas luhmannianas de que o direito consiste em um sistema social que tem por função a redução das expectativas, diminuindo e incrementando a contingência e o risco. O Direito Preventivo, com vistas a reduzir as possibilidades de riscos dos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente e que tem nos negócios uma de se suas possibilidades de desenvolvimento, mas também de frustração, será pensado a partir da teoria sistêmica autopoietica de Niklas Luhmann, como um instrumento de resposta que está disposto a dialogar com o futuro, para que os negócios não sejam vantajosos apenas para quem os implementa na sociedade, mas também sejam sustentáveis e criem possibilidades para que a sociedade possa bem viver o presente, criando, ainda, possibilidades de bem viver às futuras gerações. Esse Direito, que se pretende preventivo, parte das premissas dos estudos realizados pelo Dr. Délton Winter de Carvalho, ou seja, adotar-se-á como base para o desenvolvimento do presente trabalho, os planos de contingência e gestão de riscos, tão importantes para que as expectativas de futuro não sejam frustradas pelo solipsismo de negócios desenvolvidos a partir de uma lógica lucrativa desenfreada. Assim, para reduzir os riscos e perigos criados pelos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, o Direito se utilizará de acoplamentos estruturais entre Direito, Política e Economia. Sendo que tal acoplamento se dará por meio da Constituição Federal, que é o instrumento de adequação que permite o equilíbrio entre a livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Direito Preventivo. Negócios. Risco. Complexidade e Contingência.

RESUMEN

La sociedad actual se ha caracterizado cada vez más por el riesgo de desarrollo de negocios. En busca de una buena vida momentánea, deja que se tiene en cuenta a la hora de la toma de decisiones, el futuro. Negocio se desarrolla dentro de una lógica capitalista donde el riesgo es visto como una posibilidad para el nuevo negocio, ya que incluso en el caso de desastres de la economía pasa a ser fomentada por las políticas de reparación de daños. Pero hay daños y perjuicios que, por su magnitud, son irreparables y el compromiso, incluidas las generaciones futuras. El objetivo de este trabajo es la estructuración de una ley preventiva, con el fin de reducir las posibilidades de riesgo de negocio desarrollado en una sociedad compleja y contingente negocio y tiene uno de sus posibilidades de desarrollo, sino también la frustración. Este derecho de preferencia se pensó desde la teoría de los sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann como un instrumento de respuesta que está dispuesto a dialogar con el futuro, por lo que las empresas no sólo son útiles para quienes las implementan en la sociedad, sino que también son sostenibles y crear posibilidades de la sociedad así pueden vivir en el presente, creando nuevas posibilidades de vivir bien de las generaciones futuras. Esta ley, que se pretende que parte preventivo de las instalaciones de los estudios llevados a cabo por el profesor roble Dr. Délton Winter de Carvalho, o sea adoptado como base para el desarrollo de este trabajo, planes de contingencia y gestión de riesgos, tan importante para las futuras expectativas no se ven truncados por el solipsismo de negocio desarrollado de lógica de la ganancia sin límites. Por lo tanto, para reducir los riesgos y los peligros creados por el negocio desarrollado en una sociedad compleja y contingente, el derecho de uso del acoplamiento estructural entre el derecho, la política y la economía, y ese diálogo será a través de la Constitución Federal, que es el instrumento para adaptar lo que permite el equilibrio entre la libre empresa y el desarrollo sostenible.

Palabras-clave: la ley preventiva. Negocio. Riesgo. La complejidad y la contingencia.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Quadro elaborado para demonstrar a comunicação entre os sistemas	31
Figura 2 – Foto do desastre (MG).....	66
Figura 3 – Foto demonstrando o antes e o depois do Desastre (MG)	67
Figura 4 – Ciclo de desastres de Daniel Farber.....	74

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO ESTADO DE NATUREZA AOS NEGÓCIOS DA SOCIEDADE COMPLEXA E CONTINGENTE	16
2.1 O Ócio Suplantado pelo Negócio	16
2.2 Do Estado de Natureza para o Estado Civil: a Racionalidade em Busca do Bem Viver	18
2.3 Modernidade e Capitalismo: Mãos Dadas para Criação de Risco	23
2.4 O Direito Preventivo nos Negócios de Risco na Sociedade Complexa e Contingente	26
2.4.1 O Direito Frente À Contingência dos Negócios	34
2.4.2 O Estado Legitimando Atos de Deus por Meio de Excludentes de Responsabilidades..	38
2.4.3 Direito Preventivo e Sustentabilidade	43
3 AUTOPOIESE E DIREITO PREVENTIVO	53
3.1 A Autopoiese Luhmanniana como Base Epistemológica do Direito Preventivo	53
3.2 A Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre Direito, Política e Economia na Prevenção de Riscos	59
3.3 Análise de Caso: o Desastre em Mariana	65
3.3.1 Da Ausência da Cultura de Prevenção de Riscos	69
3.3.2 O Despreparo para Reparação Jurídica Frente ao Desastre de Mariana.....	73
4 SISTEMA DE COMUNICAÇÃO E PLANO DE PREVENÇÃO	79
4.1 O Direito Preventivo como Instrumento de Decisão e Gestão de Risco nos Negócios	79
4.1.1 Prevenção: do Risco Concreto ao Abstrato	85
4.1.2 Risco e Perigo	90
4.2 Plano de Contingência: o Direito Gerindo Riscos com Precaução e Prevenção	93
5 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS	107

1 INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna sofre os impactos advindos da modernidade e, de mãos dadas com o capitalismo, cada vez mais tem se caracterizado pela realização de negócios de risco. Vive-se numa sociedade de constantes mutações estruturais, em que o novo se torna velho mesmo antes de se ossificar, muito embora as transições históricas sejam marcadas por uma racionalidade que se ampara na vontade e no desejo de conservar a própria existência humana. Como demonstração dessas fases tem-se a passagem do estado de natureza para o estado civil, marco do desenvolvimento civilizatório em que o homem assumiu uma espécie de risco, que, para o contexto da época, estava relacionado ao medo de extinção do homem pelo próprio homem. Esse mesmo homem, sempre em busca de melhores condições de vida, chega à modernidade e teme-se que os riscos produzidos na sociedade que ele outrora idealizou para que pudesse (sobre)viver tenha assumido altos níveis destrutivos, níveis até então desconhecidos na história da vida humana na terra.

O homem passa a abandonar o ócio, institui-se como cidadão e passa a realizar negócios. Então a sociedade contemporânea passa a ter nos negócios que são desenvolvidos em seu ambiente complexo e contingente uma de suas possibilidades de desenvolvimento, mas também de frustração. O ambiente no qual os negócios são desenvolvidos se caracteriza cada vez mais pelas incertezas produzidas, pois a modernidade cria um modo de produção que a tudo abarca, exceto solidez e estabilidade. Os negócios desenvolvidos dentro da lógica capitalista de geração de riqueza passam a estabelecer o risco como algo necessário, pois esse sistema pressupõe indivíduos relacionados a partir de um mecanismo que se utiliza do risco para desenvolver negócios.

O capitalismo não é abordado nesse estudo no objetivo de estabelecer discussões ideológicas, mas para ser observado e levado em consideração por ser o sistema que está posto e que encontrou na modernidade sua mola propulsora. A sociedade em busca de bem viver acaba criando seus próprios riscos, sendo de grande relevância a construção de mecanismos de controle para que o futuro não pereça diante da possibilidade de que a decisão tomada no passado reste frustrada no amanhã. Esse é o ponto que irrita o Direito a quebrar o paradigma de um ordenamento jurídico coativo e pós-fato para ser observado como um sistema de alívio para as expectativas. Esse é ponto que aproxima este estudo da linha de pesquisa do Mestrado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, intitulado: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

O diálogo que o Direito estabelecerá com o futuro adotará o risco como algo a ser constantemente analisado, até porque não se pode comprometer as futuras gerações, que sequer puderam participar do momento histórico em que tais riscos foram produzidos.

Assim, o que denominamos de Direito Preventivo, é fruto de uma observação a partir da epistemologia da teoria sistêmica autopoética de Niklas Luhmann, sendo adotada essa teoria em razão de seu caráter multidisciplinar. Isso passa a ser o referencial teórico para a observação de um Direito preocupado não somente com a reparação de danos, mas fundamentalmente nas possibilidades de evitá-los por meio de mecanismos de gestão e mitigação de riscos.

É a partir de Niklas Luhmann que se estabelece nesse estudo o ambiente complexo e contingente no qual os negócios são desenvolvidos, sendo que essa caracterização se dá a partir das inúmeras possibilidades de eventos possíveis. Os negócios são dinâmicos e exigem constantes tomadas de decisões. Consequentemente, os critérios para que tais decisões não venham a sofrer os efeitos da contingência deverão ser constantemente analisados e estruturados por meio de mecanismos de gestão de riscos, para que as possibilidades apontadas quando da implementação do negócio e as expectativas geradas pela sociedade em razão do mesmo não tenham como resultado danos futuros.

Nesse sentido, o Direito, como comunicação, surge como amparo para a sociedade complexa e contingente, generalizando de forma congruente as expectativas normativas no objetivo de reduzir os riscos produzidos pelos negócios desenvolvidos em seu ambiente. Sendo assim, o estudo aqui desenvolvido procura criar as condições de prevenção e mitigação dos riscos produzidos pelos negócios, atribuindo ao risco uma nova importância racional para as tomadas de decisões, não no sentido de inviabilizar os negócios, mas para torná-los menos arriscados e mais sustentáveis. Para tanto, a metodologia a ser utilizada nesse estudo se utilizará do método sistêmico de comunicação. A partir de acoplamentos estruturais entre os sistemas do Direito, da Política e da Economia, exsurge a possibilidade de respostas a partir do que aqui será denominado como Direito Preventivo, eis que observado no escopo de mitigar e gerir os riscos advindos dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, buscando dialogar para que os danos provocados pelo desenvolvimento desenfreado de um negócio não venha a comprometer, por exemplo, os sistemas do meio ambiente, do sistema social ou das futuras gerações.

Diante desse cenário, no qual o risco é uma variável a ser constantemente observada quando das tomadas de decisão, eis o problema a ser enfrentado nesta dissertação: Qual a base metodológica que poderia dar suporte na observação de um Direito Preventivo? Ou,

articulando de outra forma o problema a ser enfrentado: De que maneira o Direito poderia ser observado no sentido de estabelecer um diálogo com o futuro no objetivo de reduzir riscos?

Buscando responder a essa problemática, as hipóteses serão desenvolvidas em três etapas, cada uma delas em capítulo específico.

No primeiro capítulo, abordar-se-á o tema “Do estado de natureza aos negócios da sociedade complexa e contingente”, no segundo capítulo, trabalhar-se-á “Autopoiese e Direito Preventivo e, no último capítulo, apresentar-se-á “Sistema de comunicação e plano de prevenção”.

Quanto ao primeiro capítulo, referente ao tema “Do estado de natureza aos negócios da sociedade complexa e contingente”, buscar-se-á a descrição do abandono do ócio e a valorização dos negócios pelo homem, bem como a evolução histórica da ação do homem que abdica de seu estado de natureza para criar o Estado social, pautado numa racionalidade em busca do bem viver. Essa constante busca pelo bem viver fez com que o homem encontrasse na modernidade uma lógica, pautada no capitalismo, em que os negócios passam a necessitar sempre de novidades para que possam competir num mercado marcado pela acirrada concorrência. A sociedade passa a ser exposta a riscos até então desconhecidos, advindos de tomadas de decisões quando da implementação dos negócios, sendo os riscos muitas vezes explorados como forma de negócio. A exemplo disso são as apólices de seguros marítimos, surgidas durante os séculos XVI e XVII, quando os exploradores ocidentais partiam para as viagens que os levaram a todas as partes do mundo.

Assim, diante da característica arriscada dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, bem como em razão dos impactos negativos que os danos provocados por determinados negócios não sustentáveis causam aos sistemas do meio ambiente, social e às futuras gerações, surge como possibilidade de redução e gestão de risco à ideia de Direito Preventivo que deverá operar não como um ordenamento jurídico coativo, mas sim como um alívio para as expectativas, gerenciando e mitigando os riscos produzidos pelos negócios desenvolvidos na atual sociedade que Niklas Luhmann caracteriza como sendo complexa e contingente.

Essa atual sociedade que se desenvolve mediante a realização de negócios de risco, acaba explorando a contingência com base em conhecimentos científicos daquilo que é possível. Desse modo, por meio de uma autorreprodução de construção social de atuação focada na redução da contingência dos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente, surge a ideia de um Direito Preventivo que neste estudo será observado no sentido de mitigar os riscos contingenciais dos negócios desenvolvidos na sociedade, pois

quanto maior o número de frustrações evitadas por meio de uma postura preventiva do Direito, maior serão os resultados positivos para o meio ambiente e para as futuras gerações. Tudo para que os negócios, públicos ou privados, consigam viabilizar o presente sem prejudicar as futuras gerações. O novo formato social não admite mais um Direito acorrentado numa visão pré-industrial, sendo de extrema importância a observação preventiva do Direito, na medida em que a lógica produtiva pós-industrial opera num constante processo de que o novo se torna antiquado, o que potencializa a exposição de riscos em razão da desenfreada utilização dos recursos ambientais.

Dessa forma, no objetivo de compatibilizar os interesses dos negócios com os sistemas ambiental e social, o Direito Preventivo é observado a partir de planejamentos sustentáveis, no que tange a efetivação de Direitos das futuras gerações, para que possa assim atender de forma coevolutiva todos os sistemas da sociedade.

No segundo capítulo, pretender-se-á abordar a questão da “Autopoiese e Direito Preventivo”, sendo trabalhada a teoria da autopoiese luhmanniana como base epistemológica do Direito Preventivo, de maneira que a utilização dessa teoria se dá em razão da premissa que a sociedade é composta por vários sistemas sociais comunicativos, de modo que a não comunicação entre os sistemas provocaria apenas frustrações. Como o propósito deste estudo é observar um Direito Preventivo voltado à redução de riscos, mais especificamente dos riscos atrelados aos negócios desenvolvidos na sociedade, então, a teoria proposta por Luhmann permite pensar a sociedade, o ambiente, não a partir do indivíduo, mas através de possibilidades de coevolução social. Assim, o Direito, como comunicação, torna-se um instrumento para os negócios e para a sociedade, na medida em que generalizam de forma congruente as expectativas, permitindo, assim, coevoluções sociais.

Objetivando a coevolução social se trabalhará em um ambiente para que as mais diversas instituições da sociedade possam discutir suas vontades e pretensões, surgindo, portanto, a necessidade de acoplamentos estruturais. Dessa forma, por meio da Constituição Federal será demonstrado um processo autopoietico de comunicação, ou seja, a troca de comunicação entre os vários sistemas, tais como o Direito, a Política e a Economia. A teoria proposta por Luhmann possibilita essa abordagem do Direito Preventivo por ter identificado a comunicação como sendo o único tipo de operação que produz o sistema, na medida em que possui capacidade de articular operações anteriores com as subsequentes, permitindo a realização de negócios por meio de critérios em que o interesse dos privados não se sobreponha aos interesses da sociedade.

Partindo dessa observação de Direito Preventivo, pretende-se realizar um estudo de caso, qual seja, o desastre ocorrido quando do rompimento da barragem pertencente à mineradora Samarco e controlada pelas empresas Vale do Rio Doce e BHP Billiton, o caso será aqui denominado como “O desastre em Mariana”. Será possível observar que as empresas não investiram em planos de prevenção que poderiam ter evitado o desastre e, se não evitado, ao menos teria contribuído para a reparação ou mitigação dos danos sociais e ambientais causados. Neste estudo de caso, o suporte teórico estará embasado no Dr. Délton Winter de Carvalho, que tem dedicado seus estudos para tratar de desastres e planos de prevenção e reparação de danos. A partir daqui o suporte teórico do estudo passa a ser desenvolvido muito a partir das contribuições de Carvalho que, inclusive, sobre o tema do desastre ocorrido em Mariana, escreveu um artigo demonstrando, entre outros, a ausência da cultura dos planos de contingência e emergência. Artigo esse que é utilizado como umas das bases para o estudo de caso.

No terceiro e último capítulo será trabalhado “Sistema de comunicação e plano de prevenção”. Aqui o Direito Preventivo é abordado como um instrumento de decisão e gestão de risco dos negócios. A dinâmica dos processos de decisão dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente passa a irritar o Direito, na medida em que a sociedade passa a ser exposta a riscos e perigos de danos muitas vezes imensuráveis. Assim, é demonstrado que o Direito necessita de interações comunicacionais com os sistemas da sociedade, para que as decisões e os planos de contingência viabilizem os negócios na mesma medida em que reduz possibilidades de danos futuros.

Para estruturar as decisões, apresenta-se a diferenciação entre riscos concretos e abstratos, bem como a diferenciação de risco e perigo, sendo que tais diferenciações são de fundamental importância no momento de estabelecer o tipo de plano a ser implementado, se de prevenção ou de precaução.

A proposta deste estudo, portanto, é um modelo de plano de contingência que irá num primeiro momento trabalhar a precaução como fundamento da Teoria do Risco Abstrato e, em seguida, mostrar-se-á a prevenção como fundamento da Teoria do Risco Concreto, isto objetivando a mitigação de riscos futuros.

Este estudo pretende ter por base a observação de um Direito Preventivo com vistas a possibilitar o desenvolvimento de negócios na sociedade complexa e contingente, sem que a sociedade e suas futuras gerações tenham que se sujeitar a danos e inseguranças constantes.

Em razão da existência de decisões tomadas no passado e vividas no presente, quando da elaboração do plano de contingência, é necessário visitar o passado, pois existem

expectativas que já possuem um sentido dado, por meio de lei, que é um conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como a sociedade pode esperar que ela venha a se portar.

A partir daí, faz-se possível observar que a função do Direito Preventivo não está em eliminar as inseguranças provenientes dos negócios desenvolvidos no ambiente social e nem garantir comportamentos, mas sim, por meio da comunicação, auxiliar como um instrumento de estabilidade e redução de danos futuros.

2 DO ESTADO DE NATUREZA AOS NEGÓCIOS DA SOCIEDADE COMPLEXA E CONTINGENTE

2.1 O Ócio Suplantado pelo Negócio

Houve um período histórico em que a sociedade, especificamente na Grécia antiga, usava o tempo livre que dispunha para contemplar ideias, no objetivo de encontrar soluções para melhor viver o cotidiano. Essa contemplação de ideias se dava por meio do ócio. Naquela época o ócio possuía maior valor do que o trabalho, constituindo-se num modelo de busca de saber e felicidade. Contudo, diferentemente dos gregos, que viam o ócio como condição ideal para que o homem pudesse sorver a vida, na Roma antiga havia uma maior valorização do trabalho, do profissional, do *negotium*¹ militar, político, agrícola, comercial, entre outros.²

A forma como o negócio era visto, em Roma, naquele período, suplantou o ócio grego e parece ter chegado até o tempo atual, pois a sociedade contemporânea tem em seus mais variados tipos de negócios a sua possibilidade de desenvolvimento. Ademais, sua possibilidade de frustração, visto que o risco é uma condição insofismável de todos os negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente³.

Então, para fins epistemológicos deste trabalho, a palavra negócio será designada como a negação ao ócio⁴, estando atrelada a ação humana que busca o desenvolvimento para o seu melhor lazer e bem-estar por meio dos negócios, mas que sofre com as contingências de suas decisões. Contemporaneamente, a sociedade se desenvolve por meio de uma lógica econômica instaurada na modernidade, que exige negócios dinâmicos, constantemente inovadores e competitivos. O sistema capitalista, no qual os negócios são realizados atualmente, necessita da constante quebra de paradigmas. O capitalismo pressupõe relações

¹ Etimologicamente, a palavra negócio tem origem latina, sendo formada por *nec* (negar) e *otium* (ócio), ou seja, negócios é uma negação ao ócio. Fonte: Dicionário etimológico, em: <http://www.dicionarioetimologico.com.br/negocio/>. Acesso em 03/02/2016.

² BARILLI, Renato. **Retórica**. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985, p. 42.

³ Complexidade e Contingência serão abordados e conceituados mais a frente. Porém, sintetiza-se aqui esses conceitos para fins de melhor compreensão, sendo que por complexidade quer-se dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar, ao tempo que por contingência quer-se dizer possibilidade de dano futuro.

⁴ Em profundo debate no Parlamento quando da elaboração da Lei 10.406/2002, o Código Civil brasileiro, o renomado jurista brasileiro Miguel Reale assim destacou: “O SR. MIGUEL REALE – O latim fazia diferença entre *otium*, que é o lazer, e *negotium*, o contrário do *otium*. Ou seja, o trabalho, a atividade. Então, a diferença em latim é essa: *otium* significa o lazer, *negotium*, a atividade operacional que produz um resultado. (Câmara dos Deputados. Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar Elementos históricos da elaboração da Lei n o 10.406, de 2002 Volume 1 | Audiências públicas e relatórios (1975-1983). Acesso em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/codigo_civil_debate_v1_tomos1a4%20(1).pdf. p. 88-89).

que se deem a partir de mecanismos econômicos e que coloquem o risco como algo necessário aos negócios, até porque o medo da frustração faz surgir, por exemplo, novos negócios, tais como os negócios de seguro.

De Masi⁵ compreende que o tempo livre “é um traço que caracteriza a nova sociedade, e quanto mais a natureza de um trabalho se limita à mera execução e puro esforço, mais ele se priva da dimensão lúdica e cognoscitiva”. O autor embasa no capital a responsabilidade por essa separação racionalizada dos institutos, pois para esse autor “foi a indústria que separou o lar do trabalho, a vida das mulheres da vida dos homens, o cansaço da diversão”. Ainda, explica que, “foi com o advento da indústria que o trabalho assumiu uma importância desproporcionada, tornando-se a categoria dominante na vida humana, em relação a qualquer outra coisa – família, estudo, tempo livre – permaneceu subordinada”.

Ainda De Masi, ao explicar sua concepção de um ócio criativo, acaba propondo a liberdade de pensamento como consequência da fusão de conhecimento, no objetivo de estabelecer uma composição entre o trabalho e o tempo livre, como sendo fator harmonizador de interesses:

O futuro pertence a quem souber libertar-se da idéia tradicional do trabalho como obrigação ou dever e for capaz de apostar uma mistura de atividades, onde o trabalho se confundirá como tempo livre, com o estudo e com o jogo, com o “ócio criativo”.⁶

No entanto, para que haja a libertação da ideia tradicional do trabalho e dos negócios, é necessária a efetivação de uma quebra de paradigmas, sendo o desenvolvimento industrial talvez o principal deles. Em razão da imposição ao trabalhador de um aspecto de alienação, dada à massificação do processo produtivo em série, o desenvolvimento industrial tornou o homem parte da própria produção. Esse processo produtivo, baseado na alienação, fica evidente na obra de Charles Chaplin, que já na década de 30 dirigiu e atuou no longa “Tempos Modernos”. Resumidamente, o filme propõe-se a demonstrar a sociedade industrial a partir do retrato dos meios de produção e do crescimento dos ideais capitalistas que fomentavam a desigualdade social.

Observa-se assim, a partir da alusão a crítica de Chaplin, que naquele período a razão do trabalho extenuante e excessivo era alcançar a condição de consumidor e confirmar que o

⁵ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri; tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 147.

⁶ *Ibidem*. p. 10.

labor é o caminho para a felicidade. Dando-se assim um novo sentido ao ócio, qual seja o de uma gratificação pelo esforço, e um sentido a sua própria existência como ser humano.

Tal paradigma, arraigado nos ideais da industrial, vai sendo disseminado e acolhido pela população, para De Masi:

A fábrica, caracterizada pelos muros que a circundam e que interditam o ingresso de estranhos, destila seus princípios no interior do seu próprio universo tecnológico. [...] E são tão fortes que, embora formulados para a oficina, serão em seguida aplicados também nos escritórios e, aos poucos, em todos os setores da sociedade.⁷

Observa-se que os princípios inerentes ao labor acabam transcendendo o espaço fabril e adentrando nas bases da sociedade industrial. E, como a negação do ócio impõe aos negócios – que são realizados dentro de uma dinâmica capitalista – a maximização do lucro, teme-se que a segurança e a coevolução⁸ dos sistemas sociais e do ambiente estejam sendo colocadas como um risco a ser assumido para o desenvolvimento específico dos negócios e não da sociedade.

A sociedade aceita e realiza negócios de risco pela constante busca do bem viver, mas traz consigo a contingência de que a decisão negocial do hoje pode ser a frustração do amanhã, portanto, necessita de meios de controle e gestão de risco.

2.2 Do Estado de Natureza para o Estado Civil: a Racionalidade em Busca do Bem Viver

O Estado, independentemente dos inúmeros tipos oferecidos pela história, talvez seja o invento mais sofisticado de convivência e organização entre os seres humanos. E quando se fala sobre o Estado se depara com grandes pensadores. Aqui, dá-se destaque a três

⁷ DE MASI, Domenico. *Ibidem*. p. 58-59.

⁸ A análise que se faz aqui tem por objetivo o estabelecimento de bases para uma posterior abordagem da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, para que os negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente possam ter seus riscos geridos e contingenciados por meio de um direito preventivo. Neste sentido, os vínculos entre o sistema e o ambiente são de fundamental importância para haja uma co-evolução, ou seja, não pode um determinado sistema, tal como o econômico, se desenvolver em detrimento do sistema do meio ambiente. Para que seja possível mitigar os riscos do desenvolvimento dos negócios, é necessário primar pela co-evolução dos sistemas. Neste sentido, caso um determinado negócio adote uma decisão que inviabilize a co-evolução dos sistemas interligados para o desenvolvimento ambiente social, logo, tal decisão deverá ser analisada pelos respectivos sistemas, que serão provocados a dar respostas no objetivo de conter as contingências do negócio. A co-evolução dos sistemas sociais, especificamente a co-evolução do sistema jurídico com o sistema econômico, poderá mitigar os riscos de frustrações futuras, na medida em que cada sistema ajusta suas próprias operações conforme o desempenho de outro(s) sistema(s). Isto, porém, só pode ocorrer se os respectivos sistemas alcançaram não somente o fechamento operacional, mas, também, um nível de complexidade relativamente desenvolvido. Ver mais sobre co-evolução em NIKLAS, Luhmann. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Volume I.

contratualistas: os ingleses Thomas Hobbes e John Locke e o suíço Jean-Jacques Rousseau. Esses autores partiram do pressuposto de que a humanidade teria passado por um período conhecido como estado de natureza, que possui como características a desorganização e a ausência do poder controlador. A convergência no pensamento dessa tríade de autores clássicos da política está centrada no fato de que eles estabeleciam que o Estado, baseado no contrato social, é oposto ao estado de natureza.

O primeiro deles, Thomas Hobbes, vai apresentar a oposição conceitual “estado de natureza/Estado Civil” em sua obra intitulada *De Cive*, desconstruindo a visão clássica, que considera a capacidade humana de cooperar como algo natural e necessário, ao afirmar que a ordem civil não é um fato natural, mas uma formação histórica de autopreservação racionalmente desejada.

Bobbio, que foi um dos mais vigorosos pensadores políticos da Itália, recordava Hobbes ao tratar do Estado como reino da razão:

O Estado é elevado a ente de razão, o único no qual o homem realiza plenamente sua própria natureza como ser racional. Se é verdade que para o homem, como criatura divina, *extra ecclesiam nulla salus* [fora da igreja não há salvação], também o é que, para o homem como ser natural, *extra rem publicam nulla salus* [fora da república não há salvação]. Com a lucidez de sempre, Hobbes expõe o conceito em um célebre fragmento de *De Cive* [...]: *Fora do Estado é domínio das paixões, a guerra, o medo, a pobreza, o abandono, o isolamento, a barbárie, a bestialidade. Dentro do Estado é o domínio da razão, a paz, a segurança, a riqueza, a decadência, a sociabilidade, o refinamento, a ciência, a benevolência.* (Grifou-se)⁹

Ou seja, em Hobbes, não se pode afastar da ideia que somente o Estado permite ao homem realizar a suprema lei da razão, que está atrelada a própria conservação, pois se quiser sobreviver, deve comportar-se racionalmente. O propósito fundamental de se congregarem está na vontade e no desejo de conservar a própria existência enquanto humanos. Sendo esse o objetivo comum que faz surgir racionalmente o Estado, é em razão desse mesmo objetivo que a sociedade civil se constitui e passa a criar mecanismos para que a vontade do bem viver possa ser alcançada por meio do Estado, pois é a reciprocidade do medo que une as pessoas. E assim Hobbes afirma:

[...] se fosse afastado o medo, a tendência da natureza humana seria muito mais ávida pelo domínio do que pela construção de uma sociedade. Devemos concluir então, que a origem de todas as sociedades, grandes e

⁹ BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio: O filósofo e a política. Rio de Janeiro: Abril. 2003. p. 83.

duradouras, não é a boa vontade mútua que os homens têm entre si, mas sim o medo mútuo que nutriam uns pelos.¹⁰

No estado de natureza hobbesiano predominam a violência e a insegurança, sendo necessário que alguém regule as relações a fim de evitar a autodestruição humana. Assim, o homem cria o Estado, o Deus artificial e moral, denominado Leviatã, criando um sem-número de regras para bem (sobre)viver em sociedade. Em seu Leviatã, disse Hobbes:

[...] para que as palavras ‘justo’ e ‘injusto’ possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto [...].¹¹

Percebe-se da leitura de Hobbes que, diante da insegurança por não poder obedecer aos comandos da *lex naturalis*, o homem racionalmente cria o Estado na busca de bem viver, passando a sustentar as relações e o convívio por meio das leis civis. Assim, o homem passa a se sujeitar unicamente ao Estado e “ninguém pode fazer leis a não ser o Estado”.¹²

Na obra Leviatã, Hobbes posiciona-se pela importância do contrato social, baseado na criação e no funcionamento de um governo liderado por um soberano, ou seja, um poder centralizador. Através desse pacto social não se pode admitir o levante dos homens contra o Estado, em razão da soberania que lhe é atribuída, surgindo, portanto, a ideia de estado absolutista, no qual os homens abdicam de sua liberdade em prol do bem comum, pois caberá ao soberano evitar a guerra de todos contra todos.

John Locke possui uma estrutura de pensamento muito semelhante à de Hobbes, pois também trabalha um “estado de natureza”, que é contrastado com a “sociedade civil”, da qual difere pela falta de um juiz como autoridade, mas o estado de natureza de Locke não é como aquele descrito por Hobbes como sendo um estado essencialmente de guerra. Entretanto, isso não quer dizer que Locke via no estado de natureza uma espécie de paraíso, e chega a supor que a guerra até poderia prevalecer. Mas a questão de Locke ao tratar o estado de natureza está atrelada ao Direito natural à vida, à liberdade e aos bens necessários para a conservação de ambas. Todavia, vai trabalhar a liberdade como o primeiro dos bens civis do cidadão.

O estado de natureza em Locke deve ser considerado como o Direito que todos têm à propriedade e à lei natural, pois a liberdade deve ser exercida pelos homens no estado de natureza para que todos tenham “perfeita liberdade para regular as suas ações e dispor de suas

¹⁰ HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 20.

¹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

¹² *Ibidem*. p. 226.

posses e pessoas do modo como julgar acertado dentro dos limites da lei da natureza”.¹³ Assim, Locke inaugura uma liberdade política em que as relações passam a ser operadas nos limites da lei civil:

A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgarem o legislativo, segundo o encargo a este confiado. A liberdade, portanto, não corresponde ao que nos diz sir R. F., ou seja, uma liberdade para cada um fazer o que lhe aprouver, viver como lhe agradar e não estar submetido a lei alguma. Mas a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem. **Assim como a liberdade da natureza consiste em não estar sujeito à restrição alguma senão à da lei da natureza.**¹⁴ (Grifou-se)

Conforme se observa na obra de Locke, o homem é livre para fazer ou deixar de fazer, estando restrito apenas ao cumprimento das leis estabelecidas pelo legislativo, segundo o encargo a esse confiado. Ou seja, o Estado pactua socialmente com os indivíduos o exercício coletivo de um poder coercitivo, com vistas a proporcionar a todos os homens o bem comum.

Portanto, percebe-se que os ingleses Thomas Hobbes e John Locke se utilizam do contrato social como uma espécie de mediador entre a passagem do estado de natureza para o Estado civil, muito embora diverjam no que concerne à essência do estado de natureza. Para Hobbes esse período é marcado pela guerra constante, ao tempo que na visão de Locke, imperaria a liberdade e a igualdade, sendo o estado de natureza de paz e mútua preservação.

O último pensador a compor a tríade dos contratualistas que fundamentam o desenvolvimento do presente trabalho é o suíço Jean-Jacques Rousseau, que, assim como fez Hobbes e Locke, também parte do estado de natureza para o desenvolvimento de seus estudos. Observa-se que a passagem desse estado para o estado civil produziu no homem uma significativa mudança:

A passagem do estado de natureza ao estado civil produziu no homem uma mudança significativa, substituindo, em sua conduta, o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É somente então que, a voz do dever sucedendo ao impulso físico e o Direito ao apetite, o homem,

¹³ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 381-382.

¹⁴ *Ibidem*. p. 401-402.

que até então só havia considerado a si mesmo, vê-se forçado a agir segundo outros princípios e a consultar a razão antes de escutar suas inclinações.¹⁵

Assim, o homem, para Rousseau, passa a enxergar o outro, na mesma linha de Locke, ele trabalha a ideia de vontade geral como elemento primordial do Estado:

Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não há um associado sobre o qual não se adquira o mesmo Direito que lhe concedem sobre cada um, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem. Portanto, se afastarmos do pacto o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos. *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.*¹⁶ (Grifado no original)

A noção de “vontade geral” representa a contribuição mais original do pensamento de Rousseau e fornece a base da moralidade republicana no Contrato Social:

Quando vários homens reunidos consideram-se como um só corpo, eles têm uma única vontade, relacionada à preservação comum e ao bem-estar geral. Então, todos os meios do Estado são vigorosos e simples, suas máximas são claras e luminosas, não há interesses confusos, contraditórios, o bem comum mostra-se em toda parte com evidência e requer apenas bom senso para ser percebido. A paz, a união e a igualdade são inimigas das sutilezas políticas.¹⁷

Assim, a partir dos contratualistas, falar sobre o Estado é falar de uma racionalidade da busca do bem viver, que é viabilizada através da vontade geral que pactua a intenção de convivência organizada, constituindo uma sociedade legitimada para tomada de decisões.

Percebe-se, inclusive, que o propósito para a construção do Estado está intimamente relacionado a uma racionalidade que busca o bem-estar do homem no convívio em sociedade, para que haja expectativa de futuro. Ou seja, o homem sai do seu estado de natureza e, racionalmente, delega ao Estado o Poder para criar mecanismos jurídicos de controle que viabilize as expectativas da sociedade, sendo que a expectativa mais inata talvez esteja na (sobre)vivência da espécie humana.

O Estado é criação humana, ele racionalmente foi e é pensado como estrutura de Poder, mais especificamente poder político, com vistas à realização do convívio saudável entre os homens por meio do contrato. Aqui, sinaliza-se que na passagem do estado de natureza para o Estado Civil, o homem assumiu uma espécie de risco, que, para o contexto

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 33.

¹⁶ *Ibidem*. p. 34.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibidem*. p. 115.

daquela época, estava relacionado ao medo de extinção do convívio social. Todavia, teme-se que hodiernamente o risco tenha um tom ainda mais agudo, o da possível autodestruição da vida na terra. Motivo pelo qual se deve conhecer como opera a sociedade que se vive, para que se tenha a possibilidade de criar os mecanismos de gestão dos riscos e, assim, viabilizar o presente mitigando frustrações futuras.

2.3 Modernidade e Capitalismo: Mãos Dadas para Criação de Risco

Durante o processo civilizatório, a sociedade tem procurado se organizar de acordo com os meios materiais de produção, ou seja, de acordo com as possibilidades objetivas de (sobre)vivência e, ainda, diante de suas possibilidades subjetivas relacionadas aos preceitos éticos e valores morais adotados por essa sociedade.

O homem abandonou o estado de natureza com a criação do Estado Civil na busca de bem viver em sociedade. O homem passa a ser cidadão, é ele quem cria o Estado para buscar a paz. E ele, homem, quem criou os mecanismos para o seu desenvolvimento. Hoje, em razão disso, a sociedade colhe os frutos das racionalidades (in)desejadas, (im)pensadas e (im)programadas no passado.

Assim como o medievo serviu à modernidade, essa, por sua vez, opera diretamente na contemporaneidade.¹⁸ Por esse motivo, torna-se necessário compreender o que se herda da modernidade e do seu sistema capitalista.

A era moderna tem como características principais o confronto de ideologias e opções políticas, que tem por base as disputas entre as classes. E, gostando ou não, não se pode tratar da modernidade e o seu sistema político-econômico sem falar em Karl Marx. Esse autor, em sua análise da modernidade¹⁹, a concebeu como verdadeiramente revolucionária, sobretudo no Manifesto do Partido Comunista. Nessa obra, ele traça o horizonte da revolução provocada pela classe dirigente do capitalismo moderno, ou seja, pela burguesia, na medida em que, em apenas um século tal classe criou forças produtivas cujo número e importância supera tudo

¹⁸ As grandes civilizações antigas, tais como o Estado Grego e o Estado Romano, foram a gênese da organização política. Com a queda do Império Romano, tem-se o início do Estado Medieval, em que os senhores Feudais eram os detentores das terras localizadas em seus respectivos territórios. A implementação da Justiça e os meios de regulação social eram exercidos pelos próprios senhores feudais, por meio de um modelo que se caracteriza por uma essência pluralista, isto porque existiam diversas fontes jurídicas e diversos ordenamentos legais, ou seja, tinha-se um poder fragmentado. Já na Idade Média, as fontes de produção jurídica deixam de ser esparsas entre si e unificam-se, superando os governos feudais e inaugurando-se um governo centralizado – o Rei. Esse rei era o poder soberano, qual seja, tudo, e sobre essa figura o direito se unifica, e o soberano passa a ser o próprio Estado.

¹⁹ Para Marx as palavras: modernos e modernidade, designavam o período histórico específico marcado pela ascensão da burguesia e todas suas manifestações políticas, sociais, culturais, morais.

quanto fizeram as gerações precedentes. Marx aprofunda-se nas relações estabelecidas pelo capitalismo, tais como a troca, produção, mais-valia, mercadoria, divisão de trabalho e etc. para depois poder criticar esse sistema.

Capitalismo e modernidade caminham de mãos dadas, conforme se observa em Giddens:

A ordem social emergente da modernidade é capitalista tanto em seu sistema econômico como em suas outras instituições. O caráter móvel, inquieto da modernidade é explicado como um resultado do ciclo investimento-lucro-investimento que, combinado com a tendência geral da taxa de lucro a declinar, ocasiona uma disposição constante para o sistema se expandir.²⁰

Ou seja, o caráter móvel e inquieto da modernidade é capitalista, que está sempre em busca do resultado cíclico investimento-lucro-investimento. E essa transformação ocorrida na modernidade é fruto da ação humana. Marx atribui ao homem a responsabilidade pelas transformações ocorridas na sociedade, ao passo que em tempos pretéritos a concepção divina ocupava esse imaginário, pois tudo era obra de Deus. Assim, o ser humano passa a ser inserido no processo histórico, valorizando a história da ação do homem como força do desenvolvimento econômico. Em clássica citação de Marx:

A revolução constante da produção, os distúrbios ininterruptos de todas as condições sociais, as incertezas e agitações permanentes distinguiram a época burguesa de todas as anteriores. Todas as relações firmes, sólidas, com sua série de preconceitos e opiniões antigas e veneráveis, foram varridas, todas as novas tornaram-se antiquadas antes que pudessem ossificar. **Tudo o que é sólido desmancha no ar, tudo o que é sagrado é profanado, e o homem é, finalmente, compelido a enfrentar de modo sensato suas condições reais de vida e suas relações com seus semelhantes.**²¹ (grifou-se)

E as condições reais de vida são desenvolvidas num ambiente econômico instaurado na modernidade, que exige que haja constantes inovações. Os negócios passam a necessitar sempre de novidades para que possam competir num mercado marcado pela livre concorrência. Assim, como afirma Giddens, “um contraste com a tradição é inerente à idéia de modernidade”.²²

²⁰ GIDDENS, Antony. **Conseqüências da Modernidade**. Trad. Raul Fixer. São Paulo: Unesp, 1991. p. 20.

²¹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Col. Leitura. p.14.

²² GIDDENS, Antony.op.cit.p.43.

Cria-se, pois, uma sociedade marcada por “um mercado mundial que a tudo abarca, em crescente expansão, capaz de um estarrecedor desperdício e devastação, capaz de tudo exceto solidez e estabilidade”.²³

Nessa perspectiva, o contraste com a tradição e a ausência de solidez e estabilidade, que são características da modernidade capitalista, criaram à sociedade um ambiente de incertezas. E por isso que Giddens irá se socorrer àquela máxima: “a vida sempre foi um negócio arriscado”.²⁴

Assim, dando-se conta de que a vida é um negócio arriscado, a sociedade moderna passa a criar seus mecanismos de proteção. A noção de risco e a preocupação com os sistemas de proteção passaram a adquirir espaço durante os séculos XVI e XVII, quando os exploradores ocidentais partiam para as viagens que os levaram a todas as partes do mundo. Estes navegadores estavam dispostos a assumirem os riscos de suas empreitadas marítimas, mas começaram a buscar formas seguras para mitigar os riscos atrelados a esse tipo de negócio.

A partir daí, surgem as primeiras apólices de seguros marítimos, que datam do século XVI. O primeiro seguro marítimo teria sido firmado em 1782, em Lloyds, de Londres. O sistema capitalista na modernidade passa a perceber que risco pode ser sinônimo de oportunidade de negócio.

Neste sentido, Giddens:

O seguro só tem razão de ser quando se acredita num futuro construído pelo homem. É um dos alicerces dessa construção. A actividade seguradora, como o próprio nome indica, serve para proporcionar segurança, mas, na realidade, alimenta-se do risco e das atitudes das pessoas em relação a ele. As instituições que proporcionam segurança, quer os seguros privados quer a assistência social, não fazem mais do que redistribuir o risco. Quando alguém faz um contrato de seguro para se proteger do fogo que lhe pode queimar a casa, o risco não desaparece. Por um premio ajustado, o dono da casa transfere o risco para a seguradora. **Esta transferência não é apenas mais uma característica da economia capitalista. Na verdade, sem ela, o capitalismo é impensável e não tem condições de funcionamento.**²⁵

Como se pode perceber capitalismo e modernidade realmente andam de mãos dadas. O capitalismo necessita quebrar constantemente o paradigma da tradição para implementar meios arriscados de desenvolvimento, pois seu sistema pressupõe indivíduos e relacionamentos a partir de um mecanismo econômico que coloca o risco como algo

²³ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. 10ª ed. Trad. Carlos Felipe Moisés, Ana Maria Toriatti. São Paulo: Cia das Letras, 1986. p18.

²⁴ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: Ed. Unesp, 1994. p. 38.

²⁵ GIDDENS, Anthony. **O mundo da era da globalização**. Lisboa: Ed. Presença. 2002. p. 35.

necessário aos negócios. Importante que se diga que o propósito aqui não é tecer críticas sobre o capitalismo para defender outros sistemas, tal como o socialismo ou comunismo. A questão proposta é a análise do sistema que está posto e que teve na modernidade a sua grande mola propulsora. Não se pretende estabelecer discussões ideológicas sobre o capitalismo, mas tão somente observá-lo como um processo que organiza o poder político e como referência histórica que perdura nos dias de hoje, pois seria ingenuidade analisar o capitalismo apenas como um mero processo de acumulação de capital.

2.4 O Direito Preventivo nos Negócios de Risco na Sociedade Complexa e Contingente

Diante do quadro apresentado até aqui, tomando consciência das condições que o sistema que pautou o desenvolvimento da modernidade determinou para a sociedade e as instituições ligadas a ela, objetiva-se trabalhar um Direito que se pretende preventivo, que será pensado como um subsistema do sistema do Direito, operando no objetivo de mitigar os riscos atinentes aos negócios desenvolvidos por uma sociedade complexa e contingente.

Nesse sentido, a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, em razão de seu caráter multidisciplinar, será utilizada como base epistemológica para a observação desse Direito Preventivo. O interesse pela utilização da teoria sistêmica luhmanniana também reside no fato de que a abordagem que ela faz sobre a sociedade está alicerçada na comunicação.

As pessoas estão inseridas num mundo constituído sensorialmente, no qual a relevância não é inequivocadamente definida por meio do seu organismo. Assim é descrito por Luhmann:

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexa e contingentes.²⁶

A sociedade, caracterizada por Luhmann como complexa e contingente, é assim caracterizada em razão da totalidade de eventos possíveis. Mais especificamente, por complexidade quer-se dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar, ao tempo que, por contingência, entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.²⁷

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 45.

²⁷ *Idem*.

Atualmente o mundo tornou-se imprevisível, e não se sabe o que se pode esperar dele. Ou seja, a única certeza que se pode ter quando se fala em negócios, em Direito, amor ou em qualquer fenômeno social, é a certeza do porvir, presente sempre a questão das incertezas que a permeiam. Esse porvir necessita de um mínimo de segurança, de possibilidade. Assim, a proposta que aqui se faz é no sentido de que o sistema do Direito opere internamente as necessidades de dialogar com o futuro e, assim, venha a criar um subsistema²⁸ que dialogue com as pretensões de um futuro com menor risco de desapontamentos. Esse subsistema do Direito será chamado de Direito Preventivo²⁹, que terá sua análise voltada para a redução dos riscos produzidos pelos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente.

Em Luhmann, as palavras complexidade e contingência possuem significativo valor epistemológico. E os negócios do mundo contemporâneo são desenvolvidos numa sociedade complexidade e contingência, que necessita dialogar com futuro, para que a tomada de decisão do hoje não resulte frustrada no amanhã. Assim, por meio da teoria sistêmica de Luhmann e partir de uma operação do subsistema do Direito Preventivo, acredita-se na possibilidade de redução da complexidade do mundo que circunda os sistemas e seus subsistemas por meio do alto grau de diferenciação comunicativa.³⁰

Assim sendo, expressões como complexidade e contingência são epistemologias de análise da vida social, pois além das possibilidades efetivadas, existem outras possibilidades que poderiam ocorrer, fato esse que caracteriza a complexidade e as possibilidades de desapontamentos no futuro. Luhmann relacionou a complexidade à seleção forçada e à contingência ao perigo de desapontamento.³¹

Niklas Luhmann adaptaria em alguns aspectos a moderna teoria de Talcott Parsons. Assim, na chamada primeira fase da atividade intelectual de Luhmann, o funcionalismo parsoniano de *input/output* se fazia presente, mas, a partir da década de 1980, a teoria

²⁸ Em Luhmann, os subsistemas são criações internas do sistema, pois estes não têm estruturas imutáveis. Como os sistemas estão inseridos num ambiente complexo, a condição que o sistema possui para enfrentar as complexidades do ambiente está na evolução interna do próprio sistema, tornando-se cada vez mais complexo, ou seja, evoluindo. Cada subsistema criado pelo sistema possui seu próprio entorno. Isto, porém, não quer dizer que haja a decomposição do todo em partes. Neste sentido, diante da complexidade do ambiente e de sua complexidade interna, o sistema passa a se autorreferenciar, gerando, assim, subsistemas. Este processo de evolução aconteceu com inúmeros sistemas, dentre eles o sistema do direito que, diferenciou-se inicialmente em público e privado e, após, seguiu evoluindo e criando outros subsistemas como o penal, administrativo, ambiental, dentre outros, o que demonstra a constante evolução do sistema.

²⁹ Direito preventivo é a criação de um subsistema do direito, que objetiva criar as condições para uma comunicação que vise a redução das frustrações futuras. Para isto, busca-se amparo na teoria autopoietica de Niklas Luhmann.

³⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 219.

³¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 44-46.

sistêmica luhmanniana passou a se voltar para uma perspectiva epistemológica “autopoiética”, consagradas pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.³²

Esses biólogos influenciaram Luhmann a estrear uma autopoiese social com origens biológicas, identificando a comunicação como o elemento básico dos sistemas sociais, que tem na autorreferência e na circularidade os elementos fundamentais para poder explicar o sistema.

A teoria sistêmica de Luhmann estabelece que a sociedade, como sistema social, somente é possível por causa da comunicação. O Direito, por sua vez, surge como uma produção comunicacional, a partir de uma matriz sistêmica, tendo que produzir decisões jurídicas no objetivo de legitimar as expectativas diante de uma sociedade que sofre com os efeitos colaterais advindos da sociedade industrial que, cada vez mais, caracteriza-se por desenvolver negócios de risco.

O Direito, como comunicação, torna-se um amparo para a sociedade, generalizando de forma congruente as expectativas normativas no escopo de reduzir os riscos advindos dos negócios desenvolvidos em seu ambiente, que apresentam excessivas possibilidades. E, portanto, os riscos devem ser amenizados:

Essa oferta excessiva de possibilidades precisa, em primeiro lugar, ser percebida como correlato que é do risco das estruturas de expectativas. O risco é amenizado na medida em que se apresentem, para enfrentá-lo, diferentes formas correspondentes de encaminhamento das expectativas e da ação. As possibilidades seletivas que aí residem não podem, porém, ser ativadas indiscriminadamente. Elas são, de antemão, estreitadas através de certas necessidades de compatibilidade.³³

Diante desse contexto social complexo, a sociedade que desenvolve negócios de riscos deve criar mecanismos que possibilitem a redução da frustração de tais negócios, e que sejam capazes de gerar o desenvolvimento de acordo com os princípios da ordem econômica constitucional. Tais como, por exemplo, o respeito ao meio ambiente e a valorização do trabalho humano, entre outros. Isso não significa o abandono da lógica do sistema capitalista, em que o lucro deve ser buscado. Não se objetiva a inviabilização do processo lucrativo, até porque o lucro, dentro da lógica capitalista, é condição de desenvolvimento social. Nesse

³² KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado, 2009. p. 78.

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 114.

mesmo sentido, Schumpeter afirma: “sem o desenvolvimento não há lucro, sem lucro, nenhum desenvolvimento”.³⁴

Sendo assim, torna-se necessário, a partir dessa matriz de estudo, fazer o apontamento de que a abordagem ora adotada possui seu foco voltado para a perspectiva autopoietica do Direito, acentuado na sistematização do Direito como autorreprodutor de suas condições, visto que a sociedade contemporânea encontra-se num processo de constante evolução, que busca criar elementos estruturais que visam reduzir os riscos de um mundo altamente complexo e contingente.³⁵

Numa sociedade em que a modernização caminha de mãos dadas com o capitalismo, o lucro dos negócios passa a ser um dos indicadores do desenvolvimento dessa sociedade na medida em que fomenta a economia com a geração de emprego. No entanto, a lucratividade do negócio não pode ocorrer a qualquer preço. Os caminhos percorridos para implementá-lo deverão ser legítimos.

Diante dessa premissa, é necessário conhecer os riscos do negócio, para que não ocorra o desapontamento das expectativas criadas e, em ato reflexo, a sociedade não venha a sofrer com a impossibilidade de seu desenvolvimento. Assim, faz-se necessário o conhecimento dos níveis de uma estrutura de generalizações congruentes divididos em três dimensões (temporal, social e prática), tal como pode ser extraído dos ensinamentos de Luhmann, citados no livro de Leonel Severo Rocha:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. Tais reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperados de terceiros e na dimensão prática, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um ‘sentido’ idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas.”³⁶

Para que haja a possibilidade de redução das frustrações, é preciso conhecer os níveis de graduações expostos acima e, através da comunicação, fazer com que eles sirvam de meio para a concretização do negócio e o desenvolvimento social.

³⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **A teoria do desenvolvimento econômico**. Tradução de Maria Sílvia Possa. São Paulo. Ed. Victor Civita, 1982. p. 103.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998. p. 96-97.

³⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Idem*.

É preciso quebrar o paradigma de que o Direito é um instrumento pós-fato para, na sequência, poder tratá-lo como um instrumento preventivo de alívio para as expectativas. Assim, com a desconstrução desse pressuposto, começa-se a pensar em formas de produção baseadas na diferença e na construção de futuro, tornando-se necessário estabelecer uma discussão daquilo que vai ocorrer com as decisões. O mundo atual, altamente complexo, no qual a sociedade desenvolve suas atividades de risco adota esse risco como contingência, na medida em que uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente.³⁷

Sendo assim, de acordo com a teoria sistêmica luhmanniana, os negócios desenvolvidos na sociedade deverão se comunicar com o Direito. Entretanto, o Direito que se exige para essa realidade da sociedade capitalista não pode estar arraigado somente em critérios dogmáticos e normativistas, sendo necessário um novo enfoque.

O novo enfoque dá ao Direito uma autorreferência que o faz apresentar-se como um código comunicativo, no sentido de procurar manter sua estabilidade e autonomia, mesmo diante de uma imensa complexidade. Assim, dialogando com o circuito comunicativo geral (sistema social), o Direito vai criando novos e específicos circuitos comunicativos no objetivo de atingir uma complexidade em sua própria organização autorreprodutiva, formando, portanto, subsistemas sociais autopoieticos. Ou seja, subsistemas de comunicação específica, tal como o sugerido Direito Preventivo.

Quanto mais complexo for o próprio sistema, tanto mais complexo poderá ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se de forma coerente. A complexidade de um sistema é regulado, essencialmente, através de sua estruturação, ou seja, pela seleção prévia das possibilidades que tal seleção pode assumir em relação ao seu ambiente. Assim, ambiente e sistema operam a comunicação por meio de atos, sendo que um mero ato de conduta já é capaz, por si só, de criar reações diversas em cada um dos vários sistemas da sociedade/ambiente, pois os sistemas são interligados a um único sistema, qual seja, o sistema social.³⁸

Esta matriz de estudo, que procura minimizar os riscos produzidos por meio dos negócios desenvolvidos na sociedade, atribui ao risco uma nova importância racional, tal como se observa dos ensinamentos de Rocha:

O risco coloca importância de uma nova racionalidade para a tomada de decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a

³⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Anuário do programa de pós-graduação em direito**. São Leopoldo: Centro de Ciência Jurídicas Unisinos, 2001. p. 136.

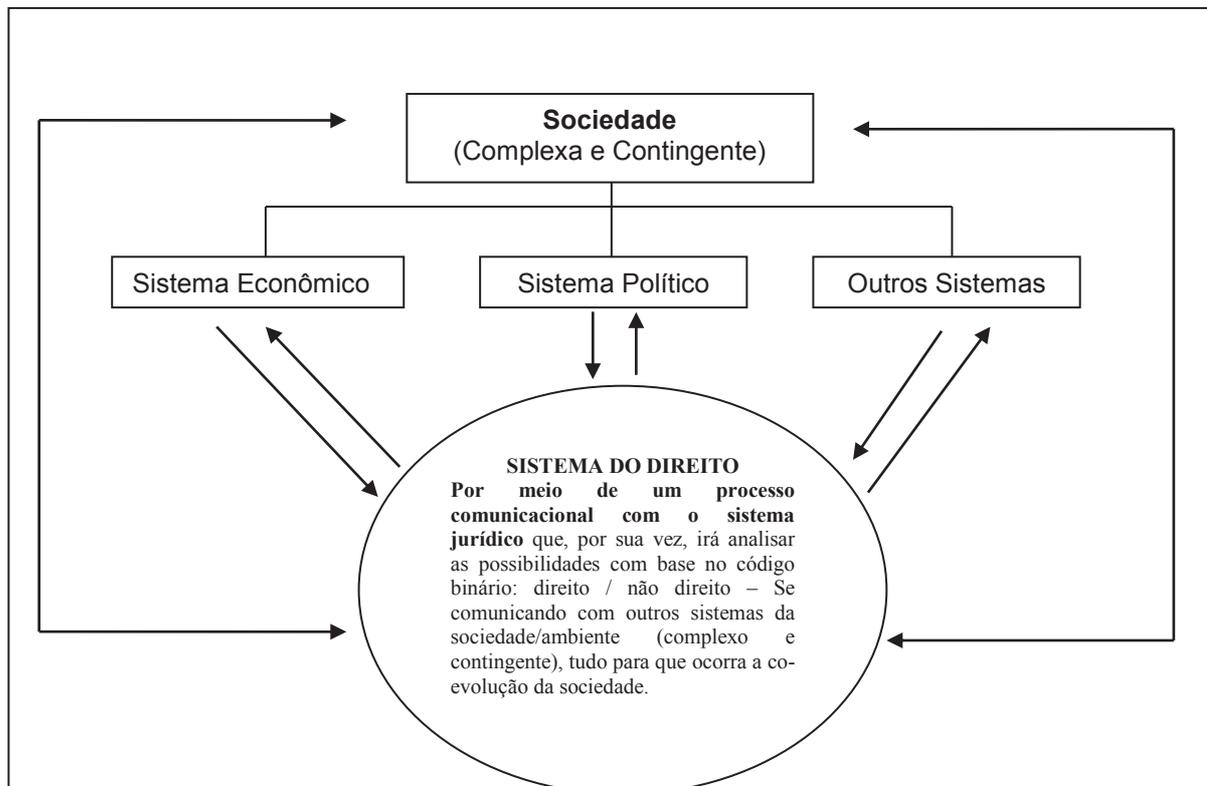
³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 168.

hermenêutica e a pragmática jurídica, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica.³⁹

E a teoria da comunicação sistêmica luhmanniana permite pensar as decisões tomadas de maneira diferente, de uma forma mais dialética, no sentido de que é preciso minimizar e possibilitar a construção do futuro, com menos possibilidades de frustrações. Assim, em razão da dinâmica dos negócios e do próprio desenvolvimento da sociedade, o Direito necessita de uma generalização congruente de expectativas comportamentais, na medida em que seja imprescindível para a manutenção de um sistema de ação funcionalmente diferenciado e altamente independente. Luhmann irá referir que “Para o jurista, parece ser apropriado reformular aqueles institutos do Direito organizacionalmente criado: substituindo a concepção individualista da propriedade e do contrato por uma orientação social”.⁴⁰

A comunicação entre os sistemas sociais da sociedade e a forma como Direito é acionado a se autorreproduzir para minimizar as possibilidades de frustrações de uma sociedade complexa e contingente pode ser assim demonstrado⁴¹:

Figura 1 - Quadro elaborado para demonstrar a comunicação entre os sistemas.



³⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. São Leopoldo: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985. Volume II. p. 59.

⁴¹ Esta figura foi criada a partir da leitura de ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria sistêmica autopoietico do direito**. São Leopoldo: Ed. Livraria do Advogado, 2005. Objetivo é demonstrar o processo comunicacional das estruturas da sociedade.

Do quadro, pode-se observar com mais clareza que a sociedade desenvolve-se tendo que comunicar-se com diversos sistemas. Assim, para que os negócios não sofram com a frustração das expectativas criadas, o Direito se autorreproduz como um sistema de comunicação que, por sua vez, irá apresentar-se como um instrumento preventivo que visa reduzir riscos. Destaca-se que a comunicação com o Direito não o retira de seu sistema, até porque é por meio das comunicações que o Direito será irritado a dar as respostas necessárias, numa espécie autorreprodução que, reforça-se, advém da comunicação.

Conseqüentemente, Carvalho aponta a necessidade de uma reorganização integral da sociedade, com irritações recíprocas:

[...] a massificação das relações sociais surgidas a partir da Revolução Industrial apresenta a necessidade de uma reorientação integrada entre sociedade, Direito e economia, em irritações recíprocas. A partir do século XIX, a formação de uma sociedade industrial, estabelecida em classes, gera ressonâncias nos sistemas sociais, com a potencialização da técnica e da ciência. A Revolução Industrial redundando em ressonâncias policontextuais. Isto é, enquanto no Direito há a formação de uma ciência jurídica, sistematicamente organizada e representada pelas grandes codificações do século XIX, a economia opera sob o modelo capitalista de forma industrial, e a política inicia as construções do *Welfare State*.⁴²

Percebe-se através de Carvalho que a sociedade não pode mais se desenvolver num conceito tradicional de culpa. Assim, a comunicação entre os sistemas da sociedade aparece como uma alternativa viável. Na colocação feita por Luhmann:

Os sistemas parciais da sociedade tornam-se cada vez mais reciprocamente dependentes: a economia depende das garantias Políticas e de decisões paramétricas; a Política, do sucesso econômico; a ciência, de financiamentos e da capacidade de planejamento da Política; a economia, da pesquisa científica; a família, do resultado econômico dos programas políticos de pleno emprego; a Política, da socialização através da família; e assim por diante.⁴³

Em Luhmann, percebe-se que o sistema social se caracteriza por sua complexidade e por uma particularidade de coexistência de vários sistemas. Cada um dos sistemas apresenta seu código binário e são autônomos, ou seja, não aceitam nenhuma ideia de autopoiese

⁴² CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 172.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito. Rio de Janeiro**. Templo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 227.

parcial, que venha de fora, portanto, em Luhmann, o Direito autopoiético se reproduz por si mesmo ou não.⁴⁴ Assim, veja-se:

O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe Direito fora do Direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem inputs nem outputs.”⁴⁵

Enquanto Luhmann apresenta uma teoria autopoiética inata aos sistemas, Teubner debilita a rigidez e a inflexibilidade do conceito luhmanniano, introduzindo uma perspectiva gradualista. Assim, o estágio autopoiético só é realmente alcançado nas fases mais avançadas da evolução social, pois Teubner parte do pressuposto de que a autonomia representa uma realidade gradativa, afastando-se do conceito rígido de autopoiesis de Luhmann, que leva o dogma autopoiético ao extremo, de que o sistema é ou não é autopoiético, não existindo sistemas em parte autopoiéticos e em parte heteropoiéticos.⁴⁶

Para Teubner o processo evolutivo determina o grau de autonomia alcançado pelo subsistema social, mas destaca que na sua concepção *autonomia e autopoiesis deveriam antes ser entendidas como conceitos gradativos*.⁴⁷

Nesse aspecto, o sistema social precisa de uma evolução conjunta entre os seus subsistemas, para que os valores queridos no presente sejam também os queridos por suas futuras gerações. Neste sentido, Teubner conceitua a importância de um processo evolutivo de coevolução. Esse processo de evolução é acionado através de estímulos de variação procedentes de vários subsistemas que, para Teubner *deverão mostrar-se capazes de passar a prova de fogo da interação a fim de poderem originar efectivamente pressões sistêmico-evolutivas recíprocas*.⁴⁸

A teoria da autopoiese jurídica de Teubner se dá com base em uma relação tridimensional⁴⁹ de auto-observação, da autoconstituição e da autorreprodução. Assim, ocorre

⁴⁴ KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2009. p. 84-85.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.2.

⁴⁶ TEUBNER, Gunther, p. 57.

⁴⁷ *Idem*. 57.

⁴⁸ *Ibidem*. 124.

⁴⁹ Importante destacar que esta tridimensionalidade trabalhada por Teubner não possui nenhuma ligação com a teoria tridimensional do jusfilósofo brasileiro Miguel reale.

o que Teubner vem a chamar de hiperciclo e a autonomização do Direito, nota-se através das palavras de Teubner:

Uma coisa é um subsistema social observar os seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites e meio envolvente) através de comunicação reflexiva (auto-observação); outra diferente é um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos (autoconstituição); ainda uma outra coisa diferente é a capacidade de um sistema para se reproduzir a si mesmo através da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir de seus próprios elementos (autopoíese).⁵⁰

Desse modo, observa-se que a intensidade de autonomia dos sistemas sociais é determinada através da definição autorreferencial de seus componentes, que passa pela incorporação e utilização operativa do sistema dessa auto-observação e, finalmente, pela articulação *hipercíclica* dos componentes sistêmicos autoconstituídos.

Para Teubner os complexos *hiperciclos* constituem processos de *autopoíese* dos quais sistemas sociais não evoluem de acordo com padrões predeterminados ou em direção a um fim particular e, assim, surge a importante tripartição de auto-observação, autoconstituição e autorreprodução.

Assim, o Direito, por meio de uma atuação preventiva, irá atuar com a incumbência de reduzir a contingência dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, buscando formas de processos coevolutivos, no sentido de estabelecer uma harmonia entre as expectativas criadas quando da implementação do negócio e os sistemas que fazem parte do ambiente que o circunda.

Assim, feita essa abordagem que visou demonstrar o sistema social da sociedade, abordar-se-á o Direito através de sua postura preventiva, que surge de forma autopoética para procurar garantir as expectativas dos negócios desenvolvidos na sociedade, que tem no risco do negócio a sua contingência, e na contingência uma oportunidade do Direito atuar como sistema funcionante, tal como será trabalhado no próximo item.

2.4.1 O Direito Frente À Contingência dos Negócios

Inicialmente, cumpre reforçar que por contingência entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas,

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.68.

ou seja, em termos práticos, contingência significa possibilidade de desapontamento e necessidade de assumir riscos.⁵¹

A sociedade contemporânea, que também se desenvolve mediante a realização de negócios de risco, explora a contingência com base em conhecimentos científicos daquilo que é possível.

Dentro de uma concepção luhmanniana, pode-se afirmar que a sociedade é resultado de uma espécie de escolha de interações entre os subsistemas. Quando os negócios são realizados, existe, intrinsecamente, um risco. Esse risco está na possibilidade de que aquilo que foi escolhido não se realize. Os atos de escolhas são tomadas de decisões e, tanto do ponto de vista individual como do ponto de vista social, a escolha estará atrelada ao risco da contingência de que aquilo que foi pretendido não aconteça.

Então, o Direito surge mediante uma autorreprodução de construção social de atuação focada na redução da contingência dos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente. Quanto maior for o número de frustrações evitadas por meio de uma postura preventiva do Direito, maior será o valor que estará sendo agregado à sociedade (ambiente) num todo, mediante a geração de emprego, preservação do meio ambiente, erradicação da pobreza, etc.

Quando da observação do Direito Preventivo, deve-se atentar para a contingência do mundo que circunda a sociedade, de modo a perceber que em meio a uma tomada de decisão existiriam outros diversos caminhos a serem escolhidos. Assim, o que acontecerá no futuro torna-se uma preocupação para o Direito. Mas a problemática aparece quando se torna necessário sopesar quanto do futuro deve ser planejado para que a sociedade possa desenvolver seus negócios com mais tranquilidade no presente, reduzindo, assim, a sua contingência.⁵²

Para Luhmann⁵³, tal problemática é um ponto que se constitui numa variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas sociedades sociais invadem o Direito.

Essa invasão destacada por Luhmann coloca o Direito frente à necessidade de comunicação com o risco. O Direito tem de criar suas funcionalidades de auto-organização, operando no escopo de minimizar os riscos dos negócios, por meio de perscrutações comunicacionais seletivas, partindo sempre de seu código binário: Direito/não Direito.

Assim, surge a necessidade do Direito se autorreproduzir como perscrutador dos riscos atinentes aos negócios desenvolvidos no ambiente social. Nesse contexto, Luhmann⁵⁴

⁵¹ TEUBNER, Gunther. *Ibidem*. p. 45-46

⁵² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985. Volume II. p. 166.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 57.

apresenta uma classificação que auxilia no desenvolvimento dessa postura em prol das possibilidades das expectativas, que se dá da seguinte forma:

1. **Cognitivas** – no qual as expectativas são experimentadas e tratadas e, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade;
2. **Normativas** – ocorre o contrário, pois mesmo com a existência de dano, a expectativa não é abandonada.

Para Luhmann essas diferenciações residem na “fundamentação através de processos seletivos da expectativa de expectativas, que permitem uma diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas podendo, assim, por meio de diferentes constatações, fazer jus a exigências as mais diferenciadas.”⁵⁵

A sociedade possui um sistema de convívio que lhe é inerente. Assim, as expectativas do “outro” passa a ser as suas próprias expectativas. Percebe-se, portanto, o quanto é complexo o processo da constatação da expectativa do outro e até mesmo a demonstração da própria expectativa ao outro, pois ambos “os outros” estão amparados pela liberdade de seu comportamento o que, na constatação de Luhmann⁵⁶, potencializa o risco e caracteriza a chamada dupla contingência.

O Direito, portanto, mediante um processo reflexivo da expectativa da expectativa procura criar estratégias para possibilitar a antecipação do futuro e, ao mesmo tempo, minimizar os riscos que fazem parte dos relacionamentos e dos negócios desenvolvidos no ambiente social.

A sociedade de sistema de interações luhmanniana é composta por subsistemas, tais como o Político, que possui seu código binário em uma operação governo/oposição; o Econômico, com código binário atrelado ao pagamento/não pagamento; o Ético, que analisa o moral/não moral, etc.

Os códigos, portanto, dão autonomia aos subsistemas e ao Direito, enquanto atuante em prol das expectativas da sociedade, deve-se comunicar com eles no escopo de legitimar as tomadas de decisões, para que elas não sejam barradas diante dos códigos binários existentes em cada um dos subsistemas que são o mundo circundante marcado por seu caráter contingencial.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 66.

⁵⁶ *Ibidem*. 47

Nesse aspecto é que o Direito Preventivo se autorreproduz como um sistema que funciona como perscrutador das possibilidades de concreção das expectativas criadas pelos negócios desenvolvidos na sociedade, para que o negócios, públicos e privados, consigam viabilizar o presente sem prejudicar as futuras gerações.

O Direito deve criar estruturas e fazer seleções para dar legitimidade às expectativas criadas quando do desenvolvimento dos negócios, fato esse que poderá permitir a prevalência das expectativas diante das contingências do mundo circundante. Logo, é importante atentar-se para os ensinamentos de Luhmann⁵⁷, para quem:

A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Por isso as questões estruturais, e entre elas as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/ambiente e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações.

O Direito Preventivo, portanto, surge como uma peça chave para sociedade, com a função de institucionalizar as expectativas, pois cabe a ele exercer a comunicação sistêmica em busca da legitimação do negócio a ser realizado, fazendo apontamentos para demonstrar as diferenças entre o “querer fazer e o poder fazer” e, assim, ofertar à sociedade a possibilidade de uma escolha sensata e com menor risco para as futuras gerações.

Assim, abstratamente, o Direito passa a estar relacionado com os custos sociais da vinculação temporal das expectativas, ao tempo que concretamente, terá a função de estabilizar as expectativas normativas. De acordo com Luhmann:

Visto abstratamente, o Direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O Direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas.⁵⁸

A sociedade necessita que os negócios desenvolvidos em seu ambiente complexo e contingente tenham formas de controle. Assim, o Direito, mais especificamente na era moderna, passa a ser visto como um instrumento possível para a gestão de risco e, conseqüentemente, passa a contribuir para que as expectativas não sejam frustradas. E

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito. Rio de Janeiro.** Tempo Brasileiro, 1985. Volume II. p. 168.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 175.

importante que se ressalte que o risco de frustração não é apenas dos que tomam decisão, ou seja, daqueles que fomentam a economia por meio de seus negócios, visto que o problema surge de forma ainda mais complexa. Na medida em que os danos causados não afetam somente os que tomam as decisões, pois também se tem aqui uma forma de vinculação temporal com custos sociais⁵⁹.

2.4.2 O Estado Legitimando Atos de Deus por Meio de Excludentes de Responsabilidades

O homem, em seu processo evolutivo, parece ter adquirido o talento de atribuir ao outro, ou a fatores externos, a responsabilidade por suas decisões. Sempre há justificativas para orientar ou explicar o resultado negativo de uma decisão, pode ser sina, predestinação, carma, Deus, condições climáticas desfavoráveis, ou seja, o homem tem como grande característica o poder de criar negócios arriscados e de atribuir a culpa pelos danos relacionados a tais negócios de risco.

A exemplo do que se expõe, tem-se o pecado original em que Adão atribuiu a culpa a Eva e a Deus pelo seu erro, pois Adão acreditava ter sido enganado pela mulher que Deus deu a ele. Na visão justificadora de Adão, o negócio de manter-se no paraíso não teria sido frustrado se Deus não tivesse colocado Eva para viver com ele, o erro não teria acontecido. E Eva, por sua vez, culpou a serpente.

Assim está descrito em Genesis 3: 11-13:

E Deus disse: Quem te mostrou que estavas nu? Comeste tu da árvore de que te ordenei que não comesses?
Então disse Adão: A mulher que me deste por companheira, ela me deu da árvore, e comi.
E disse o Senhor Deus à mulher: Por que fizeste isto? E disse a mulher: A serpente me enganou, e eu comi.⁶⁰

Eis em Genesis a forma como o homem e suas criações, Estado e Direito, abordam a culpa. A culpa parece ser apenas do outro, ou de fatores externos.

A vida sempre foi um negócio arriscado, e a culpa sempre esteve presente para justificar o insucesso e os danos advindos dos mais variados negócios por meio do erro ou culpa do outro. O outro passa a errar e ser culpado, todavia, na maioria das vezes, sequer teve a possibilidade de decidir sobre os riscos que teve de se submeter.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 188.

⁶⁰ Bíblia online. Acessada em 12 de janeiro de 2016, em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3>.

Vive-se numa sociedade em que as forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de produção e na elaboração dos negócios, desencadeiam riscos e potenciais de autoameaça numa medida muitas vezes desconhecida. E a grande questão parece ser essa apontada por Beck:

O conceito de “indústria” ou de “sociedade de classes” (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de **como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo “legítima”**.⁶¹ (Grifou-se)

Atualmente, os riscos dos negócios que a sociedade passa a desenvolver não possuem mais a mesma concepção que lhe era atribuída em tempos pretéritos. Até porque sequer ocupava espaço no imaginário dos povos precursores, pois esses baseavam suas explicações sobre o mundo em construções mitológicas. Já nas sociedades pré-industriais e com o crescimento do cristianismo, a igreja cria a ideia de culpa e “o pecado surge como um equivalente funcional, servindo de explicação para a desgraça”⁶². Nessas sociedades o risco possui uma forma de perigo natural: estiagem, tremores de terra, seca, etc. Percebe-se, portanto, que os acontecimentos não estavam vinculados à tomadas de decisões por parte de indivíduos, mas atrelados a meros acontecimentos que adotavam como inevitáveis. Conforme Golgblatt:

[...] as sociedades pré-industriais são visivelmente inseguras. Em termos culturais, as origens dos riscos são invariavelmente atribuídas a forças externas, sobrenaturais e deve-se procurar-se a ajuda dessas mesmas forças para atenuar ou evitar os piores efeitos dos perigos ou contingências.⁶³

E o estarrecedor é que a contemporaneidade, fruto de uma modernidade arraigada no fenômeno iniciado na segunda metade do século XVIII, que significou o aumento potencial da capacidade produtiva das empresas e o início da revolução em série, até conseguiu transformar a ideia de risco.

Porém, o Estado, defendido pelos clássicos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau, como criação racional com vistas à realização do convívio saudável entre os homens através do contrato, está acorrentado no pensamento pré-industrial. Pois, mesmo com os riscos criados pelos negócios desenvolvidos por uma sociedade capitalista, que necessita da

⁶¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução Sebastião Nascimento. 1ª Edição/2010. São Paulo: Ed. 34. p. 23-24.

⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociedade del riesco**. México: Iberoamericana, 1992. p. 51.

⁶³ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 233.

constante quebra do paradigma da tradição para se desenvolver, ainda parece trabalhar com fatores externos e os querereres dos Deuses. A diferença é que atualmente os fatores externos, tais como as forças sobrenaturais e a vontade de Deus, parecem estar revestidos de legitimidade jurídica. A exemplo disso, tem-se no ordenamento jurídico os institutos do caso fortuito e da força maior. O parágrafo único do art. 393 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.⁶⁴

Ora, essa forma de abordagem que o Estado dá ao Direito, acorrentada numa visão pré-industrial de atos de Deus, dificulta a segurança e o controle dos riscos, na medida em que o Estado busca retirar da ação humana os riscos criados em razão de sua constante busca pelo bem viver, a partir de uma lógica produtiva que o novo se torna antiquado mesmo antes de se ossificar.

Para Carvalho:

[...] a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeia a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos os desastres denominados naturais, algum fator antropogênico. Esta situação, por evidente, ocasiona, ao Direito e à teoria da responsabilidade, uma maior dificuldade na delimitação do que se trata de “*act of god*” e o que seria decorrente de “*act of Man*”, para fins de delimitação da previsibilidade ou não de um evento e, conseqüentemente, da incidência destes fenômenos como excludente de responsabilidade (especialmente civil e administrativa) de entes públicos e privados.⁶⁵

Ademais, o ordenamento jurídico, por meio do caso fortuito e da força maior, além de estar atribuindo a Deus ou a sorte muitos dos danos provocados em razão de decisões antropocêntricas, ainda, preso ao pecado original, espelha-se em Adão e Eva ao criar mecanismos excludentes de responsabilidade por culpa de terceiros.⁶⁶

Ora, a contemporaneidade sofre com os efeitos colaterais herdados da revolução industrial. Os negócios tornam-se cada vez mais arriscados e tomam proporções significativas nos dias de hoje. Portanto, a ideia de risco e o modo de reação frente a ele não devem estar

⁶⁴ **Código civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁶⁵ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Livera. **Direito dos desastres.** Porto Alegre: Livraria do advogado. 2013. p. 25.

⁶⁶ A exemplo disto ver as possibilidades de exclusão da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, assinalados no inciso III, §3º, do artigo 12, da Lei 8.078/90.

atrelados a uma racionalidade de colocar a culpa em fatores externos, seja em Deus, através da excludente de caso fortuito e força maior, ou mesmo em terceiros, em verdadeira homenagem a Adão e Eva.

Contemporaneamente os negócios são desenvolvidos numa nova era social, chamada por Ulrich Beck de sociedade de risco. Esse novo tempo é marcado por uma insegurança generalizada, na medida em que as frustrações vão sendo acumuladas diante do que Beck denomina de radicalização da modernização da modernidade. Os danos tornam-se frequentes e muitos deles são irreparáveis e difíceis de se mensurar. Portanto, está-se inserido numa sociedade que necessita de instrumentos de controle, pois a visão que se tem está ofuscada pela contingência.

E não se pode deixar de levar em consideração o fato de que são inúmeros os componentes que estão presentes nos mais variados negócios que são desenvolvidos na sociedade. Logo, percebe-se o quanto é indispensável uma nova reflexão sobre as decisões tomadas nos negócios desenvolvidos. Pois tais decisões, via de regra, têm por base a circulação de produtos ou prestação de serviços que se utilizam de matéria-prima de um ambiente que não pertence ao empreendedor, mas à sociedade e suas futuras gerações. E não pode a sociedade se sujeitar a excludentes de responsabilidades obsoletas, tal como o caso fortuito e a força maior, ou, ainda, ver-se envolvida num jogo de verdadeiro empurra-empurra de culpas.

Carvalho é taxativo ao afirmar:

A comunicação do risco consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrentes das decisões tomadas no presente. Em síntese, **o risco consiste na descrição das frustrações pelo próprio agente**. Como exemplos de situações de risco, temos a utilização da energia nuclear, a biotecnologia, entre outros processos marcadamente inerentes à industrialização e ao desenvolvimento tecnológico ocorrido no último século.⁶⁷ (Grifou-se)

Ou seja, o agente que tem o poder de decidir, consectário lógico, é quem cria as situações de risco.

⁶⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 180.

O mundo contemporâneo, que o sociólogo Niklas Luhmann caracteriza como sendo complexo e contingente,⁶⁸ tem nos negócios uma necessidade social, pois a sociedade necessita das negociações para satisfazer suas pretensões. Hoje não se pode falar em mundo sem negócios. E, como os negócios são complexos por natureza, não é prudente entrar numa negociação sem que se tenha por base um plano de contingência⁶⁹.

Com a evolução e a passagem da idade média para a idade moderna e com a radicalização da modernização da modernidade, que Beck denomina de “modernidade reflexiva”, a sociedade começa a se deparar com um processo de mundialização econômica, que se caracteriza pelos riscos introduzidos no mercado pelo fenômeno de produção e distribuição em massa. Beck aponta que “os riscos do desenvolvimento industrial são tão antigos como ele mesmo”.⁷⁰

Ainda, absorve-se dos ensinamentos de Beck que a sociedade contemporânea é resultado da ganância da sociedade em busca do progresso. O que se compreende, portanto, é o que Beck chama de efeito bumerangue⁷¹, eis que a sociedade industrial produz seus negócios e seus próprios riscos. Devendo, ainda, levar-se em consideração o apontamento feito por Beck, de que o efeito bumerangue⁷² não se reflete unicamente em ameaça à vida, mas também em relação a mediações: dinheiro, propriedade e legitimação.

Assim, em meio a esse cenário de uma sociedade que se desenvolve através de negócios altamente arriscados, o Direito é colocado frente à necessidade de comunicação acerca do risco. Por esse motivo, o Direito Preventivo aparece com possibilidade de autorreprodução que, nessa matriz epistemológica, terá o compromisso de criar mecanismos de redução da contingência dos negócios desenvolvidos na sociedade, pautado no binômio: Direito/não Direito, para que se tenha alívio de expectativas e redução de riscos.

Entretanto, diante das incertezas emanadas de uma sociedade que desenvolve negócios de risco, a problemática da contingência apresenta-se como algo que necessita de uma teoria jurídica mais complexa e consistente. Sendo capaz de fornecer meios de minimizar os riscos advindos dos negócios, num agir preventivo, para que a sociedade não tenha que se deparar com a impossibilidade de reparação de um eventual desastre, sob a justificativa de que há uma excludente de responsabilidade pautada em atos de Deus.

⁶⁸ Para saber de forma mais aprofundada como Niklas Luhmann trabalha a complexidade e contingência, ver em LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983.

⁶⁹ Para que se tenha uma melhor compreensão sobre o que se expõe, leia-se plano de contingência como possibilidade de dano futuro.

⁷⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução Sebastião Nascimento. 1ª Edição/2010. São Paulo: Ed. 34. p. 26.

⁷¹ BECK, Ulrich. *Ibidem*. p.44.

⁷² *Ibidem*. p.45.

2.4.3 Direito Preventivo e Sustentabilidade

Vive-se numa sociedade em que o desenvolvimento econômico possui como marca registrada a constante quebra de paradigmas. Os negócios se desenvolvem numa dinâmica em que o novo se torna antigo mesmo antes de se ossificar⁷³. Essa dinâmica dos negócios exige uma reflexão sobre a possibilidade de realização do processo civilizatório. A partir desse olhar, a sustentabilidade será abordada como princípio jurídico para, assim, poder ser incorporada ao Direito Preventivo, tornando-se, esse, um instrumento de possibilidades de redução das frustrações das futuras gerações.

Assim, compatibilizar os interesses dos negócios com o desenvolvimento sustentável significa considerar os potenciais problemas ambientais e sociais dentro de um processo contínuo de planejamento, para que se possa atender adequadamente às exigências de todos os envolvidos, para que haja a coevolução dos sistemas sociais, tais como o político, o jurídico, o econômico e o ecológico, dentro de uma dimensão de tempo e espaço, devendo haver a conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Na “Agenda 21 Brasileira – Ações Prioritárias”, o desenvolvimento sustentável foi definido da seguinte forma:

Pelo menos quatro dimensões (ética, temporal, social e prática) complementam a questão econômica, a partir dos enunciados do Relatório Brundtland e aparecem ora isoladas, ora de forma combinada nas dinâmicas do processo de construção social do desenvolvimento sustentável. A dimensão ética, onde se destaca o reconhecimento de que no almejado equilíbrio ecológico está em jogo mais que um padrão duradouro de organização da sociedade; está em jogo a vida dos seres e da própria espécie humana (gerações futuras); dimensão temporal, que determina a necessidade de planejar a longo prazo, rompendo com a lógica imediatista, e estabelece o princípio da precaução (adotado em várias convenções internacionais de que o Brasil é signatário e que tem, internamente, força de lei, com a ratificação pelo Congresso)⁷⁴

Percebe-se que o objetivo do princípio do desenvolvimento sustentável não está relacionado ao impedimento do desenvolvimento, mas sim em estabelecer um meio termo, um equilíbrio entre as necessidades da atuação econômica e a proteção do meio ambiente.

⁷³ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Col. Leitura. p.14

⁷⁴ AGENDA 21. Disponível: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em 22.05.16. p. 17.

De tal modo, é possível observar três enfoques no princípio do desenvolvimento sustentável, quais sejam econômicos, sociais e ambientais. Não obstante, a Agenda 21 ainda consagrou o conceito de sustentabilidade ampliada e progressiva, veja-se:

A sustentabilidade ampliada preconiza a idéia da sustentabilidade permeando todas as dimensões da vida: a econômica, a social, a territorial, a científica e tecnológica, a política e a cultural; já a sustentabilidade progressiva significa que não se deve aguçar os conflitos a ponto de torná-los inegociáveis, e sim, fragmentá-los em fatias menos complexas, tornando-os administráveis no tempo e no espaço.⁷⁵

Sendo assim, percebe-se que sustentabilidade, vista como qualidade daquilo que é sustentável, constitui-se em critério para a gestão, para que os negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente não provoquem o desapontamento nas futuras gerações.

Os mecanismos estratégicos, tal como disposto no relatório Brundtland, em 1987, dispõe que para se alcançar a sustentabilidade, é necessário administrar riscos e tomar decisões considerando não somente os aspectos econômicos. Assim:

Os principais objetivos das políticas ambientais e desenvolvimentistas que derivam do conceito de desenvolvimento sustentável são, entre outros, os seguintes: retomar o crescimento; alterar a qualidade do desenvolvimento; atender as necessidades essenciais de emprego, alimentação, energia, água, e saneamento; manter um nível populacional sustentável; conservar e melhorar a base de recursos; reorientar a tecnologia e administrar o risco; e incluir o meio ambiente e a economia no processo de tomada de decisões.⁷⁶

Contemporaneamente, não é suficiente desenvolver teorias jurídicas sofisticadas em relação a temas e institutos setoriais que protejam o complexo fenômeno da convivência e do desenvolvimento social. Assim, diante do cenário complexo e contingente da sociedade, surge a necessidade de um Direito de viés preventivo, que deve dialogar mais com a lógica de desenvolvimento da sociedade, para que não se permita a evolução de determinados sistemas mediante a exploração desenfreada dos demais. Além disso, é imprescindível a criação de mecanismos de segurança e controle, prevenção de acidentes, planejamento contingente, mitigação de danos, entre outros. Dessa maneira, exsurge a Teoria da Sustentabilidade⁷⁷, para

⁷⁵ AGENDA 21. *Ibidem*. p. 18.

⁷⁶ Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento das Nações Unidas, 1991.p. 53. Disponível em <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em 22.05.16.

⁷⁷ A Teoria da Sustentabilidade será trabalhada a partir dos ensinamentos do Professor Gabriel Real Ferrer, que expõe que o princípio da Sustentabilidade, apesar de ser confundido com uma questão de desenvolvimento, que possui seu centro numa influência econômica do pensamento liberal, é antes de tudo uma revolução

ser aplicada e reconhecida na atual ordem jurídica, tudo para possibilitar um futuro melhor à sociedade, no presente e no futuro.

Não se duvida que a preocupação da humanidade com os eventos indesejados, sejam eles naturais ou antropocêntricos, intrigam populações há séculos. O Século XX, mais especificamente após os acidentes de Bophal⁷⁸, 1994 e o acidente nuclear de Chernobyl⁷⁹, ocorrido em 1986, apresentou diversas problemáticas à sociedade, dentre elas, a real possibilidade destrutiva da má gestão de negócios. Hoje é preciso atentar para os danos que a visão antropocêntrica apresentou à sociedade. Apesar dos acidentes de Bophal e Chernobyl terem ocorrido na década de 80, ainda hoje há consequências sendo geridas.⁸⁰

Os riscos intrínsecos aos negócios evidenciam a urgência da construção de uma nova racionalidade instrumental, pautada numa ética apta a balizar uma atuação preventiva do

premente e urgente. FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones Del Derecho. Disponível em <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 19/05/2016.

⁷⁸ Desde que fora inaugurada a fábrica da empresa americana Union Carbide em Bhopal, capital do estado indiano de Madhya Pradesh, em 1977, registraram-se seis acidentes "operacionais", com pelo menos uma morte confirmada e cerca de 50 feridos. E, na madrugada de 3 de dezembro de 1984, aconteceu lá o mais terrível desastre industrial da História. O mortal isocianato de metila, uma das substâncias usadas na produção de pesticidas, vazou, sob a forma de gás, de um reservatório de 45 toneladas, e foi se acumulando na atmosfera até formar uma densa nuvem. Quando a válvula defeituosa foi consertada, o escapamento já durava 40 minutos. Estima-se que 4.500 pessoas morreram e outras 200 mil foram infectadas. Leia mais sobre esse assunto em <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/negligencia-da-union-carbide-mata-4500-pessoas-contamina-200-mil-na-india-9911622#ixzz46gIIS320> © 2016.

⁷⁹ Chernobyl, na Ucrânia, ainda guarda as marcas da explosão do reator 4, que espalhou radiação pelo país e pelos territórios vizinhos em 26 de abril de 1986. Na época, a usina era responsável pela produção de cerca de 10% da energia utilizada na Ucrânia. Com quatro reatores e mais dois em construção, Chernobyl era um símbolo do avanço da União Soviética. As causas da tragédia nuclear ainda são motivo de discussão, alguns especialistas apontam erros humanos, enquanto outros avaliam erros no projeto, a razão mais aceita é a união das duas falhas. No dia da explosão estava agendado um procedimento de rotina no reator 4, ele seria desligado e os responsáveis aproveitaram para fazer um teste, um problema de resfriamento fez com que o teste terminasse de forma trágica. O acidente lançou 70 toneladas de urânio e 900 de grafite na atmosfera. Após a explosão, milhares de trabalhadores foram enviados ao local para combater as chamas e garantir a resfrição do reator. Conhecidos como "liquidadores", esses homens perderam a vida no combate ao incêndio. Na segunda etapa, para conter a radiação, trabalhadores sem equipamento adequado passaram seis meses construindo uma estrutura de isolamento, o "sarcófago". O alto nível de radiação afetou as regiões no entorno da usina, chegando a uma área de 100 mil km². A cidade que abrigava os trabalhadores de Chernobyl era Prypiat, construída para essa função em 1970. A orientação para deixar as casas só veio 30 horas depois do acidente, os habitantes tiveram 40 minutos para pegar os itens de maior necessidade e sair da cidade. Eles foram avisados que poderiam voltar em três dias. A área, porém, passou a fazer parte da zona de exclusão estabelecida no entorno da usina e Prypiat virou uma cidade fantasma. Os soviéticos tentaram esconder o acidente, mas os níveis de radiação foram detectados em outros países. A primeira notícia sobre a explosão saiu no dia 29, na Alemanha, três dias depois do ocorrido. A usina chegou a continuar em funcionamento, com turnos menores, e passou por dois princípios de incêndio, em 1991 e 1996. O governo soviético admitiu 15 mil mortes, enquanto organizações não governamentais calculam 80 mil. Segundo números oficiais, 2,4 milhões de ucranianos sofrem de problemas de saúde relacionados ao acidente. Ainda hoje, 27 anos depois, 6% do PIB ucraniano é destinado aos efeitos da tragédia, como pagamento de indenização às vítimas. Um museu foi construído na capital Kiev para lembrar Chernobyl e as pessoas afetadas pela radiação. Fonte: <http://educacao.globo.com/artigo/chernobyl-maior-acidente-nuclear-da-historia.html>. acessado em 12/04/2016.

⁸⁰ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Livera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2013. p. 19.

Direito que permita a construção. Por exemplo, de um sistema de gestão que possa abranger a redução de custos e maior produtividade, com a eliminação de desperdícios, o que está relacionado à ecoeficiência:

A ecoeficiência é o componente básico da sustentabilidade, que se aplica à gestão da empresa. Significa redução da quantidade de recursos utilizados para a produção de bens e serviços, aumentando os lucros da empresa e, ao mesmo tempo, reduzindo seu impacto ambiental. A temática básica é simples: poluição é desperdício e desperdício é anátema, pois significa que a empresa está pagando por algo que não usa.⁸¹

A preocupação que os empreendedores têm mantido com a sustentabilidade como estratégia de negócios pode ser percebida através de Savitz:

Estamos convencidos de que num mundo mais globalizado, mais interconectado e mais competitivo, a maneira como se gerenciam as questões ambientais, sociais e de governança corporativa é parte da qualidade gerencial de que as empresas precisam para competir com sucesso. As empresas que apresentam melhor desempenho em relação a esses temas podem aumentar o valor para os acionistas, mediante, por exemplo, a boa gestão de riscos, a antecipação das iniciativas regulatórias ou o acesso a novos mercados, ao mesmo tempo em que contribuem para o desenvolvimento sustentável das sociedades em que operam. Além disso, essas questões podem exercer forte impacto sobre a reputação e marcas das empresas, fator cada vez mais importante para a avaliação do empreendimento.⁸²

O princípio da sustentabilidade trabalhado aqui segue o raciocínio construído por Real Ferrer, que assim os apresenta:

Lo que conceptualmente supone el Desarrollo Sostenible no es otra cosa que añadir a la noción de desarrollo el adjetivo de sostenible, es decir que se trata de desarrollarse de un modo que sea compatible con el mantenimiento de la capacidad de los sistemas naturales de soportar la existencia humana. Dando un paso adelante e imbuídos por la adopción de los Objetivos del Milenio (OM) como guía de acción de la humanidad, bajo el paraguas del Desarrollo Sostenible se han llevado a las Cumbres tanto cuestiones de contenido económico como social. Así, desde Johannesburgo se habla de sostenibilidad en su triple dimensión, económica, social y ambiental, como equivalente al Desarrollo Sostenible. El desarrollo, pues, por muy adjetivado que sea, sigue siendo el paradigma que se propone.⁸³

⁸¹ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 41-42.

⁸² SAVITZ, Andrew W. *Ibidem*. Apud. p. 38.

⁸³ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones de Derecho. In SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de e GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs). *Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 9. Disponível em:

Não se pretende discutir aqui se os negócios necessitam se expandir e gerar lucros, mas sim que tal crescimento ocorra dentro de um formato sistêmico. Por meio de uma atuação do Direito Preventivo irá agir como um instrumento redutor de riscos de atuação focada no Desenvolvimento Sustentável, em sua tríplice dimensão, econômica, social e ambiental.

Não há outra coisa senão desenvolver-se de um modo que seja compatível com a manutenção da capacidade dos sistemas naturais de suportar a existência humana. Por isso que Sustentabilidade é “uma noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que La sociedade planetaria, construída por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente em el tiempo”.⁸⁴

Ou seja, a proposta apresentada por Real Ferrer está alinhada com intenções pretéritas da humanidade, que racionalmente estabelece novos sistemas, entre eles o Estado, para permitir maior proteção à humanidade, para que a mesma possa perpetuar-se. Assim, as futuras gerações deverão ser levadas em consideração quando da criação ou desenvolvimento de negócios.

As bases teóricas para a sustentabilidade se assemelham a teoria dos sistemas e buscam um estado de equilíbrio para o ambiente social. Assim sendo, necessário se faz a formação de sentidos jurídicos para que o desenvolvimento dos negócios convirja para a coevolução dos sistemas econômico, político, jurídico, social, ambiental, entre outros. Nessa perspectiva, tem-se que os negócios devem ser desenvolvidos a partir de uma sustentabilidade compatível com a capacidade de sustentação da natureza, pois não se pode por em risco as futuras gerações.

Assim, o princípio da sustentabilidade, que deverá ser utilizado pelo Direito Preventivo, partirá de seu conceito de desenvolvimento sustentável, que agrega como pressuposto analítico as necessidades humanas presentes e futuras, sejam elas econômicas, sociais ou ambientais. Ou seja, parte-se do pressuposto de que todos os sistemas deverão operar para permitir a coevolução da sociedade no presente e no futuro. A dicotomia que se estabelece, por exemplo, entre Sustentabilidade Ecológica e Desenvolvimento Social, embora

<http://www.univali.br/ppcj/ebook>. “O que conceitualmente supõe o Desenvolvimento Sustentável não é outra coisa senão do que acrescer a noção de desenvolvimento o adjetivo sustentável, é dizer que se trata de desenvolver-se de um modo que seja compatível com a manutenção da capacidade dos sistemas naturais de suportar a existência humana. Dando um passo adiante e imbuídos pela adoção dos Objetivos do Milênio como guia de ação da humanidade tem-se levado à discussão tanto questões de conteúdo econômico quanto social. Assim, desde Johannesburgo se fala de sustentabilidade em sua tríplice dimensão, econômica, social e ambiental, como equivalente de Desenvolvimento Sustentável. O desenvolvimento, pois, por muito adjetivado que seja continua sendo o paradigma que se propõe”. (tradução livre).

⁸⁴ REAL FERRER, Gabriel. *Ibidem*. p. 12. “(...) uma noção positiva e altamente proativa que supõe a introdução das modificações necessárias para que a sociedade planetária construída pela humanidade seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo.” (tradução livre).

possa ser útil para estabelecer áreas de reflexão, não é relevante para este trabalho, pois os sistemas sociais são interdependentes e possuem um campo de intersecções por meio dos acoplamentos estruturais. Portanto, neste trabalho, sustentabilidade não é outra coisa senão o cuidado no desenvolvimento sustentável.

Savitz irá definir sustentabilidade como a arte de fazer negócios num mundo interdependente, ou seja:

A sustentabilidade se desenvolveu como método integrado de abordar ampla gama de negócios referentes ao meio ambiente, Direitos dos trabalhadores, proteção aos consumidores e governança corporativa, assim como sobre o impacto das atividades da empresa em relação a questões sociais mais abrangentes, tais como fome, pobreza, educação, saúde e Direitos humanos – e aos efeitos desses temas sobre o lucro.⁸⁵

Portanto, para Savitz, os negócios sustentáveis são aqueles que geram lucros, mas ao mesmo tempo protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com que mantém interação, ou seja, dentro de um conceito de sustentabilidade, os negócios deverão trazer benefícios para quem empreende e benefícios para a sociedade.

O Direito Preventivo, a partir de lentes sustentáveis, passa a se preocupar com todas as formas de vida. O foco de atenção passa a ser nas necessidades essenciais para o bem viver da sociedade, isto é, na possibilidade de existir, reproduzir e evoluir comum a todos os seres vivos.

Assim, a sociedade exige do Direito respostas preventivas, como se observa do apontamento feito por Carvalho, além de antecipação, deve o Direito ser o protagonista na imposição de deveres de proteção e cuidados:

Além da antecipação, o Direito apresenta um papel protagonista na orientação e na imposição de deveres de proteção e cuidado à instituições competentes, para que estas efetivamente estejam preparadas para o exercício das respostas emergenciais, delimitando claramente competências, interações e sua atuação compartilhada. [...] **O Direito, por seu turno, busca a estabilização de expectativas [...] Esta estabilização pelo Direito deve ser dar por uma clara delimitação preventiva acerca das competências, posse e fornecimento de informações relevantes à prevenção e ao atendimento emergencial, mitigando, desde já, os efeitos secundários do evento.**⁸⁶ (Grifou-se)

⁸⁵ SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental.** trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 04.

⁸⁶ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Livera. **Direito dos desastres.** Porto Alegre: Livraria do advogado. 2013. p. 42-43.

Para que o Direito possa existir em sua forma preventiva, é necessária a adoção de princípios que possam materializar os parâmetros definidores das legislações, sendo o princípio da sustentabilidade um possibilitador da coevolução dos sistemas, com atuação direcionada à redução de riscos e a pretensão de um futuro melhor a todos.

Nessa perspectiva, tem-se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual é possível perceber a Suprema Corte salvaguardando o princípio do desenvolvimento sustentável:

(...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II, E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COM FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos Direitos fundamentais: o Direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, p. 14).

O Direito Preventivo deve ter atuação direta nos negócios desenvolvidos na sociedade, ainda mais que hodiernamente os negócios são potencializados pela globalização, ou seja, são cada vez mais transnacionais. Os efeitos da globalização sobre a sociedade tradicional inserem as pessoas num ambiente de incertezas criadas pelo processo de unificação em escala planetária, que se caracteriza como um fenômeno político, econômico tecnológico e cultural, potencializado pelos meios de comunicação, que possibilitam as mesmas (des)informações em todos os locais do mundo.⁸⁷

⁸⁷ Os termos “processo de globalização”, bem como “globalização” ou “mundialização”, tem sido utilizada de forma abrangente e procura expressar, na verdade, fenômenos sociais, políticos e econômicos e culturais, muitas vezes correlatos, mas às vezes excludente. A maioria das vezes, principalmente na literatura das ciências sociais, o uso da expressão vem carregado de atribuição crítica e expressa julgamentos valorativos, quer sejam positivos, quer sejam negativos. Essa característica do uso da expressão deve-se ao fato de que a globalização surge, antes de tudo, no âmbito do capitalismo financeiro para então repercutir e ganhar cores próprias nas relações intersubjetivas, intergrupais e interestatais na contemporaneidade. O termo “globalização” foi também, associado a um projeto sociopolítico, a Pax Americana, que após a segunda queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre, 2013. 2ª Ed. Livraria do advogado. p. 223.

E esse processo de globalização em que os negócios são desenvolvidos estão em meio a uma série de antinomias, tal como destacado por Barreto:

Entramos no limiar do século XXI com profundas transformações no sistema das relações interestaduais. O equilíbrio entre as grandes potências da Paz de Westphalia que tinha sido substituído pelo equilíbrio bipolar – E.E. U.U *versus* União Soviética – durante a maior parte do século XX, com a queda do sistema soviético foi substituído pela hegemonia econômica e militar dos Estados Unidos. **Ao lado dessa brusca mudança no cenário político global, pela primeira vez na história da humanidade um sistema econômico pretende-se universal, surgindo mecanismos de produção comuns a todos os povos.** Entretanto, a própria hegemonia da superpotência, Estados Unidos e o sistema de produção e comercialização de riquezas vêem-se ameaçados por forças políticas, religiosas e militares, que tornam frágil o poder do estado hegemônico. Envolvendo essas transformações políticas, econômicas e sociais encontram-se o processo de globalização.⁸⁸ (Grifou-se)

Esse sistema econômico que visa à produção comum a todos os povos, faz surgir uma série de riscos até então impensados. O risco passa a surgir como uma variável nas decisões de negócios transnacionais, globalizados. O risco corresponde a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. Esse conceito está atrelado às sociedades que buscam incondicionalmente romper com o passado, característica primordial das civilizações industriais. A aceitação da existência do risco corresponde a uma forma calculista de ver o mundo, através da qual, prescindem-se várias possibilidades de reações aos acontecimentos, investimentos e novidades propostas pela vida capitalista. Desse modo, Giddens:

O risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confia-lo à religião, a tradição ou aos caprichos da natureza. O capitalismo moderno difere de todas as formas anteriores de sistema econômico em suas atitudes em relação ao futuro. Os tipos de empreendimento de mercado anteriores eram irregulares ou parciais. As atividades dos mercadores e negociantes, por exemplo, nunca tiveram um efeito muito profundo na estrutura básica das civilizações tradicionais, que permaneceram amplamente agrícolas e rurais.⁸⁹

Como o capitalismo busca o acúmulo de lucro, o risco torna-se um processo contínuo, afinal, qualquer infortúnio, natural ou social, pode culminar na redução ou perda do lucro ou, ainda, na produção de desastres. Consequentemente, leis políticas de assistência social constituem-se como sistemas de proteção ao risco, quando se destina a proteger contra

⁸⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Ibidem*. p. 223.

⁸⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 34.

adversidades que antes eram tidas como desígnios dos deuses como doença, invalidez, desemprego, velhice. Nesse caso se compreende o seguro como a afirmação de que as pessoas estão dispostas a assumirem riscos ou admitem a possibilidade de sua existência.

Ainda, Barreto destaca relevância inerente a esse processo de globalização:

O fato social e político relevante é que esse processo de globalização tem provocado reações as mais diversas, tanto sob o aspecto político, como sob o aspecto econômico. Consta-se que a imposição do modelo do consenso de Washington não processa de forma unilinear, pois as contradições internas provocadas pelas próprias políticas suscitam novas formas de organização social e econômica. Somos então compelidos a reconhecer a interdependência de dois tipos de questões: a existência de uma política global, que visa a todo o planeta, e que se expressa através das políticas do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e das empresas multinacionais; mas, paralelamente, num movimento contrário, surgem reações a nível social e político contra essa política uniformizadora.⁹⁰

A sociedade global como tradução de uma realidade circundante aponta para a necessidade de superação do referencial teórico da modernidade, centrado na racionalidade científica e tendo como modelo de ciência aquele construído pelas ciências naturais, que confia no método como forma de legitimação da verdade. Então, de acordo com Boaventura está-se “a entrar num período de transição paradigmática entre a sociabilidade moderna e uma nova sociabilidade pós-moderna cujo perfil é ainda quase imperscrutável e até imprevisível”.⁹¹

Assim, tornar-se imprescindível que a tutela jurídica da sustentabilidade transcenda ordenamentos jurídicos nacionais. Assim, importante a ressalva feito por Real Ferrer:

Em términos jurídicos, el derecho de la sostenibilidad es um derecho pensado em términos de espécie y em términos de resolver problemas globales. Trae parte de la estructura clásica de los órdenes jurídico, social, económico y ambiental, que son propios de los Estados soberanos, pero desborda claramente esse ámbito. Su vocación es aportar soluciones que sirvan a todos, sin importar donde se encuentran o donde nacieron.⁹²

⁹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre, 2013. 2ª Ed. Livraria do advogado. p. 231.

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 186.

⁹² FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?** In Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 17- n.3- p.305-326 / set-dez 2012. p.20. Disponível em: www.univali.br/periódicos. Acesso em 05/05/2016. “Em termos jurídicos, o direito da sustentabilidade é um direito pensado em termos de espécie e em termos de resolver problemas globais. Traz parte da estrutura clássica das ordens jurídicas, social, econômica e ambiental, que são próprios dos Estados soberanos, porém transcende esse âmbito. Sua vocação é trazer soluções que sirvam a todos sem importar onde se encontram e onde nasceram.”(tradução livre).

O Direito Preventivo, mediante a observância do princípio da Sustentabilidade, não atuará de forma restritiva na defesa do meio ambiente ou do mercado econômico, pois sua atuação deverá estar associada em todo o processo produtivo dos negócios, sob a ótica de uma racionalidade instrumental que sirva a todos, sem importar onde se encontram ou onde nasceram.

3 AUTOPOIESE E DIREITO PREVENTIVO

3.1 A Autopoiese Luhmanniana como Base Epistemológica do Direito Preventivo

De acordo com a comunicação luhmanniana, *autopoiesis* é um sistema de produção de componentes e estruturas, emissor de sua própria comunicação. Opera, portanto, de forma autorreferencial. Implica auto-organização, no qual os elementos são estruturados e produzidos no mesmo sistema. Em outras palavras, decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo se autorregenerando.⁹³

E o Direito, também como um sistema de produção de componentes e estruturas, surge para a sociedade como uma técnica de resolver conflitos. Porém, esse não é o seu único propósito. A partir da Idade Moderna, o Direito chega a um ponto de evolução que se torna capaz de, além de solucionar, prever conflitos e, a partir daí, criar os mecanismos necessários para reduzir danos futuros. Desse modo, o Direito não apenas pacifica conflitos como também os cria mediante suas estruturas internas no processo de autopoiese, porquanto se diferencia do meio ao mesmo tempo em que influencia e é por ele influenciado.

A teoria sociológica do Direito trabalhada por Niklas Luhmann defende que a sociedade é composta por vários sistemas sociais comunicativos. A comunicação na teoria luhmanniana é o operador central dos sistemas sociais, de modo que a não comunicação entre os sistemas provocaria apenas frustrações.

Pensar o Direito hoje como um sistema da sociedade que possui possibilidades de mitigar os riscos dos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente, torna-se uma instigante tarefa que, no mínimo, necessita de uma nova concepção da epistemologia jurídica. Assim sendo, objetivando uma sociedade melhor às futuras gerações, exsurge a ideia de um Direito que dialogue com o futuro, ou seja, um Direito Preventivo. Esse Direito necessita de estruturas epistemológicas para que possa atuar como instrumento de alívio para que as expectativas da sociedade não sejam frustradas em razão dos múltiplos riscos advindos dos negócios que são realizados em seu ambiente.

⁹³ Ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 107: “Si se añaden otras consideraciones, un sistema operativamente clausurado puede ser descrito también con un sistema autorreferencial. En este lenguaje, la referencia debe ser entendida, en el contexto de una distinción, como descripción: cada distinción dispone de un otro lado (siempre capaz de referencia).”

Como o objetivo é trabalhar um Direito Preventivo voltado à redução de riscos, mais especificamente dos riscos atrelados aos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente, é preciso pensar a sociedade, ambiente, não a partir do indivíduo, mas por meio de possibilidades de coevolução social.

De acordo com a perspectiva luhmaniana, a sociedade passa a ser concebida como um sistema porque se comunica recorrendo a nova comunicação, ou seja, ela autorreproduz sua operação peculiar que é a comunicação. Ou seja, a sociedade comunica em si mesma, sobre si mesma e sobre seu ambiente.⁹⁴ Por isso os sistemas da sociedade podem reduzir complexidade para posteriormente produzir outras possibilidades de sentido e ainda mais complexidade. Neste sentido, os negócios desenvolvidos no ambiente social podem ser colocados num limite que é ditado pela racionalidade do sistema jurídico. O Direito, portanto, passa a ser um instrumento de produção de normatização social, por meio de uma estrutura comunicativa, com recorrências às estruturas sociais. Assim, nos dizeres de Luhmann:

projeções normativas relativamente estáveis e resistentes produzidas pelo sistema social como expectativas, são integradas e transformadas em Direito”. [Portanto,] “a tese de uma necessária superprodução de expectativas normativas, de uma multiplicidade e contradição sempre demasiadamente amplas no sistema normativo da sociedade, é de importância fundamental para a teoria evolutiva do Direito.”⁹⁵

Na medida em que o Direito, por meio de uma postura preventiva, conseguir produzir o controle de expectativas haverá, conseqüente lógico, a redução de complexidade, bem como, ao mesmo tempo, outras possibilidades de sentido. Nesse contexto, o Direito Preventivo passa a ter um papel fundamental de normatizar e muitas vezes normalizar expectativas, por meio de dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso se dá através do que Luhmann denomina como generalizações congruentes de expectativas:

[...] o Direito é imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. E essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social.⁹⁶

⁹⁴ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria della **Società**. 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994. p. 32.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 170.

Ainda, de acordo com Rocha⁹⁷, a sociologia luhmanniana apresenta propostas que permitem observar o Direito de maneira diferente, de forma mais dialética, no sentido de que é preciso ver a sociedade como tentativa de construção do futuro. Portanto, é preciso quebrar o paradigma de que o Direito é um instrumento pós-fato e de cunho coativo, tal como se observa da constatação feita por Luhmann, para quem:

O Direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente e generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.⁹⁸ (Grifou-se)

O Direito, como comunicação, torna-se um instrumento para os negócios desenvolvidos no ambiente social, generalizando de forma congruente as expectativas normativas no escopo de reduzir a complexidade advinda do seu meio social, tais como a Política, Economia, Religião, Moral, etc. Portanto, torna-se necessário nesta matriz de estudo fazer o apontamento de que a abordagem ora adotada possui seu foco voltado para a perspectiva autopoietica de um Direito Preventivo, acentuado na sistematização do Direito como autorreprodutor de suas condições, visto que a sociedade contemporânea encontra-se num processo de constante evolução que busca criar elementos estruturais que visam reduzir a complexidade das possibilidades de um mundo altamente complexo e contingente.⁹⁹

Assim, o Direito pode ser concebido como um sistema complexo, capaz de controlar expectativas. Tem-se, assim, uma evolução com sua respectiva elevação da complexidade social, tal como se pode ver em Luhmann:

A proeminência especial do processo decisório (por instâncias legislativas ou por juízes) e sua relevância na positivação da vigência do Direito não podem levar à sua interpretação como algo criativo ou causal; **o Direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões.** Isso não esclarece plenamente sua causalidade, nem suas preliminares ou a escolha das possibilidades em torno das quais se decidirá, nem muito menos as relações reais de poder em jogo; mas permite identificar quais serão os destinatários de repreensões, de sanções políticas e de tentativas de alteração da legislação. **A relevâncias estrutural disso**

⁹⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998. p. 96

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

⁹⁹ ROCHA, Leonel Severo. *Ibidem*. p. 96-97.

reside em que a vigência do Direito, por mais vigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: uma decisão.¹⁰⁰ (Grifou-se)

Dessa maneira, percebe-se que as decisões, para serem legítimas, deverão acompanhar a diferenciação da sociedade, seguindo a perspectiva de futuro, de acordo com a contingência inerente a um sistema social aberto de infinitas possibilidades.

Portanto o Direito, por meio de seu processo autopoietico¹⁰¹, deverá dialogar com os sistemas do ambiente para que conheça a expectativa da expectativa e, assim, possa ser utilizado como um instrumento de redução da contingência dos negócios desenvolvidos na sociedade. O objetivo das sociedades empresárias é o lucro, mas a busca pelo lucro não pode ser desmedida e violadora de Direitos, tal como o Direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme assim disposto no artigo 225 da Constituição Federal do Brasil: “Todos têm Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Não pode a sociedade se expor a riscos de danos em razão de quererem solipsistas de empresários e empreendedores.

Desse modo, o Direito de atuação preventiva, não deve se preocupar com o consenso em torno da generalização de manutenção do Direito, pois deve escolher pela decisão que venha a reduzir a complexidade apresentada. Assim, analogamente, observa-se o que diz Rocha:

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível, mas somente possível. **A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes.** Nesta linha de ideias, na modernidade não é mais possível se manter a concepção medieval dominante do Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada, será Direito positivo. Um Direito diferenciado e construído por decisões.¹⁰² (Grifou-se)

O Direito é irritado pelas contingências do mundo dos negócios e, por tal motivo, deve dar respostas que possibilitem a legitimação das decisões tomadas pelas sociedades

¹⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Ibidem*. p. 08.

¹⁰¹ Esta atuação “preventiva-autopoietica” está arraigada na ideia de que os sistemas, no caso o sistema jurídico, possui a possibilidade de criar seus subsistemas que, internamente, vão se autorreproduzir no objetivo de criar mais complexidade para enfrentar as complexidades do ambiente, que circunda o sistema.

¹⁰² ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998. p. 13.

empresárias quando da criação das expectativas criadas para o mercado econômico, pois é o Direito quem decidirá sobre a legitimidade de uma decisão.

Assim, dentro da concepção sistêmica luhmanniana, os negócios não produzem relações normativas entre os indivíduos na sociedade, pois a relação jurídica dos negócios é estruturada para o ambiente social. Consequentemente, não há comunicação entre indivíduos, que são membros do sistema psíquico, mas entre a sociedade, que só pode produzir as próprias operações.

A partir daí, é possível observar que a função do Direito Preventivo não está em eliminar as inseguranças provenientes dos negócios desenvolvidos no ambiente social e nem garantir comportamentos, mas sim, por meio da comunicação, auxiliar como um instrumento de redução de riscos:

A comunicação jurídica apenas aumenta a margem de insegurança socialmente suportável. Por isso, como um primeiro dado importante da linguagem jurídica, vale sublinhar que o Direito multiplica possibilidades de comunicação e reforça expectativas de comportamento. Não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas.¹⁰³

Assim, nessa proposta, o Direito está relacionado com a pragmática da linguagem na comunicação social e com a expectativa de comportamento social normativamente previsto. O Direito Preventivo começa a se autorreproduzir como um mecanismo de controle futuro, isto é, analisando as expectativas das expectativas esperadas de terceiros. Luhmann ensina que o Direito passa a ser baseado em programas e papéis que procuram cumprir com maior eficiência, atribuindo à norma uma função estrutural que permite estabilizar expectativas de conduta, estabelecendo uma forma de estruturação temporal das expectativas. De acordo com Luhmann:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas.¹⁰⁴

¹⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 162.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

Luhmann irá chamar as expectativas de expectativas de dupla contingência¹⁰⁵. Ou seja, é o estabelecimento dos próprios limites tendo por base o próprio objeto, construindo-se expectativas razoavelmente seguras para um futuro em aberto. Assim, na visão luhmanniana: “para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro.”¹⁰⁶

Como as expectativas criadas pelos negócios desenvolvidos pelas sociedades empresárias fundam-se no lucro, surge a necessidade de criação de mecanismos de redução da contingência dos riscos advindos dos negócios, para que as tomadas de decisões do hoje não restem frustradas no futuro, motivo pelo qual o Direito é irritado a dar respostas com base em diferenciações funcionais, por meio de seu código binário: Direito/não Direito.

A sociedade possui um sistema de convívio que lhe é inerente. Assim, as expectativas do “outro” passa a ser as suas próprias expectativas. Percebe-se, portanto, o quanto é complexo o processo da constatação da expectativa do outro e até mesmo a demonstração da própria expectativa ao outro, pois ambos “os outros” estão amparados pela liberdade de seu comportamento o que, na constatação de Luhmann¹⁰⁷, potencializa o risco e caracteriza a chamada dupla contingência.

O Direito, então, mediante um processo reflexivo da expectativa procura criar estratégias para possibilitar a antecipação do futuro e, ao mesmo tempo, minimizar os riscos que fazem parte dos relacionamentos e dos negócios de uma corporação. Nesse sentido, à luz do que se propõe para uma atuação do Direito Preventivo, esse atuará para que as expectativas dos negócios estejam em conformidade com a experiência do mundo, minimizando, assim, eventuais danos futuros. Ainda, importante destacar que na concepção de Luhmann “os códigos são diferenciações abstratas e universalmente aplicáveis”¹⁰⁸. Nessa linha de raciocínio, o Direito ganha autonomia porque somente nele é possível definir o que é Direito e não Direito, e esse ponto poderá auxiliar na redução da contingência dos negócios, pois na medida em que suas expectativas estiverem em conformidade com o Direito, menor a possibilidade imputação de alguma responsabilidade em razão de contingência futuras.

É natural que ocorram conflitos quando se compartilha o mesmo ambiente, sendo, muitas vezes, necessário a utilização do poder para resolver até mesmo os conflitos

¹⁰⁵ Inicialmente o conceito de dupla contingência foi trabalhado por Talcott Parsons, sociólogo norte-americano que, ao adotar uma teoria geral da ação, no começo dos anos cinquenta do século passado, assim o propôs: “Nenhuma ação será possível se alter faz depender seus atos da atuação de ego e se ego pretende conectar seu comportamento com o de alter”. Talcott Parsons e Edward Shils (orgs.). *Toward a general theory of action*, Cambridge, MA, 1952, *pág. 115*, segundo nota de Luhmann em *Sistemas Sociales*.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 47.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 47.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 29.

aparentemente mais simples. E não se pode esquecer que as situações de utilização do poder vão desde questões cotidianas de família até decisões políticas de Estado, que impactam em toda a sociedade, passando por sociedades empresárias, entidades de representação de classe, associações, dentre outras tantas. Nesse processo de poder, o objetivo de todos, mesmo que inconscientemente, está na criação de possibilidades de desenvolvimento de seus próprios interesses. A partir daí, é preciso um ambiente para que as mais diversas instituições da sociedade possam discutir suas vontades e pretensões, surgindo, portanto, a necessidade de acoplamentos estruturais.

3.2 A Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre Direito, Política e Economia na Prevenção de Riscos

As reflexões que serão expostas nessa etapa objetivam construir a base teórica para demonstrar que o Direito, sob a ótica sistêmica, pode constituir-se como um instrumento de comunicação preventiva voltado à redução de risco dos negócios desenvolvidos na contemporânea sociedade complexa e contingente. Para isso, entende-se que deve ser trabalhado o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico, político e econômico, como elemento formador para o desenvolvimento de um Direito Preventivo. Por conseguinte, é necessário que se busque amparo em novo paradigma, apto a contemplar a interdisciplinaridade, a complexidade e a contingência dos negócios, reduzindo, assim, as possibilidades de desapontamentos no futuro.

A sociedade contemporânea possui como uma de suas características a funcionalidade sistêmica. As comunicações diferenciam-se por meio de seus códigos binários. Formam-se diversos subsistemas. Cada sistema é caracterizado pela sua funcionalidade e por seus próprios códigos. Desses sistemas, interessam aqui o político, o jurídico e o econômico. O sistema político opera por meio de seus códigos binários de poder/não poder, em que as seleções internas produzem comunicações próprias: leis, portarias, decretos etc. Sua produção provoca e se comunica com o sistema jurídico, pois esse recebe valores já escolhidos, tendo que atuar com base neles, no objetivo de garantir a manutenção das expectativas normativas de toda a sociedade, inclusive, do sistema econômico.¹⁰⁹

A sociedade não deve se limitar ao desenvolvimento exclusivo das gerações presentes, pois há de se ter um compromisso com as futuras gerações, motivo pelo qual a

¹⁰⁹ Sobre a função dos sistemas político e jurídico, CAMPILONGO, Celso. Governo representativo “versus” governo dos juizes: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFBA, 1998. p. 58.

sustentabilidade passa a ser uma importante premissa para que a sociedade se perpetue. E como os humanos são responsáveis pela forma como os efeitos de hoje serão acolhidos pelo futuro, e isso em todos os aspectos, sejam eles ambiental, histórico, cultural, econômico dentre outros. Assim, é necessário usufruir corretamente dos recursos ambientais para que haja condições favoráveis para as futuras gerações.¹¹⁰

É importante para o desenvolvimento de um Direito que se quer preventivo a noção e o conceito de sustentabilidade. É necessário perceber que a sociedade hodierna não pode mais abrigar a concepção de liberal de desenvolvimento. Assim, o Estado passa a ser cobrado a estabelecer procedimento de equilíbrio entre o desenvolvimento social e econômico e a utilização de recursos naturais, sendo de fundamental importância a questão da sustentabilidade, sendo a preservação do meio ambiente o norte para a tomada de decisões, visto que a degradação do meio ambiente implicará na redução da capacidade do desenvolvimento de todo o sistema social, impossibilitando, inclusive, que as futuras gerações venham a desfrutar com qualidade a vida.¹¹¹

E no que concerne a questão do desenvolvimento sustentável, tem-se a importante lição de Paulo Bessa Antunes, em que dispõe que a sociedade necessita e de condições preventivas e não meramente reparadora:

As ambiguidades suscitadas do DA como integrante do conhecimento jurídico fazem com que, mesmo timidamente, não se possa deixar de observar que faz-se necessária uma completa reformulação da maneira pela qual, majoritariamente, são observadas as complexas relações entre o desenvolvimento econômico e social. O ideal seria que já tivéssemos atingido um grau de maturidade política, econômica e social que nos possibilitasse fundir o Direito Econômico com o DA e instituir um Direito do Desenvolvimento Sustentável que pudesse, em um conjunto coerente e harmônico de normas jurídicas, princípios e jurisprudências, fundado essencialmente em concepção preventiva, criar mecanismos de desenvolvimento com proteção ambiental. O DA tem como alicerce o conceito de correção de impactos negativos passados; o que se necessita é de uma ação preventiva e não meramente reparadora. Por outro lado, muitas vezes, a aplicação inadequada de normas “ambientais” tem gerado situações que podem ser caracterizadas como injustiça social.¹¹²

Sendo assim, há de se ter um maior comprometimento para deter o desenvolvimento descompromissado com o meio ambiente e com as futuras gerações. É necessário, também, o

¹¹⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 66

¹¹¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. p. 83-90.

¹¹² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

desenvolvimento de um Direito Preventivo, que não atue ancorado em procedimentos meramente reparatórios, mas que atue fundamentalmente levando em conta a sustentabilidade como no objetivo de proporcionar maior bem-estar na atual quadra histórica e para as futuras.

E a hodierna Constituição brasileira foi melhor elaborada no sentido de permitir um desenvolvimento mais sistêmico. Isso porque a Constituição Federal de 1988 modificou o tratamento jurídico atrelado ao meio ambiente, havendo maior preocupação com os recursos naturais e com a sua utilização racional. Logo tem-se a lição de Paulo de Bessa Antunes:

A Constituição Federal de 1988, naquilo que diz respeito ao meio ambiente e à sua proteção jurídica, trouxe imensas novidades em relação às Cartas que a antecederam. As Leis Fundamentais anteriores não se dedicaram ao tema de forma abrangente e completa: as referências aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática, com pequenas menções aqui e ali, sem que se pudesse falar na existência de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente. Os constituintes anteriores de 1988 não se preocuparam com a conservação dos recursos naturais e com a sua utilização racional.¹¹³

Percebe-se, por meio dos ensinamentos de Antunes, que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se com Direito, deveres e princípios ambientais. E essa preocupação não teve como objetivo impedir o desenvolvimento econômico, mas sim permitir uso de bens ambientais de forma mais racionalizada, para que a ação do homem não venha a prejudicar ou por em risco as futuras gerações. Tal como trabalhado no primeiro capítulo, o homem cria o Estado porque é sabedor do seu potencial destrutivo. E o Estado, por meio da Constituição, ao menos de forma escrita, parece estar entregando a sociedade mecanismos de proteção para que o homem possa bem viver o hoje sem prejudicar a vida de suas próximas gerações.

Destarte, fortemente amparado pela Constituição Federal, o Direito passa a se preocupar com a redução de riscos dos negócios desenvolvidos na sociedade. Assim, para que o Direito possa atuar preventivamente nos negócios, torna-se necessário que se façam acoplamentos estruturais entre a Política, o Direito e a Economia.

A Constituição Federal é o exemplo clássico de acoplamento estrutural, pois por meio dela se promove a referida ligação entre o sistema jurídico e o político.¹¹⁴ Funciona como fator de exclusão e inclusão. Acaba por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é vista como mecanismos de irritação do sistema por trazer nova comunicação. Os negócios também são um acoplamento estrutural do sistema parcial do Direito e da Economia ou vice-versa. De acordo com Luhmann “quando o Direito

¹¹³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ibidem*. p. 51.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 53.

responde a demandas e interesses econômicos, em um âmbito secundário ele já está lidando com a economia”.¹¹⁵ Ainda em Luhmann:

[...] O Direito tem seu próprio conceito de interesses, porém isso se aplica exclusivamente à rede das próprias operações do Direito. Interesses econômicos tornam-se “homogeizados” por aquelas operações, são despidos de sua relevância econômica específica (por exemplo, de seu valor monetário) e abstraídos na forma de interesses puros. De modo correlativo, são classificados segundo interesses juridicamente protegidos/juridicamente não protegidos, de acordo com o código jurídico. Isso pressupõe que o sistema jurídico e o sistema econômico encontram-se estruturalmente acoplados [...] tanto no sistema econômico como no do Direito existem condições mínimas para a autopoiese, em relação às quais se faz necessário superar em duração toda a mudança de estrutura (por exemplo, os preços) para que a reprodução autopoietica continue. Trata-se aqui, no entanto, de condições factuais, e não de condições normativas. No sistema jurídico, a conformidade, lícito e o ilícito, que mutuamente se excluem, devem ser diferenciáveis. No sistema econômico, deve-se sempre determinar quem tem e quem não tem capacidade de disposição em relação a certos bens (no sentido mais amplo do termo, que inclui dinheiro e serviços). Assim como o código do Direito, como condição da condicionalidade do sistema, transcende a todo o programa, também a codificação da economia constitui-se exigência que deve ser compatível com qualquer tipo de distribuição.¹¹⁶

Os negócios encontram suas bases de operações na economia. Todavia, o mesmo raciocínio não é válido para o sistema jurídico, pois há inúmeras decisões jurídicas que não possuem relação com os negócios, tais como o Direito à liberdade sexual e à prática religiosa. Se a sociedade deixasse de realizar negócios, certamente o sistema econômico desapareceria. Os negócios, para o Direito, é um ramo entre outros tantos. Dessa forma, quando o Direito processa as informações atinentes aos negócios que são desenvolvidos na sociedade, ele não atua a partir de códigos binários de pagamento e não pagamento, mas opera analisando se o negócio é válido ou não, ou seja, por meio de seus próprios códigos binários: Direito e não Direito.¹¹⁷

Consequentemente, ocorre um processo autopoietico de comunicação, ou seja, a troca de comunicação entre os vários sistemas como Direito e Economia. Ademais, os sistemas da política e do Direito deverão se estruturar de forma complexa, o que não acontece quando se encontram vinculados pelo poder “privado” da pressão e da corrupção. De acordo com Luhmann:

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 606.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 606-609.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990. p. 35-36.

À medida que o sistema político, por um lado, e o sistema jurídico por outro, encontram-se vinculados pelo poder “privado” da pressão, do terror da corrupção, nem um, nem outro sistema, se é que é possível distingui-los, chega a adquirir grau elevado de complexidade. Por meio das Constituições, chega-se então, em razão da *limitação* das zonas de contrato de ambas as partes, e um *enorme incremento* de irritabilidade recíproca – maiores possibilidades, por parte do sistema jurídico, de registrar decisões políticas em forma jurídica, mesmo havendo mais possibilidades de a política se valer do direito para implementar seus objetivos. [...] Podemos dizer, em suma, que a Constituição provê soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política. Trata-se de uma Constituição do “Estado”, isto é, supõe-no como objeto real que demanda uma Constituição. Não é só texto em si mesmo, mas unicamente o Estado Constitucional o que desempenha a função de acoplamento – Independente de esta ser concebida como povo-em-forma, como instituição, como organização ou, simplesmente, como “*Governmet*”.¹¹⁸

O acoplamento que ocorre entre o Direito e a política na Constituição auxilia o sistema jurídico a lidar com sistemas diferenciados, tais como o da economia monetária, as famílias privatizadas, as organizações estatais politicamente programadas, ou seja, vê-se obrigado a contar com correlativos acoplamentos estruturais e reformular sua relação com sistemas de consciência. A comunicação que se estabelece não retira a autonomia do Direito em relação aos demais sistemas, permitindo, assim, maior liberdade quanto aos critérios que deverão ser observados na tomada de decisão. Mas para que as tomadas de decisões não sejam arbitrárias e não venham a sofrer a contingência por serem legitimadas por seu procedimento, o Direito pode ser mudado, desde que dentro do quadro constitucional. De acordo com Luhmann:

Deve ver-se que, desse modo, o paradoxo da constituição do Direito é afastado apenas na união intersistêmica entre Direito e política – que fica numa “terra de ninguém” (Niemandland) por assim dizer. A política pode criar o Direito, sob a condição de que ela proceda segundo ele. Dessa forma, tem-se uma tautologia desenvolvida como hierarquia de normas: o Direito pode ser mudado [mas somente] dentro do quadro constitucional. Este pode ser mudado, por sua vez, somente dentro de seus próprios limites. Estes limites são protegidos por regulamentos internos do parlamento, os quais não permitem que as propostas (Anträge) sejam tratadas de uma forma tal que violem a autolimitação da mudança constitucional¹¹⁹

A Constituição, portanto, transforma-se num instrumento de limitação das influências recíprocas entre o Direito, a Política e a Economia. Sendo que o Direito pode ser usado pela política como instrumento de realização dos objetivos políticos e, ao mesmo tempo, a política

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 632-641.

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 39.

pode ser utilizada pelo Direito como fonte para as decisões judiciais, isto é, ambos servem para assegurar maior estabilidade nos negócios desenvolvidos na sociedade.

Exsurge, assim, a possibilidade do desenvolvimento de um Direito Preventivo como subsistema funcional, autônomo e autopoietico, logo não determinado por nenhum componente do ambiente, e capaz de reproduzir internamente seus elementos constitutivos, que geram sua organização interna de forma circular e recursiva.

Luhmann possibilita essa abordagem do Direito Preventivo por ter identificado a comunicação como sendo o único tipo de operação que produz o sistema, na medida em que é a única que “tem a capacidade de articular operações anteriores com as subsequentes”.¹²⁰

Mas é importante perceber que a delimitação semântica do conceito de acoplamento estrutural implica reconhecer que os acoplamentos não são produtores de operações, sendo apenas um ambiente de interações e de irritações do sistema que, por sua vez, pode propiciar que este sistema reproduza novas operações. As irritações, portanto, são formas pelas quais o sistema registra e apreende o meio. Assim, ressalta Luhmann:

“Las irritaciones surgen de una confrontación interna de acontecimientos (em um primer momento no especificados) com posibilidades propias, sobre todo com estructuras estabilizadas, com expectativas. Por tanto no xiste ninguna irritación que provenga del entorno del sistema. Siempre se trata de una construcción propia del sistema, e una autoirritación – naturalmente que posterior a influjos provenientes del entorno”.¹²¹

O acoplamento é um acontecimento momentâneo, ou seja, surge como uma fusão estrutural e logo se desfaz. Ou seja, o acoplamento não pode ser considerado como planejamento entre os sistemas envolvidos, pois são acontecimentos complexos que visam:

[...] não se pode considerar tais acoplamentos como planejamento entre os sistemas envolvidos ou como uma fusão estrutural entre eles: tais sistemas permanecem fechados sob sua própria estrutura. Acoplamentos estruturais ocorrem corriqueiramente na sociedade moderna levando os sistemas sociais a níveis maiores de complexidade e diferenciação. Alguns exemplos de acoplamentos estruturais entre sistemas pode ser verificados nos impostos

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 90.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana. 2006. p. 87. “As irritações surgem de uma confrontação interna de acontecimentos (em um primeiro momento não especificados) com posibilidades próprias, sobretudo com estruturas estabilizadas, com expectativas. Portanto não existe nenhuma irritação que provenha do entorno do sistema. Sempre se trata de uma construção própria do sistema, é uma auto-irritação, posterior a influxos provenientes do entorno”. [tradução livre].

(acoplamentos entre política e economia), na constituição (Direito e política), no contrato (Direito e economia)¹²²

Assim, por meio da Constituição Federal é possível estabelecer o acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico e econômico, para, a partir daí, estruturar um Direito de atuação preventiva, que permita a realização de negócios mediante critérios em que o interesse dos privados não se sobreponha aos interesses da sociedade. Ao mesmo tempo em que o Direito inclui, exclui.

Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico, tudo em busca da coevolução social.

3.3 Análise de Caso: o Desastre em Mariana

“Não, Bento acabou. Bento foi um lugar que existiu e não existe mais. Virou fantasma, não existe mais nada lá além de umas seis casas de sobra. Mas acabou. Foi uma catástrofe.”¹²³

O caso do rompimento da barragem de Fundão, ocorrido no dia 05 de novembro de 2015, na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto, cerca 100km de Belo Horizonte, vem sendo considerado o maior desastre ambiental provocado pelo homem no Brasil¹²⁴. O rompimento da barragem pertencente à mineradora Samarco e controlada pelas empresas Vale do Rio Doce e BHP Billiton, evidencia a importância de se pensar um modelo negócios atrelado à sustentabilidade e a gestão de riscos. É preciso compreender os impactos que a atividade econômica das organizações pode causar aos mais diversos sistemas da sociedade, motivo pelo qual, cada vez mais, torna-se necessário estabelecer procedimentos quando das tomadas de decisões. De modo que os riscos mapeados venham a ser mitigados, a fim de reduzir a contingência inerente ao negócio desenvolvido na sociedade complexa e contingente. Por meio da foto abaixo, pode-se ver o quanto são imensuráveis os desastres que, muitas vezes por omissão do homem, poderia ser evitado:

¹²² LUHMANN, Niklas. **A sociedade como sistema**/Léo Peixoto Rodrigues, Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 94.

¹²³ Moradora de Camargos, em GLOBAL.Disponível: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vale-de-Lama-Justi--a-Global.pdf>. p. 1. Acesso em 25/07/2016.

¹²⁴ Disponível: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html>. Acesso em 19/07/2016.

Figura 2 – Foto do Desastre (MG)¹²⁵.

A imagem é resultado de uma combinação de negligência e descaso, que torna tais tragédias tristemente comuns no país. No desastre de Mariana, há evidências de que uma das possíveis causas esteja atrelado ao fato de que a distância entre os rejeitos da mineradora e a barragem não era suficiente, tanto do ponto de vista de estrutura de projeto quanto em caso de desestabilização da pilha de rejeitos, ou por conta de algum processo de erosão natural do solo. A enxurrada de lama advinda desse desastre devastou o distrito de Bento Rodrigues, deixando um rastro de destruição. Várias pessoas ficaram desabrigadas, sem contar aquelas que perderam a vida na tragédia. Além disso, os impactos ambientais são incalculáveis e, muitos deles, irreversíveis. Após avançar pelo Rio o Doce, a lama seguiu por cidades Minas Gerais e do Espírito Santo, chegando ao oceano Atlântico 16 (dezesseis) dias após o ocorrido.¹²⁶

De acordo com o Laudo Técnico Preliminar do IBAMA de 26 de novembro de 2016:

¹²⁵ O Globo. Foto: Daniel Marengo / Ag. O Globo. Disponível: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>. Acesso em 20/08/2016.

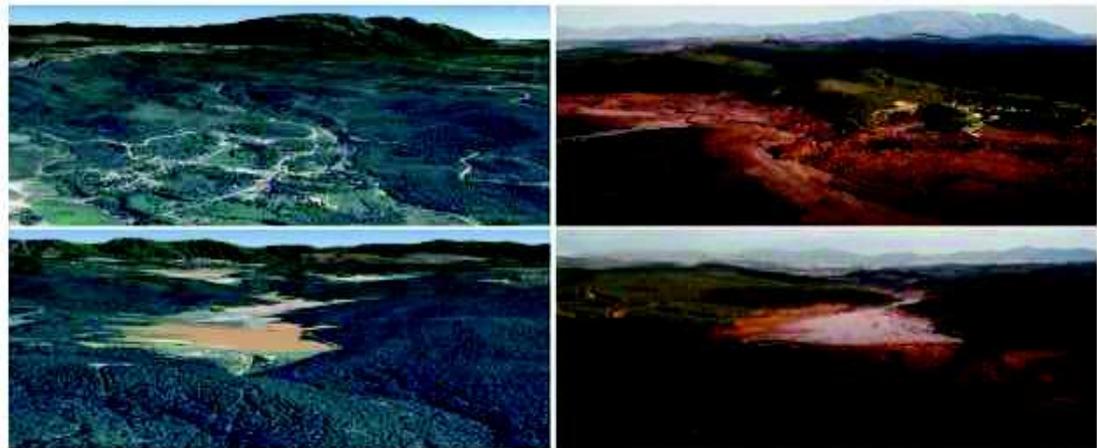
¹²⁶ O Globo. Disponível: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>. Acesso em 20/08/2016.

“No dia 05/11/2015 ocorreu o rompimento da barragem de Fundão pertencente ao complexo minerário de Germano, no município de Mariana/MG. A barragem continha 50 milhões de m³ de rejeitos de mineração de ferro. Trata-se de resíduo classificado como não perigoso e não inerte para ferro e manganês conforme NBR 10.004. Trinta e quatro milhões de m³ desses rejeitos foram lançados no meio ambiente, e 16 milhões restantes continuam sendo carreados, aos poucos, para jusante e em direção ao mar, já no estado do Espírito Santo. Portanto, pode-se dizer que o desastre continua em curso. Inicialmente, esse rejeito atingiu a barragem de Santarém logo a jusante, causando seu galgamento e forçando a passagem de uma onda de lama por 55km no rio Gualaxo do Norte até desaguar no rio do Carmo. Neste, os rejeitos percorreram outros 22 km até seu encontro com o rio Doce. Através do curso deste, foram carreados até a foz no Oceano Atlântico, chegando no município de Linhares, no estado do Espírito Santo, em 21/11/2015, totalizando 663,2 km de corpos hídricos diretamente impactados. [...]”¹²⁷

Percebe-se do Laudo que o desastre impactou diretamente em 663,2 km de corpos hídricos, deixando um rastro de destruição e danos ambientais e sociais imensuráveis.

Observa-se nas imagens¹²⁸ o antes e o depois do desastre:

Figura 3 – Foto demonstrando o antes e o depois do Desastre (MG).



Corroborando as dificuldades de mensuração dos impactos causados pelo desastre, percebe-se através de Carvalho o quanto é difícil descrever a magnitude do evento:

Em virtude da magnitude exponencial do evento, constatam-se uma significativa limitação e grande dificuldade para descrever, de forma suficientemente abrangente, toda a complexidade e interconectividade dos impactos ambientais e humanos decorrentes da ruptura da barragem. Os números, contudo, são capazes de demonstrar a grandeza dos efeitos negativos ocasionados pelo desastre bem como atestam uma enorme

¹²⁷ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Disponível: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf. Acesso em 20/08/2016. p. 03.

¹²⁸ Disponível: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/volume-vazado-em-marianaequivalente-13-da-capacidade-da-guarapiranga.html>. Acesso em 19/07/2016.

diversidade na tipologia destes impactos. Trata-se, portanto, de tarefa inviável para o presente estudo a descrição de toda a abrangência e dos efeitos globais do presente acidente industrial, tendo muitos ainda nem sido diagnosticados, em virtude de seus efeitos secundários.¹²⁹

De acordo com o prefeito de Mariana, no âmbito econômico estima-se que 80% da arrecadação da cidade vinha da atividade mineradora da unidade de Germano. São R\$ 9 milhões por mês só com o imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Com a paralisação da empresa Samarco, programas sociais como Escola Integral estão ameaçados.¹³⁰

Passados mais de oito meses do desastre, que agora já é considerado o maior do país, em julho de 2016, o que ainda impera é a incerteza. De acordo com a revista EXAME a Samarco poderá retomar as atividades no último trimestre do ano 2016, mas com apenas 60% da capacidade produtiva. Para que a Samarco volte a operar com plena capacidade, ainda não há previsão e sequer solução.

Em 2014, a Samarco faturou 2,6 bilhões de dólares e lucrou mais de 1 bilhão de dólares. No ano do desastre, 2015, o prejuízo chegou perto de 1,3 bilhão de dólares¹³¹. Ou seja, pode-se perceber que o prejuízo econômico advindo do desastre atinge a esfera pública e a privada. Conforme o prefeito de Mariana, o distrito deixou de arrecadar R\$ 9 bilhões por mês em ICMS, ao tempo que a Samarco arcou com um prejuízo de 1,3 bilhão de dólares somente em 2015.

O entorno do distrito de Bento Rodrigues foi devastado pelo rompimento das barragens e na medida em que a lama foi avançando pelo Rio Doce e fluentes o rastro de destruição foi se acentuando. Além dos moradores desse distrito, toda a população residente na bacia do Rio Doce, ou seja, aproximadamente três milhões de pessoas, sofreu e continuará sofrendo por tempo indeterminado os impactos do desastre em razão dos danos causados pela deposição de rejeitos no leito do rio.

Muitos são os impactos e, ao que parece, poucas as resoluções.

¹²⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos.** Em *Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21*. Organizadores Antônio Herman Benjamin e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 60.

¹³⁰ G1. Disponível: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html>. Acesso em 18/07/2016.

¹³¹ EXAME. Disponível: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/111602/noticias/oito-meses-apos-desastre-futuro-da-samarco-ainda-e-incerto>. Acesso em 16/07/2016.

3.3.1 Da Ausência da Cultura de Prevenção de Riscos

“O capitalismo reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado.” Eros Grau.¹³²

Em 2009, a Samarco encomendou um plano para que houvesse o monitoramento 24 horas de suas barragens, bem como a adoção de um sistema para ser utilizado em situações emergência. Entretanto, por questões econômicas atreladas à crise, as medidas em questão não foram implementadas¹³³. Assim, a Samarco deu continuidade às suas operações sem um plano de prevenção ou contingência¹³⁴, pois não possuía sistemas de alarme sonoro, exigidos em lei, nem pessoal qualificado para dar assistência à população em caso de emergência.¹³⁵

Ademais, conforme se observa dos depoimentos prestados por moradores que sofreram com os impactos do desastre, a Samarco teria conhecimento sobre os riscos da barragem, bem como da ausência de qualquer procedimento de alerta.

E nesse ponto, no objetivo de dar maior clareza à falta de planejamento por parte da Samarco, veja-se os relatos de moradores dos distritos atingidos pelo desastre, entrevistados pela Justiça Global¹³⁶ em 14 de novembro de 2015.

Morador de Bento Rodrigues:

[...] não avisaram nada. Foram os moradores do local mesmo que, Graças a Deus são todos amigos e empenhados, que já viviam com essa história de barragem, que conseguiram salvar todo mundo. Uma menina que trabalhava na área da Samarco, lá embaixo, em Bento Rodrigues, na Fazenda que foi levada também pela lama, ela ouviu no rádio e saiu chamando toda a comunidade e deu tempo de salvar muitos por causa dela. [...]

E uma moradora de Camargos, ao ser questionada sobre a existência de um plano de alerta também ressaltou a ausência do mesmo:

¹³² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 136.

¹³³ Informação disponível no **Relatório Antes fosse mais leve a carga**: uma avaliação dos aspectos econômicos e sociais do desastre da Vale/BHP/Samarco em Mariana (MG), elaborado pelo Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade – PoEMAS. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-versão-final.pdf>>. Acesso em: 18/07/2016.

¹³⁴ Leia-se contingência dentro da perspectiva trabalhada por Niklas Luhmann, ou seja, como possibilidade de dano futuro.

¹³⁵ *Ibidem*. Relatório Antes fosse mais leve a carga.

¹³⁶ GLOBAL. Disponível: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vale-de-Lama-Justi--a-Global.pdf>. Acesso em 25/07/2016. p. 10.

Não, uns dois dias antes a gente escutou uma explosão, aquela explosão muito forte, uma serração assim vermelhada, tudo aqui assim. Ainda pensei, oh gente, o que que é isso? Será que é fogo lá na serra? A gente pensou que era isso, mas não era não, já era mesmo da represa né?

E na sequência do depoimento dessa moradora, é possível observar a possibilidade de que a Samarco teria conhecimento prévio dos perigos de rompimento da barragem:

A Samarco, acho que ela tem responsabilidade sobre isso porque já participei de várias reuniões na Samarco e eles nunca tocaram neste assunto dos resíduos, de que podia estourar a represa em qualquer momento. Só explicava para nós como saía o minério, deram cursos para nós de culinária, de doces. Mas nunca falaram sobre isso. Jamais a gente podia imaginar. Ouvi falar que eles sabiam que se esta represa podia estourar, ela não comportava tanto resíduo, que ia descer, que podia vir para Camargo. Mas eles nunca mencionaram isso. Porque falha foi. Foi uma falha porque antes disso, porque eles já sabiam que corria risco essa represa. Então qual a obrigação deles? De colocar a sirene aqui e no Bento, em vários setores. Mas nunca fizeram nada. Achou que nunca ia acontecer. Espera acontecer pra depois agir. Então foi uma falha muito grande. Eu acho, considero assim, não entendo de geologia, não entendo de nada, mas eu acho que foi uma falha muito grande deles com o ser humano e com o meio ambiente [...]

Percebe-se que em todos os depoimentos uma fala uniforme no sentido de que o risco de rompimento da barragem era conhecido. Não obstante, em 2009, por questões de caráter econômico, a Samarco deixou de implementar o plano de monitoramento e prevenção na barragem, ou seja, ao que parece, tomou uma decisão que se distancia, e muito, dos critérios da teoria sistêmica aqui trabalhada, na medida em que não se preocupou com a coevolução do sistema, deixando de investir no desenvolvimento sustentável para angariar mais lucros.

O resultado prático dessa tomada de decisão que, ao que parece, foi motivada por critérios econômicos, provocou prejuízos imensuráveis ao meio ambiente, ao desenvolvimento social dos distritos afetados e, obviamente, às futuras gerações.

Ou seja, quando da tomada de decisão pela não implantação do plano de monitoramento e prevenção de riscos na barragem, a Samarco adotou critérios que contrariaram a sustentabilidade Constitucional e violam Direitos das futuras gerações. Assim sendo, nota-se como leciona Carvalho:

No texto constitucional, o termo “futuras gerações” consiste em uma semântica construtivista que tem a função de oferecer parâmetros para análise de critérios constitucionais, para decisões jurídicas e políticas acerca da aceitabilidade ou não dos riscos ambientais. [...] O termo futuras gerações demonstra sua utilidade na pragmática jurídica como critério para ponderação entre interesses, bens jurídicos e Direitos fundamentais

conflitantes. Portanto, tal igualdade entre as gerações de acesso aos recursos naturais estabelece que cada geração passe o legado ambiental em condições não inferiores às recebidas, resguardando a equidade de acesso aos seus recursos e benefícios. Neste sentido, a noção de futuras gerações tem sido utilizada como critério de ponderação para solução de conflitos entre os interesses jurídicos legítimos, fornecendo parâmetros decisoriais para o sopesamento e a reflexão acerca da preponderância de uns sobre os outros.¹³⁷

Na sequência, Carvalho ampara sua posição de que um bom exemplo do uso pragmático e construtivista do termo futuras gerações, como critério a ser observado nas tomadas de decisões. Pode ser visto no relevante julgamento do Supremo Tribunal Federal que, quando da análise da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 101 – proibiu a importação pneumáticos de países europeus, o que se observa da transcrição abaixo:

O argumento dos interessados de que haveria violação ao princípio da livre concorrência e livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.

No caso do desastre em Mariana, parece que a empresa Samarco não ponderou o peso jurídico de sua tomada de decisão. Ao não ter implementado o plano de monitoramento e prevenção em 2009 e com o desastre ocorrido, a Samarco não apenas causou danos ao presente, eis que as futuras gerações também sofreram os impactos negativos em razão da magnitude dos danos provocados ao meio ambiente.

Ainda, em artigo específico sobre o desastre de Mariana, Carvalho aponta que após a tradição jurídica focada em posturas corretivas, passa a ganhar relevância o desenvolvimento de estratégias de prevenção, como:

Assim, após uma tradição jurídica centrada em atuações meramente corretivas, a legislação brasileira passa a enfatizar a centralidade da prevenção e, conseqüentemente, *a necessária gestão dos riscos em todas as fases do círculo dos desastres*. A gestão dos riscos, ganha relevância quer no desenvolvimento das estratégias de prevenção ou mesmo nas de resposta aos desastres, *mitigando* o desastre em questão ou mesmo *prevenindo* novas ocorrências. [...] Contudo, de forma generalizada, pode ser observada uma baixa cultura para gestão de riscos no país, ainda mais de desastres, talvez

¹³⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro**: A responsabilização civil pelo risco ambiental. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 70.

por uma equívoca compreensão de que o país seria historicamente imune a desastres. Outro fator parece ser uma baixa sensibilidade jurídica às informações científicas. Note-se que esta insensibilidade institucional ao risco catastrófico se reflete em uma ausência de comprometimento com necessária gestão circular dos riscos catastróficos em todas as fases de um evento extremo, ou seja, na prevenção, na resposta de emergência, na compensação e na reconstrução.¹³⁸

Essa relevância dos planos de prevenção pode ser vista como um legado deixado pelo desastre, na medida em que a possibilidade de, a partir do mesmo, poder ser trabalhado com maior seriedade a implementação de planos de prevenção, pois a sociedade não pode ser exposta a perigos em razão de tomadas de decisões que tenham por base apenas um objetivo arrecadatório, ou seja, econômico. Isso porque o desastre não é apenas o rompimento da barragem em si, mas se completa em razão da ausência de planejamento ordenado de respostas, bem como pela ausência de um sistema de alarme efetivo e, ainda, a inocorrência de descrição documental antecipada de piores cenários são apenas alguns exemplos que têm relação direta com a dimensão catastrófica do evento.¹³⁹

E a ausência da cultura para implementação dos planos de prevenção é tão acentuada, que muitas vezes tais planos são elaborados apenas para cumprir uma função formal e burocrática, não havendo a real preocupação com os potenciais riscos advindos do negócio. Nessa sequência é o apontamento feito por Carvalho:

Também, por ausência de clareza nos conteúdos mínimos exigidos e na padronização para confecção e apresentação de planos de barragem e de emergência exigidos, estes acabam exercendo uma função meramente formal e burocrática. Um dos pontos nesta direção é a baixa relevância atribuída aos Planos de Emergência ou Contingência, necessários para atividades de grande impacto e cidades sujeitas a desastres.¹⁴⁰

Os planos de prevenção, tais como os de emergência ou contingência exigem verdadeiros estudos de planejamento para mitigar o impacto e a vulnerabilidade diante da ocorrência de desastres. Ademais, são os planos de prevenção criam maiores possibilidades na reconstrução, orientando as ações de respostas, sendo de fundamental importância na adoção

¹³⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos.** Em Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21. Organizadores Antônio Herman Benjamin e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 68.

¹³⁹ CARVALHO, Délton Winter de. *Ibidem.* p. 69.

¹⁴⁰ CARVALHO, Délton Winter de. *Idem.*

dos procedimentos que racionalmente deverão ser adotados para reduzir riscos previsíveis,¹⁴¹ tudo para evitar a propagação mais intensa de danos.

3.3.2 O Despreparo para Reparação Jurídica Frente ao Desastre de Mariana

Não se pode olvidar que a responsabilidade pelo dano ambiental causado em razão do desastre de Mariana passa a ter uma dimensão de extrema relevância nos sistemas social, econômico, político e jurídico por denotar também uma questão de sobrevivência humana. Nessa perspectiva, os sistemas são irritados a dar respostas no objetivo de equacionar as mais variadas problemáticas. Já, as fragilidades na resolução dos problemas são tantas que, em alguns casos, pode-se concluir que muitos problemas já existiam antes mesmo do desastre.

Aqui o enfoque será no despreparo para o alcance jurídico de uma resolução rápida e razoável para o caso. E sobre o assunto, merece destaque o apontamento feito por Carvalho, no qual é possível perceber que até mesmo o Poder Judiciário carece de planos de contingência, fator esse que retarda ainda mais a fase de compensação e, conseqüentemente, agrava os impactos destrutivos. Assim, veja-se:

Já a *fase de compensação* das vítimas e do ambiente houve uma explosão de litigiosidade judicial com demandas individuais e coletivas que trazem à tona a fragilidade do Judiciário para lidar com situações de atendimento jurisdicional a desastres. A relação entre desastres e a atuação do judiciário não é nova, tendo sido observada no pós-desastre do Furacão Katrina e no atentado terrorista de 11 de Setembro. No cenário nacional, o desastre decorrente de inundações bruscas na região serrana do Estado do Rio de Janeiro em 2011 redundou na Recomendação 40 do CNJ de 2012, cujo conteúdo recomenda aos Tribunais Estaduais a confecção de Planos de Contingência para o Judiciário conseguir manter suas operações em casos extremos. Não obstante esta recomendação ser direcionada prioritariamente aos desastres chamados naturais, nada impede sua utilização para os chamados desastres antropogênicos. Os Planos de Emergência para desastres naturais são geralmente confeccionados por entes públicos, ao passo que Planos inerentes a acidentes industriais são prioritariamente elaborados pelas entidades privadas geradoras de tais riscos.¹⁴²

Essa ausência do plano de contingência pelo Poder Judiciário irá comprometer a fase do círculo de gestão de risco, que é trabalhado por Farber como estudos voltados ao

¹⁴¹ CARVALHO, Délton Winter de. **Aspectos normativos dos Planos Diretores de Bacia Hidrográfica e a irradiação de efeitos sobre instrumentos de ordenação territorial**. (no prelo) p. 12

¹⁴² CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos**. Em *Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21*. Organizadores Antônio Herman Benjamin e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 69.

gerenciamento de desastres, estudos esses que abordam a questão de forma ampla, incluindo prevenção, resposta e reparação.¹⁴³

Farber demonstra que o ciclo de desencadeamento advindo dos desastres, no qual a compreensão torna-se fundamental para qualquer análise, seja acerca de sua prevenção, deve ser adotada assim que ocorrido o fato. O ciclo dos desastres trabalhado por Farber parte de estágios de prevenção e mitigação da ocorrência do desastre, da resposta de emergência, das formas de compensação e, ainda, dos meios de reconstrução. O risco é o fator que irá movimentar todas as fases do ciclo. Assim, por meio do quadro abaixo, fica mais claro no ciclo proposto por Farber¹⁴⁴:

Figura 4 – Ciclo de desastres de Daniel Farber



Carvalho, a partir do ciclo de desastres elaborado por Farber, leciona:

Pode ser dito, assim, que o *Direito dos Desastres* é constituído, em sua unidade e identidade, por uma integração entre os diversos estágios e estratégias que envolvem a descrição e a análise de um evento desta natureza (prevenção e mitigação; resposta de emergência; compensação; reconstrução). Este ramo desempenha um papel de destaque em todas as fases que envolvem um desastre, com advogados, membros do judiciário, gestores públicos, devendo adotar medidas de antecipação e respostas de uma maneira coordenada.¹⁴⁵

¹⁴³ FARBER, Daniel. *Disaster law and emerging issues in Brazil*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 2-15, jan./jun., 2012. p. 10.

¹⁴⁴ FARBER, Daniel. *Ibidem*. p. 11.

¹⁴⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos**. Em Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21. Organizadores Antônio Herman Benjamim e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 66.

O que há de comum, portanto, é que todas as fases exigem uma necessária gestão de riscos, devendo todos os órgãos envolvidos adotarem medidas de antecipação para que as respostas sejam adequadas de maneira coordenada, tudo para mitigar os impactos do desastre, seja no âmbito ambiental, econômico ou social.

No que concerne à ausência de plano de contingência por parte do Poder Judiciário, destaca-se que em meados de julho de 2016, ou seja, passados mais de oito meses do desastre, ainda não se tem um acordo que possa razoavelmente recompor a vida das pessoas e reduzir os impactos ambientais. De acordo com o Ministério Público Federal, o acordo anunciado no início do mês de março de 2016, entre Governos, Samarco, Vale e BHO Billiton “só se preocupa com o patrimônio das empresas e os reflexos financeiros sobre as mineradoras” e não com o meio ambiente ou as pessoas afetadas pelo desastre.¹⁴⁶

Carvalho, amparado em consistentes relatórios e laudos técnicos, assim descreveu os impactos humanos diretos causados pelo desastre:

No que toca a ocorrência de danos humanos diretos e indiretos em escala microrregional, houve um total de 10.482 pessoas afetadas pelo desastre, segundo o *Relatório de Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG*. O evento teve drásticos impactos diretos sobre a comunidade e região afetadas. Dentro desta categoria encontram-se os efeitos negativos sobre a saúde pública e às condições fundamentais de segurança das pessoas. Ainda, abrangidos neste conceito encontram-se os danos sobre os elementos simbólicos e o acesso à educação da população atingida. Por fim, os impactos sobre as formas de organização social. Assim, compreendidos no primeiro grupo foram identificadas pessoas feridas, mortas, psicologicamente abaladas, entre outros. Outro grave impacto consistiu na ocorrência de problemas relacionados à interrupção dos serviços de segurança da população afetada, seja pela suspensão de suas condições temporárias de abrigo à população seja pela ocorrência de saques em propriedades que, apesar de não terem sido destruídas, não apresentavam condições para manterem-se ocupadas. Obras de arte sacra também foram objeto de saques e destruição, sendo esta uma região de destacada riqueza histórica e cultural. Houve, também, a interrupção da prestação de serviços de ensino na região afetada. Apenas em Barra Longa, aproximadamente 1.000 (mil) alunos ficaram sem aulas nas escolas da rede municipal e estadual. Ainda, a alteração das atividades rotineiras, a separação de vizinhos, são alguns dos fatores de impacto sobre a organização social.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BBC. Disponível: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160302_acordo_samarco_mpf_rs. Acesso em 17/07/2016.

¹⁴⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016**: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos. Em *Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21*. Organizadores Antônio Herman Benjamim e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 62-63.

Percebe-se da análise de Carvalho que os efeitos negativos sobre a saúde pública e as condições fundamentais de segurança das pessoas. O fator propulsor do desastre, até pelo que se pode extrair dos depoimentos dos moradores, parece estar pautado na obtenção não sustentável de lucros, eis que a atividade da mineradora parece ter focado apenas no lado econômico, esquecendo-se do lado social e ambiental. Isso tudo porque “o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assumida pela norma de direito objetivo”¹⁴⁸. Ademais, a propriedade continua a ser um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade¹⁴⁹. Observa-se a partir dos apontamentos feitos por Carvalho, que os impactos ambientais advindos do desastre estão longe de garantir o bem-estar da comunidade atingida:

Dentre os danos ambientais configurados após o desastre, destacam-se i) os danos sobre a qualidade e disponibilidade de água, ii) os danos na qualidade e disponibilidade de solo e iii) danos sobre a biodiversidade. A água bruta dos recursos hídricos afetados pela lama com rejeitos de minério apresentou “turbidez e características físico-químicas discrepantes da média histórica e fora dos padrões estipulados pelas normas para consumo.” A água tratada, por seu turno, encontra-se “dentro dos parâmetros seguros para consumo.” Os principais impactos observados foram a mortandade de peixes e crustáceos, bem como a alteração físico-químicas na água. Além da mortandade visível dos peixes e crustáceos ao longo dos 600 km de recursos hídricos afetados, as alterações físico-químicas provocadas pela lama também impactou toda a cadeia trófica, envolvendo comunidade planctônica, invertebrados aquáticos, peixes, anfíbios, répteis e mamíferos que dependem direta e indiretamente das águas do rio Doce. Tais alterações podem ocasionar o aumento no grau de ameaça de extinção de espécies ameaçadas ou mesmo tornar ameaçadas espécies antes abundantes.¹⁵⁰

Compreende-se através das descrições feitas por Carvalho de que os impactos tanto humano quanto ambiental são imensuráveis e, quanto mais tempo o Poder Público levar para iniciar os planos de recuperação ambiental e social, mais graves serão os impactos para as futuras gerações.

Em 02 de março de 2016 foi homologado o acordo para a recuperação da Bacia do Rio Doce, prejudicado pelo rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana. A Samarco concordou em pagar R\$ 4,4 bilhões pelo trabalho de recuperação, nos próximos três

¹⁴⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. **Três estudos sobre a doutrina de Duguit**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 32.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 504.

¹⁵⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **O Desastre em Mariana 2016: O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos**. Em *Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21*. Organizadores Antônio Herman Benjamin e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde. p. 62-63.

anos. Após esse período, novos cálculos seriam feitos para determinar quantias adicionais a serem pagas pela Samarco. Estima-se que os investimentos alcançarão R\$ 20 bilhões e irão se prolongar por cerca de 15 anos. Caso a Samarco não faça os repasses estipulados, suas acionistas, Vale e BHP, devem assumir os compromissos.

Entretanto, no dia seguinte a homologação do acordo, o Ministério Público anunciou o ajuizamento de ação civil pública, apresentando um cálculo de R\$ 155 bilhões de prejuízos, muito superior aos R\$ 20 bilhões previstos no acordo. O critério utilizado pelo Ministério Público levou em consideração a explosão Deepwater Horizon¹⁵¹, da empresa petrolífera British Petroleum, em 2010, no Golfo do México. Os promotores do caso trabalham como a ideia de um aporte inicial e imediato de R\$ 7,7 bilhões para medidas a serem tomadas nos próximos doze meses.¹⁵²

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por suspender o acordo entabulado, entendendo que a homologação do acordo teria ocorrido em jurisdição sem competência para o tratamento da matéria. Dessa maneira, veja-se a propósito, a seguinte transcrição do voto condutor do acórdão proferido no julgamento da Reclamação de nº 31.935 – MG:

Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana. Pois, além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só à reparação ambiental *strito sensu*, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de melhor efetividade, que não corram o risco de serem neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos. Tanto é assim que a ação civil pública já mencionada acima (n. 0069758-61.2015.4.01.3400) chegou a ser interposta no Distrito Federal, mas teve a competência declinada para a 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, sob o fundamento da conexão, ante a existência da propositura de mais de uma ação coletiva versando sobre o mesmo dano socioambiental, e todas apresentam como causa de pedir a reparação do dano socioambiental causado pelo rompimento da barragem do Fundão e de Santarém, no complexo Minerário de Germano, em Mariana/MG.¹⁵³

¹⁵¹ Para saber mais sobre Deepwater Horizon, ver Documentário disponível: https://www.youtube.com/watch?v=uN4z35trr_0. Acesso em 17/07/2016.

¹⁵² EBC AGÊNCIA BRASIL. Disponível: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/justica-homologa-acordo-de-r-20-bi-para-reparacao-de-desastre-da-samarco>. Acesso em 17/07/2016.

¹⁵³ CONJUR. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/stj-suspende-acordo-samarco-recuperacao-ambiental>. Acesso em 17/07/2016.

Na decisão, a Desembargadora Relatora, Diva Malerbi ressaltou que a 1ª Seção do STJ, no dia 22 de junho, decidiu que a competência para julgar processos que envolvem a empresa Samarco no caso do rompimento da barragem é da 12ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais.

Sem adentrar no mérito se a decisão foi ou não acertada, mas efetivamente o que se tem é a ausência de um plano de contingência por parte do Poder Judiciário e, tal ausência, compromete uma importante fase do círculo de gestão de risco proposto por Farber. Na medida em que não se consegue colocar em prática procedimentos consistentes para reparação e mitigação dos danos, o que acaba tornando o impacto ambiental e social para o presente e para as futuras gerações cada vez mais imensuráveis.

E como abordado no primeiro capítulo, modernidade e capitalismo andam de mãos dadas para a criação de risco. Dentro da lógica econômica do capitalismo, muitas vezes as respostas que deveriam ser dadas para reduzir os impactos ambientais e sociais provocados pelo desastre sucumbem a uma espécie de capitalismo violento e primitivo. Ou seja, no contexto social da sociedade e do Direito, sob condições modernas aparecem tensões até agora pouco analisadas e ainda menos compreendidas. O problema mais importante talvez esteja atrelado nas exigências cada vez maiores da autorrealização individual. As tomadas de decisões dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente não levam em consideração o ambiente, mas tão somente as expectativas pessoais de desenvolvimento. Luhmann é cirúrgico ao afirmar que “as violações do Direito convertem-se em algo necessário à vida, se vida deve significar viver segundo autodeterminação individual”.¹⁵⁴

O tempo mostrará o resultado para as futuras gerações. O desastre de Mariana é mais um caso que demonstra o quanto é preciso investir em planejamentos preventivos, tais como planos de contingência e emergência. Nem todo desastre é evitável, mas, por meio de uma visão sustentável, é preciso fazer o possível para evitá-los ou, pelo menos, mitigá-los.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 767.

4 SISTEMA DE COMUNICAÇÃO E PLANO DE PREVENÇÃO

4.1 O Direito Preventivo como Instrumento de Decisão e Gestão de Risco nos Negócios

O mundo contemporâneo sofre com os efeitos da modernidade que, cada vez mais, tem transformado o processo de decisão e os planejamentos dos negócios. Essa dinâmica do processo de decisão passa a irritar o Direito, tendo esse que criar condições para, diante da urgência do mundo moderno, possibilitar a redução de riscos. Os negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente necessitam de mecanismos de controle para que possam se desenvolver de forma regular e sem expor o ambiente social a riscos de desapontamentos futuros. No entanto, não se pode olvidar que os riscos fazem parte dos negócios. Logo, tomar decisões no mundo dos negócios é um processo de risco.

O risco de insucesso é inerente a qualquer atividade empresarial, no entanto, por mais paradoxal que possa parecer quanto maior o risco, maior a perspectiva de rentabilidade que o negócio deve apresentar para atrair o interesse de empreendedores e investidores. Isso não quer dizer que o Direito Preventivo buscará impedir o desenvolvimento, por exemplo, das sociedades empresárias, até porque ele é pensado a partir de uma transformação do antigo Estado Liberal para o Estado Social. Ademais, por meio do Estado Social, não se pretende negar os valores do Estado Liberal, ou seja, liberdade e igualdade entre os indivíduos, mas visa complementar na forma de que não se pode realizar um sem o outro.¹⁵⁵ Assim, é preciso harmonizar os meios para a produção do Capital.

O negócio não pode ser pautado apenas no seu próprio desenvolvimento, há de ser sustentável ao ponto de permitir a coevolução do ambiente social, devendo ser analisado os impactos sociais e ambientais, devendo ser geridos os riscos no objetivo de garantir o Direito de um meio ambiente sustentável para as futuras gerações. Os negócios são possibilidades de desenvolvimento da sociedade, logo, é preciso dialogar com as externalidades, ou seja, com o mundo que circunda o negócio.

Para que o desenvolvimento do ambiente social, que tem nos negócios uma de suas possibilidades, possa ocorrer de forma mais segura, é preciso que as expectativas tenham comprometimento com o futuro, eis que os negócios e a sociedade necessitam de uma presença duradoura para sustentar suas estruturas. Conseqüentemente, a partir de Luhmann, tem-se o seguinte ensinamento:

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Belo Horizonte: Del Rey, 5. ed., 1993. p. 180.

A expectativa contém um horizonte futuro da vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. [...] A presença duradoura da experiência atual, o imediatamente experimentado, sustenta as estruturas de significados e as concretiza em si mesmo. O futuro é apenas a continuidade dessa presentificação, e também o passado é presentificado através de vínculos concretos com o que foi e no sentido do convívio com os mortos, não podendo assim ser tratado como algo encerrado, resolvido.¹⁵⁶

Assim, percebe-se por meio dos ensinamentos de Luhmann que a expectativa de futuro exige que se dote uma consciência evolutiva quando da tomada de decisão. Salienta-se que essa consciência é importante porque as decisões tomadas no presente serão utilizadas como bases para as decisões que serão tomadas no futuro, pois o passado pesa no presente. Não se pode admitir que determinados negócios se desenvolvam colocando as condições humanas ao acaso. Isso porque “o futuro permanece consequência do presente, cuja essência e cujo Direito provêm do passado e só permitem variações acidentais.”¹⁵⁷

As tomadas de decisões atinentes aos negócios desenvolvidos no ambiente social deverão estar conscientes da necessidade em gerir os riscos da sua atividade, e não somente os danos eventualmente provocados por suas operações. Diante da impossibilidade de controlar previamente determinados riscos, reforça-se a importância de uma constante gestão. Os negócios, assim como a vida, não são estáticos, motivo pelo qual os planos de gestão necessitam de medidas cada vez mais complexas e contínuas.

Nesse caso, Betti Junior:

Em face da complexidade contemporânea (caracterizada por relações cada vez mais interdependentes, massificadas e difusas) devem ser perquiridas as formas pelas quais o Direito pode institucionalizar tal promessa e, em igual medida, influir sobre os demais sistemas sociais (econômico, principalmente) para realizá-la.¹⁵⁸

Portanto, o ordenamento do Direito tradicional, entendido como aquele que adota um tratamento jurídico pós-fato, ou seja, como se o Direito pudesse ser irritado, ou chamado a dar uma resposta, apenas quando da presença de um dano, precisa ser revisto. Essa é uma visão reativa. Faz-se preciso adotar o Direito como um alívio para as expectativas, como um instrumento de controle e processo de decisão capaz de reduzir a ocorrência de danos.

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985. Volume II. p. 166.

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 168.

¹⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo (Coord). **A construção sociojurídica do tempo**. Juruá Editora. 2012. p. 162.

Assim, impõe-se a conscientização de que os negócios necessitam de gestão de seus riscos, o que importa em benefícios para o próprio empreendimento, na medida em que evitam condenações relacionadas a danos futuros.

Carvalho irá ensinar que:

Em face da inexorável incerteza em determinar o futuro, faz-se de fundamental importância a formação de critérios jurídicos para a configuração e a declaração da ilicitude dos riscos ambientais intoleráveis (danos ambientais futuros). **Assim, ainda que o futuro seja incerto, deve-se dispor de um fundamento decisório seguro (racionalizado), tal como a probabilidade, que afigura no espaço intermediário entre a certeza absoluta e a dúvida total.**¹⁵⁹ (grifou-se)

Percebe-se através de Carvalho que o fundamento decisório deve ser racionalizado, devendo ser levado em consideração nas medidas preventivas à gravidade dos riscos diagnosticados a fim de que seja possível atingir a proteção pretendida. Ainda, de acordo com Carvalho:

Para tanto, a mitigação dos riscos não deve levar em consideração apenas os riscos imediatos, devendo, outrossim, incluir a análise dos potenciais efeitos a médio e a longo prazo (que poderão somente aparecer num prazo de dez ou vinte anos ou mesmo nas gerações futuras).¹⁶⁰

Visando a construção do futuro, o Direito acaba sendo concebido como um meio funcional e seletivo que busca o alívio das expectativas com base na disponibilidade de caminhos congruentes. A congruência necessária para legitimar as tomadas de decisões deve ter um fim comum, um fim social, que clama por processos decisórios aceitos pelos integrantes da sociedade, na medida em que a decisão tomada por um sistema acaba impactando nos demais.

Contudo, o alcance da congruência das expectativas no futuro não é uma tarefa fácil de ser construída. O que acontecerá no futuro torna-se, portanto, uma preocupação do Direito. A contingência para o Direito que busca a prevenção é pressuposto, e a ordem é meta.¹⁶¹

Para que a meta seja algo atingível, o Direito deve tê-la com base em gerenciamentos estruturais. Assim, em sua forma estruturada o Direito aparece como um sistema comunicacional com programação condicionada que vincula as decisões presentes ao passado

¹⁵⁹ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Livera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2013. p. 36.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p. 38.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Templo Brasileiro, 1985. Volume II. p. 146.

e as futuras ao presente, motivo pelo qual o risco deve ser visto como uma bússola que irá guiar as tomadas de decisões e, assim, condicionar o futuro na esperança de possibilitar a realização das expectativas dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente.

É por meio da comunicação que o Direito poderá se autorreproduzir preventivamente em busca das possibilidades de minimizar os riscos, auxiliando no condicionamento de um futuro de expectativas congruentes entre os negócios dos empreendedores e o ambiente social num todo.

E para que o Direito possa realizar gestão de riscos, é necessário que o sistema do Direito tenha as informações adequadas sobre as situações de risco, possibilitando o aprimoramento das decisões.

Em um mundo constituído sensorialmente, e portanto altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso, e até mesmo imprescindível, referir os diversos passos da seleção uns dos outros. No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trata o que foi comunicado não mais como seleção, mas sem como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas.¹⁶²

É preciso que haja nas relações sociais instrumentos que possibilitem que as relações sejam constantes. Nesse contexto, Luhmann:

[...] parece lógico que se conceba a sociedade como um sistema que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. [...]¹⁶³

Os negócios necessitam de relações de continuidade, sendo necessário, então, a criação de estruturas de processos decisórios, que vai residir em colocar em potencial decisório à disposição dentro de um certo quadro de referência, segundo o qual as decisões poderão ser esperadas. A consequência disso é que a própria omissão de decisões torna-se uma decisão que eventualmente tem que ser respondida.

Gerir risco é um processo arriscado. Isso porque a cada tomada de decisão outras diversas possibilidades foram excluídas. Mas a dinâmica dos negócios e a ânsia de consumo exigem constantes decisões. Desse modo, é necessário, por meio do Direito, que o risco seja gerido por generalizações congruentes:

¹⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Templo Brasileiro, 1983. Volume I.p. 54.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 168.

O Direito não pode ser apropriadamente entendido apenas sob o aspecto de ordem e proibição, repressão de tendências naturais ou coação exterior; nessa ótica não seria possível compreender o amplo campo das formas jurídicas de uma ação mais complicada, mais rica em condicionantes, e eles realiza isso através da generalização congruente entre as premissas contingenciais da ação.¹⁶⁴

E os negócios são ações contingenciais que necessitam ser geridas para evitar danos futuros. Normas programáticas que colocam o futuro como elemento de decisão deverão ser observadas quando da colocação de um serviço ou produto no mercado econômico. A exemplo disso, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 225. Todos têm Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Imaginar formas de negociação no mundo contemporâneo sem que haja a presença do compromisso para com os princípios constitucionais é transitar pela real possibilidade de frustração dos negócios. Assim, é necessário exercer um diálogo entre o querer da sociedade empresária, que exerce função lucrativa com base na livre iniciativa constitucional, e os demais princípios gerais da atividade econômica, que, além de conceber a livre iniciativa, também coloca o respeito ao meio ambiente como importante princípio a ser seguido na gestão de riscos.

Importante que se diga que a palavra risco não possui mais a concepção que lhe era atribuída em tempos pretéritos, até porque sequer ocupava espaço no imaginário dos povos precursores, pois esses baseavam suas explicações sobre o mundo em construções mitológicas. Já nas sociedades pré-industriais e com o crescimento do cristianismo, a igreja cria a ideia de culpa e “o pecado surge como um equivalente funcional, servindo de explicação para a desgraça.”¹⁶⁵ Nessas sociedades o risco possui uma forma de perigo natural: estiagem, tremores de terra, seca, etc. Percebe-se, portanto, que os acontecimentos não estavam vinculados a tomadas de decisões por parte de indivíduos, mas atrelados a meros acontecimentos inevitáveis. Conforme Golgblatt, vide:

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 119.

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociedade del riesco**. México: Iberoamericana, 1992. p. 51.

[...] as sociedades pré-industriais são visivelmente inseguras. Em termos culturais, as origens dos riscos são invariavelmente atribuídas a forças externas, sobrenaturais e deve-se procurar-se a ajuda dessas mesmas forças para atenuar ou evitar os piores efeitos dos perigos ou contingências.¹⁶⁶

Bernstein parte do pressuposto de que a palavra risco é derivada do Italiano *risicare*, cujo significado está relacionado ao verbo (ousar). O risco, portanto, aparece como uma escolha e não como um destino. Ainda que em tempos pré-modernos já existissem palavras como perigo, azar, medo e aventura, etc., o risco parece surgir no escopo de se distinguir das demais palavras por não poder expressar a problemática do futuro com palavras suficientemente disponíveis.¹⁶⁷

Não obstante, diferentemente do que ocorrera no passado, a contemporaneidade, que é fruto de uma modernidade, arraigada no aumento potencial da capacidade produtiva das empresas e o início da revolução em série, transformou a ideia de risco e, conseqüentemente lógico, o modo de reação frente aos riscos também sofreram transformações, mais precisamente no âmbito da responsabilidade civil, conforme se extrai de Sanseverino:

A massificação das relações de consumo, todavia, ocorrida, no século XX, decorrente do fenômeno da industrialização (produção em série e novas tecnologias), da urbanização (impessoalização das relações de consumo) e, mais recentemente, da globalização (formação de mercados internacionais) incrementou o surgimento de novos acidentes de consumo causadores de danos, que ficavam sem reparação quando tentadas soluções pelas regras tradicionais de responsabilidade civil.¹⁶⁸

Destarte, percebe-se que o risco adquiriu um importante espaço dentro do cenário social, e tal fato coloca o Direito frente à necessidade de comunicação acerca dos riscos produzidos por uma sociedade contemporânea inserida num sistema de organização com vista à geração de excedentes para efeitos de acumulação de capital. Para Beck, os impactos vindos a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida.¹⁶⁹

Portanto, diante das incertezas emanadas pela sociedade contemporânea, a problemática da contingência nos negócios desenvolvidos no ambiente social se apresenta

¹⁶⁶ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 233.

¹⁶⁷ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: A fascinante história do risco**. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p.8.

¹⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 11-12.

¹⁶⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução Sebastião Nascimento. 1ª Edição. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 23.

como algo que necessita de uma teoria jurídica mais complexa e consistente, que seja capaz de fornecer meios de gerir os riscos advindos dos negócios, de forma preventiva.

4.1.1 Prevenção: do Risco Concreto ao Abstrato

A sociedade contemporânea necessita de um estudo dos riscos que circundam os sistemas sociais, dentre eles o econômico. Hodiernamente a sociedade tem nos negócios uma de suas possibilidades de desenvolvimento, porém, o homem, que é o propulsor da ação dos negócios, vê-se obrigado a repensar as formas de interagir com o meio ambiente. Até porque é das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais¹⁷⁰. Ou seja, não se pode negar a importância dos negócios para a sociedade, mas também não se pode negar os limites para o desenvolvimento.

Ou seja, o homem, como ser social e propulsor dos negócios, passa a interagir com o ambiente ao qual está inserido, como forma de garantir a sua sobrevivência e a continuidade do negócio que desenvolve. Essa interação é concretizada pelo trabalho que, com o tempo, acaba transformando o meio ambiente, a fim de satisfazer necessidades e vontades humanas.

Assim, nota-se a posição de Lukács que:

É pelo trabalho que o homem se destaca da natureza, numa processualidade cuja essência é a construção de um ambiente onde as categorias sociais predominam com intensidade crescente. Essência, por sua vez, que tem por base o atributo de que toda atividade humana se constitui a partir de uma escolha entre alternativas, isto é, posições práticas metodologicamente orientadas, que, pela dinâmica inerente ao fluxo da práxis social, são generalizadas em complexos mediadores crescentemente socializados.¹⁷¹

Dessa maneira, não se pode simplesmente aceitar o caráter utilitário e a atribuição meramente instrumental do uso da natureza no desenvolvimento dos negócios. Não sendo o homem um ser isolado da natureza, não se pode admitir o desenvolvimento de negócios que, muitas vezes, parecem ignorar o fato de que não é possível separar os seres humanos do meio ambiente. O pensamento de Milaré parece estar muito próximo ao de Luhmann, não no sentido de estabelecer a subordinação da ordem econômica à ordem social, mas por

¹⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa. Direito empresarial** – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03

¹⁷¹ LUCKÁCS, George. **As bases ontológicas do pensamento e da atividade humana**. Tradução de Lucia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 56-58.

preocupar-se com um resultado que possibilitará a coevolução do sistema social. Logo, Milaré é taxativo ao afirmar que a ordem econômica se subordina à ordem social:

Concebida como Direito fundamental, a propriedade não é, contudo, aquele Direito que possa erigir-se na suprema condição de ilimitado e intangível. Daí o acerto do legislador em proclamar, de maneira veemente, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. [...] O social constitui a grande meta de toda ação do Poder Público e da sociedade. Com efeito, o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior.¹⁷²

Assim, entende-se que a mesma Constituição que permite o desenvolvimento dos negócios com base numa livre iniciativa (art. 170), também irá dispor que o desenvolvimento não deve ser a qualquer custo, devendo ser observado o objetivo social do desenvolvimento.

Para o desenvolvimento de um negócio, o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não poderá dispor do meio ambiente ao ser bel-prazer, isso seria admitir que a livre iniciativa fosse utilizada como um fim em si mesmo, devendo ser levado em consideração à ordem social. Pertinente é a colocação de José Afonso da Silva:

Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade. Veremos, no entanto, que há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar, a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Por isso, como a qualidade ambiental, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.¹⁷³

E ao analisar a ordem econômica constitucional, disposta no art. 170 da Constituição brasileira. Grau irá demonstrar a disposição constitucional opera em prol do meio ambiente:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado.¹⁷⁴

¹⁷² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

¹⁷³ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56.

¹⁷⁴ GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 219-220.

Verifica-se, pois, que há de se estabelecer um diálogo entre o art. 170 e o art. 225 da Constituição, para que os negócios que são do sistema econômico, não venham a prejudicar o Direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito esse que objetiva, ainda, defender a preservação para as futuras gerações. Há de se ter equilíbrio entre o lucro privado e proveito social. A busca pelo lucro, diante da proteção do Direito de todos e das futuras gerações a um meio ambiente equilibrado, logicamente não pode ser absoluta.

Sendo assim, para que se reduzam as possibilidades de desapontamentos futuros, os negócios deverão primar pela sua função social. Sobre isso leciona Derani:

A propriedade mostra um conteúdo mínimo instrumental para a realização dos sujeitos concretos, através da função de assegurar a realização dos interesses individuais e agora também sociais. O que legitima a propriedade é o exercício de sua função social.¹⁷⁵

A economia está inserida nos ramos das ciências sociais, estudando as relações e as atividades decorrentes da escassez dos bens. O mercado econômico é o ambiente em que ocorrerá a interação entre os consumidores e os produtores, ou seja, os negócios. O desenvolvimento econômico se legitima quando há a valorização à conservação sustentável do meio ambiente.

A economia parte da dominação e transformação da natureza e é por isso dependente da disponibilidade de recursos naturais. Esta dominação/transformação está direcionada à obtenção de valor, que se materializa em forma de dinheiro, riqueza criada.¹⁷⁶

Assim, quando um empreendimento causa a degradação do meio ambiente, em razão da integração entre os sistemas sociais, o impacto da degradação refletirá diretamente na economia das pessoas, empresas e administração pública. Isso porque todos desenvolvem suas atividades tendo por base o mesmo meio ambiente.

Sendo assim, torna-se importante para o desenvolvimento do negócio o conhecimento dos riscos que o circundam. E para que haja a possibilidade de um planejamento prévio, elaborado no escopo de prevenir danos futuros, é necessário separar os diferentes tipos de riscos.

Essa diferenciação entre os riscos é importante porque o potencial destrutivo de alguns negócios desenvolvidos na contemporânea sociedade complexa e contingente, que tem na

¹⁷⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 239.

¹⁷⁶ DERANI, Cristiane. *Ibidem*. p. 56.

massificação de serviços e produtos uma de suas formas de interação. Demonstrando uma necessidade prioritária dos riscos pelo Direito, sendo esses objetos de decisão. Diante dessa contextualização histórica do tratamento jurídico atribuído ao risco, à sociedade industrial, que fundada a partir de um paradigma de causalidade científica, passa a utilizar o Direito sobre uma preocupação prioritária de servir como instrumento de reparação por danos já concretizados. A própria previsibilidade e concretude causal dos riscos industriais serviram de motivo para apenas responsabilizar riscos que repercutissem em danos, após sua concretização lesiva. Sendo assim, a sociedade industrial, pode-se dizer, acabou por produzir uma Teoria do Risco Concreto, em matéria de responsabilidade civil, segundo a qual o risco somente é levado em consideração como critério de imputação de responsabilidade civil por danos já concretizados.¹⁷⁷

No entanto, o propósito desse é quebrar justamente esse paradigma, para que a sociedade possa passar a se beneficiar de um Direito que dialogue com o futuro, prevendo antecipadamente os riscos.

Carvalho, quando trabalha as teorias do risco criado e do risco integral, parte do pressuposto de que essas duas teorias giram em função de riscos concretos característicos da modernidade industrial, em oposição a uma teoria do risco abstrato capaz de lidar com os riscos ambientais atuais de forma antecipada. De acordo com autor, “a teoria do risco concreto, que demarca a responsabilidade civil objetiva, não se trata de uma teoria de ‘risco’, mas sim de atribuição de imputação objetiva por ‘dano’ já configurado.”¹⁷⁸

Ainda, sobre os riscos concretos, leciona Carvalho:

Enquanto os riscos concretos são diagnosticáveis pelo conhecimento científico vigente, os abstratos encontram-se em contextos de incerteza científica. Para o gerenciamento dessas espécies de riscos, o Direito ambiental prevê, respectivamente, os princípios da prevenção e da precaução, como programas de decisão.¹⁷⁹

Nesse sentido, quando da implementação de um negócio, não é razoável que se faça apenas provisões para suportar os danos advindos de riscos concretos, exige-se, assim, o desenvolvimento de instrumentos jurídicos de prevenção e de gerenciamento de riscos

¹⁷⁷ CARVALHO, Délton Wilter de. **Relação constitucional e risco ambiental**. Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-elton_Winter_de_Carvalho_\(risco_ambiental\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-elton_Winter_de_Carvalho_(risco_ambiental).pdf). Acesso em 26/05/2016. p. 15-16.

¹⁷⁸ CARVALHO, Délton Wilter de. *Ibidem*. p. 16.

¹⁷⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 265.

futuros, ou seja, do risco abstrato, com suporte em disposições constitucionais e infraconstitucionais. Para Carvalho:

Os riscos concretos ou industriais são riscos calculáveis pelo conhecimento vigente, sendo caracterizados por uma possibilidade de análise de risco determinística passível de uma avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade. São riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidade é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente. Os riscos característicos da industrialização clássica também são espécies perceptíveis ao sentido humano e, geralmente, mantêm-se limitados a determinadas classes sociais, ou mesmo territorialmente. [...] Os riscos abstratos ou pós-industrial são marcados por uma série de características que os diferencia das formas industriais de risco. A primeira característica é a invisibilidade, uma vez que tais riscos fogem à percepção dos sentidos humanos (visão, gustação, olfato, audição), bem como há uma ausência de conhecimento científico seguro sobre suas possíveis dimensões. Esta invisibilidade pode, portanto, se dar sensorialmente ou cientificamente.¹⁸⁰

Por conseguinte, o foco não deve estar somente no presente, especialmente porque diante da análise das responsabilidades advindas de danos provocados por atividades oferecidas à sociedade, os reflexos dos danos repercutem no futuro, afetando inclusive as futuras gerações, como bem leciona Canotilho:

O Direito intergeracional, estatuído no artigo 225 da Constituição da República, corrobora a adoção do antropocentrismo alargado. O pacto de preservação do ambiente que deve dar-se entre toda a coletividade e o Estado (responsabilidade compartilhada) não se restringem a benefícios atuais, mas sim, benefícios para as imemoriáveis futuras gerações, proporcionando não uma concepção de preservação utilitarista, haja vista que passa a haver um arrefecimento pela idéia de preservação pelo benefício (pois os sujeitos beneficiados são abstratos), senão a reafirmação de uma perspectiva autônoma do meio ambiente”¹⁸¹

E ainda importa destacar que o Código Civil vigente irá definir, de forma clara, o Direito de propriedade disposto no art. 1.228, §1º, como:

O Direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas

¹⁸⁰ CARVALHO, Délton Wilter de. **Relação constitucional e risco ambiental**. Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-ton_Winter_de_Carvalho_\(risco_ambiental\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-ton_Winter_de_Carvalho_(risco_ambiental).pdf). Acesso em 26/05/2016. p. 17.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Jose Rubens Morato leite. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Saraiva. 2007, p.142.

naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, artístico, bem como, evitada a poluição do ar e das águas.

Assim, a atuação preventiva não deve estar amparada na ideia de risco concreto, pois que desenvolve negócios de risco de assumi-los antecipadamente e, assim, criar os mecanismos para fazer a gestão. Motivo pelo qual se entende que o foco deverá estar no risco abstrato, pois esse permitirá salvaguardar os interesses não só no presente, mas também no futuro.

Como leciona Carvalho, “a constituição de uma nova formação social, apresentada a partir do século XX, exige, por conseguinte, a configuração de uma nova teoria do risco”, não sendo mais possível sustentar o velho paradigma em que se “observa o novo com os óculos dos velhos conceitos”¹⁸²

Destarte, pode-se dizer que quando do desenvolvimento de um negócio, o risco serve de instrumento de leitura do que poderá ocorrer no futuro. Como os negócios nascem de ações humanas, hodiernamente não há mais espaços para atribuir aos deuses os desapontamentos futuros, eis que o futuro é construído com racionalidade. Como afirma Carvalho: “O risco é a culpa do nosso tempo!”¹⁸³ Assim, é necessário que, racionalmente, os riscos sejam assumidos e geridos antecipadamente.

4.1.2 Risco e Perigo

Niklas Luhmann é adotado neste trabalho como o principal referencial teórico, motivo pelo qual o risco é analisado muito mais sobre a estrutura epistemológica desenvolvida por esse grande sociólogo alemão. O ponto central da concepção de risco, em Luhmann, é a decisão. O risco, então, estaria sempre atribuído a uma decisão.¹⁸⁴ No mundo dos negócios a lógica do risco parece funcionar no mesmo sentido proposto por Luhmann, eis que a dinâmica dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente necessita e exige a assunção de riscos, ou seja, exige decisões.

Os negócios são fenômenos sociais, que devem ser compreendidos de uma relação de contingência, em que algo poderia ser evitado por meio de uma decisão racionalizada e

¹⁸² CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 197.

¹⁸³ CARVALHO, Délton Winter de. **Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento dos riscos ambientais**. Revista de Direito Ambiental. n. 55, julho – setembro, 2009. p. 53.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociedade del riesco**. México: Iberoamericana, 1992. p. 23.

pautada em critérios de coevolutivos. Assim, de acordo com a epistemologia luhmanniana, faz-se necessário diferenciar risco de perigo.

Luhmann propôs uma distinção entre risco e perigo. A partir dos ensinamentos de Luhmann, só se pode falar em risco quando as possibilidades de danos são consequências da própria decisão, ao tempo que o perigo está relacionado a danos ou perdas fora do campo de decisão, fora da estrutura.¹⁸⁵

A formação de uma comunicação do risco começou a ser aplicada a partir da existência de sua consciência no antigo comércio marítimo oriental e na conformação de um Direito comercial marítimo da Idade Média para descrever a incerteza a respeito do futuro. O sentido de risco como oposição à noção de segurança (risco/segurança) é suplantado a partir da consciência de que na sociedade nenhuma ação é precisamente segura. Por essa razão, o sentido atribuído ao risco decorre de sua distinção da noção de perigo (risco/perigo). [...] Em síntese, o risco consiste na descrição pelo próprio agente. Como exemplos de situações de risco, temos a utilização da energia nuclear, a biotecnologia, entre outros processos marcadamente inerentes à industrialização e ao desenvolvimento tecnológico ocorrido no último século.¹⁸⁶

Consequentemente, a perspectiva em torno do risco e do perigo surge por meio da diferenciação proposta por Luhmann e corroborada por Carvalho, já que é possível notar a diferenciação de quem decide por assumir riscos e os que são por eles afetados. No caso, quando da implementação de um negócio assume-se os riscos que estarão atrelados ao mesmo, ao tempo que a sociedade, por não ter participado das decisões que o estruturaram, é colocada numa situação de perigo. Corroborando o que se diz, faz-se a colocação de Carvalho, citando Luhmann:

Em que pese a diferença entre risco e o perigo cingir-se ao ponto de observação (interno ao sistema, no caso do risco, e externo, no caso do perigo), tem-se que o que é perigo para um observador (vítima) é risco para outro (agente). A partir dessa constatação feita por Luhmann, com o maior controle do homem sobre as condições da vida apresenta-se uma crescente transformação de perigos em riscos.¹⁸⁷

Salienta-se que, através de observações cada vez mais sofisticadas, os perigos vão sendo transformados em riscos, na medida em que, com o passar do tempo, vão se tornando previsíveis. Sendo os negócios uma das possibilidades de desenvolvimento social, deve-se

¹⁸⁵ *Ibidem.* p. 62-65.

¹⁸⁶ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 180.

¹⁸⁷ CARVALHO, Délton Winter de. *Idem.*

buscar através dele a melhoria da vida das pessoas e da sociedade como um todo. Assim, as tomadas de decisões devem estar pautadas no presente e com o futuro. O foco das ações deve ser o desenvolvimento, mas com crescimento sustentável, pois a busca desenfreada pelo lucro não poderá inviabilizar a vida e o bem-estar das gerações futuras. Por isso os negócios deverão ser desenvolvidos e acompanhados com responsabilidade, sendo necessário ter consciência do que pode ser feito, visto que cada tomada de decisão tem a potencialidade de afetar toda a sociedade, uma vez que a organização.

Ainda, sobre a responsabilidade que deve estar presente na implementação e condução dos negócios, merecem destaque os princípios que norteiam a Governança Corporativa, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa 2004. São eles:

a) Transparência ou *disclosure* - transparência nos dados, registros e relatórios (que englobem aspectos econômicos financeiros e os não econômicos também), que devem ser precisos e entregues nos prazos combinados. A comunicação deve ser espontânea, franca e rápida (demonstra confiança), e as informações devem ser verdadeiras e equilibradas, facilitando ao leitor a correta avaliação da empresa;

b) Equidade ou *fairnes* – consiste em dar tratamento justo e igualitário para todos aqueles que estejam envolvidos ou sejam afetados pelas atividades empresariais, desde acionistas minoritários (com relação aos acionistas majoritários e os gestores), até os clientes, fornecedores, credores, entre outros [...].¹⁸⁸

Hodiernamente a gestão dos negócios que é desenvolvida na sociedade complexa e contingente deverá estar com suas estruturas de gestão de risco bem diversificadas e atentas aos princípios que circundam os negócios, sendo, assim, muito importante os princípios trabalhados pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.

E salienta-se que tais princípios estão em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que se pode observar por meio da decisão prolatada pelo Ministro Celso de Melo:

(...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II, E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COM FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA). – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte

¹⁸⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **O código brasileiro das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2004. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=864&IDp=3>>. p. 09-10. Acesso em: 13/05/2016.

legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos Direitos fundamentais: o Direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.¹⁸⁹

Os princípios da livre concorrência deverão estar em consonância com a defesa do meio ambiente, o que permitirá o desenvolvimento dos negócios corporativos mediante a mitigação de riscos, visto que o foco do desenvolvimento econômico deverá estar voltado à justiça social, tanto na gestão do risco quanto no gerenciamento do perigo.

4.2 Plano de Contingência: o Direito Gerindo Riscos com Precaução e Prevenção

De acordo com o que se absorve dos ensinamentos de Luhmann, a contingência está no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.¹⁹⁰ Ou seja, contingência é a possibilidade de desapontamento futuro.

Os negócios são desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente e, para que se seja possível mitigar os riscos contingenciais, é imperioso que se tenha por base um plano de contingência, para que seja possível viabilizar o presente sem prejudicar as futuras gerações.

Desse modo, é proposto como um modelo de gestão um plano de contingência que irá, num primeiro momento, aplicar a precaução como fundamento da Teoria do Risco Abstrato e, após, trabalhar-se-á a prevenção como fundamento da Teoria do Risco Concreto, isto objetivando a mitigação de riscos futuros.

No escopo de demonstrar um pouco da necessidade do plano de contingência através das palavras de Carvalho o ambiente que se está vivendo:

[...] A passagem para a sociedade de risco é demarcada pelo surgimento de riscos e perigos de uma nova dimensão: Globais, de consequências imprevisíveis e imperceptíveis aos sentidos humanos. A explosão de reatores nucleares em Chernobyl, a chuva ácida, o aquecimento global, são apenas alguns exemplos de sintonias da sociedade de riscos, para a qual não se pode

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, p. 14.

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro. Templo Brasileiro, 1983. Volume I. p. 45.

esperar a ocorrência do dano para a tomada de decisão sob pena de perda do objeto tutelado (qualidade ambiental).¹⁹¹

Então, diante desse cenário de riscos concretos e abstratos, a sociedade interage realizando, entre outros, negócios. Os negócios, como já trabalhado em páginas pretéritas, é uma das condições de desenvolvimento da sociedade, mesmo que pautado na livre iniciativa, os princípios que deverão nortear os negócios devem observar a função social. Assim, é preciso desenvolver condições para que o homem continue interagindo por meio dos negócios, sem, portanto, comprometer as condições do meio ambiente para as futuras gerações. Carvalho, pensando desastres ambientais, apresenta uma série de ações que devem compor um plano de contingência:

[...] Deve, em tais planos, haver, pelo menos, a definição clara i) das funções e competências das organizações envolvidas nas respostas emergenciais; ii) da estrutura e da formação de um gabinete de crise; iii) da identificação dos riscos e das áreas especialmente vulneráveis; iv) da determinação e da sinalização de rotas de evacuação e áreas para alojamento temporário dos atingidos; vii) do estabelecimento de uma rede de comunicações internas e de formação pública; viii) das descrições de lições aprendidas com eventos anteriores, e seu respectivo plano de atenção a estes aprendizados, a fim de evitar equívocos recorrentes e estimular a adoção das melhores práticas.¹⁹²

Entende-se através de Carvalho que deve constar até mesmo as lições aprendidas com eventos anteriores, tudo para que se possa reduzir a margem de equívocos no momento em que o plano estiver em ação.

As condições humanas de ação dos homens poderão ser condicionadas por meio dos planos de contingência, devendo, então, passar a fazer parte da condição de existência do homem e dos negócios por ele desenvolvido. Em harmonia com o que se diz são os ensinamentos de Arendt, ao tratar das condições humanas:

A condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, porque aquilo com que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades exclusivamente aos homens constantemente condicionam, no entanto, seus produtores humanos. Além das condições sob as quais a vida é dada ao homem na terra e, em parte, a partir delas, os homens constantemente criam suas próprias condições, produzidas por eles

¹⁹¹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastre ambientais e sua regulação jurídica**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p. 187.

¹⁹² CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Livera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2013. p. 117-118.

mesmos que, despeito de sua origem humana e de sua variabilidade, possuem o mesmo poder condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da existência humana.¹⁹³

De acordo com o que se extrai dos ensinamentos de Arendt, os seres humanos são seres condicionados e, quando entram em contato com algo, esse algo passa a ser condição de sua existência. Sendo assim, é importante criar no homem a condição de cuidado com o meio ambiente, e conscientizá-lo de que as pretensões dos negócios realizados hoje não poderão provocar desapontamentos futuros.

Logo, não é prudente o desenvolvimento de negócios sem que haja a existência de um plano de contingência que aborde os princípios da precaução e da prevenção.

E aqui é importante frisar que não são todos os doutrinadores que fazem a distinção entre precaução e prevenção¹⁹⁴, ao tempo que fazem a distinção os Professores Délton Winter de Carvalho e Cristiane Derani.

Ao não fazer a distinção, Fiorillo diz que:

Pretender desenvolver, no plano constitucional uma diferença entre prevenção e precaução seria, em nossa opinião, despiciendo. Ainda que algumas normas jurídicas no plano infraconstitucional indiquem a existência de um princípio (como, por exemplo, a diretriz descrita no art. 1º da Lei 11.105/2005, o comando constitucional se destina na realidade a estabelecer, em face das especificidades do Direito matéria, ambiental e constitucional, a plena eficácia do art. 5º, XXXV, da Carta Magna no que se refere evidentemente à possibilidade de ocorrer qualquer ameaça ao Direito ambiental.¹⁹⁵

Mas, como adiantado anteriormente, existem aqueles que divergem dos que procuram flexioná-los como princípios sinônimos optando, então, por entender que existem dois princípios distintos. Essa é a linha de raciocínio que se intencionará a partir de agora com os Professores Carvalho e Derani.

Assim, de acordo com Derani, o princípio da precaução tem como escopo prevenir na atualidade uma suspeição de perigo ou garantir uma maior margem de segurança e integridade da vida humana:

¹⁹³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo – 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 11-12.

¹⁹⁴ Entre os que não fazem a distinção, por exemplo, estão Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Édís Milaré.

¹⁹⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª Ed. São Paulo, SP. Saraiva, 2007. p. 42.

O princípio da precaução deixa claro que, devido à dimensão temporal (relacionada com o futuro) e à complexidade da proteção ambiental, não é suficiente que se pratique apenas uma ‘intervenção periférica’. Isto é, com base neste princípio, a política ambiental desenvolve-se não em normas rigidamente divididas numa denominada ordem do Direito ambiental. Normas que denotam uma prática sustentável de apropriação de recursos naturais integram obrigatoriamente o planejamento da política econômica e, conseqüentemente, as normatizações da prática econômica. Precaução ambiental é necessária. [...] o princípio da precaução tem uma dimensão pacificadora, firmando-se com o postulado que atua preventivamente contra um risco – especificamente por medidas de prevenção de perigo de um determinado tipo -, principalmente valendo-se de planejamento e controle prévio de produtos. [...] Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana.¹⁹⁶

E Carvalho¹⁹⁷ leciona que a gestão dos riscos ambientais é orientada, principiologicamente, pela prevenção e pela precaução. Enquanto a prevenção “opera com base na previsibilidade”, a precaução vai além, “atuando em contextos de riscos sem base probatória segura”. Ainda, Carvalho irá destacar que a verdadeira receita para os desastres se dá por meio de gerenciamentos de riscos que ignoram as incertezas e os riscos de danos não quantificáveis. Ou seja, Carvalho irá chamar a atenção para a importância do Princípio da Precaução. Sendo assim:

Um sistema de gerenciamento de riscos que ignora a incerteza e a expectativa de danos não quantificáveis consiste em verdadeira receita para os desastres. Por razões evidentes (acima de tudo, probatórias), o Direito e os tribunais detêm uma predileção por avaliações de riscos quantificáveis, demonstrados concretamente. Contudo, nos casos de desastres nem sempre são possíveis tais quantificações. Qualquer política que ignore danos e riscos não quantificáveis servirá de estímulo à ocorrência desastres. Por tal razão, mesmo sendo um dos mais contundentes críticos do Princípio da Precaução, Cass Sustein reconhece ser diferente em casos de riscos catastróficos, admitindo que, quando efeitos catastróficos são possíveis, faz sentido adotar precauções contra os piores cenários. Portanto, o princípio da precaução adquire novas feições e ainda maior importância quando inserido em contextos de riscos catastróficos.

Ademais, não por acaso o princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizado no Rio de Janeiro no ano de 1992, objetivando

¹⁹⁶ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 165-167.

¹⁹⁷ CARVALHO, Délton, Winter de. **Aspectos probatórios do dano ambiental futuro**: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais. *Ajuris*, Porto Alegre, RS. Nº 123, p. 17, 2011.

estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação internacional, assim dispôs:

Princípio 15 - Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.¹⁹⁸

Sendo assim, para que o plano de contingência não seja uma receita para desastres, parafraseando Carvalho, imperioso que o plano preveja condições de ações pautadas em princípios da precaução, pois são muitos os riscos abstratos que circundam as estruturas sociais.

Já o princípio da prevenção é mais comum de ser trabalhado, pois se encontra amparado na redação da norma contida no art. 225, caput, da Constituição Federal, que expressamente estabelece o princípio da prevenção como fundamento do Direito Ambiental.

Mesmo assim, conforme aponta Carvalho, alguns setores econômicos se utilizam de critérios desarrazoados quando da implementação dos planos de prevenção:

Sob um ponto de vista racional, o problema central enfrentado por políticas de prevenção ambiental pelo setor econômico consiste no fato de que o custo de uma medida preventiva (seja uma dimensão preventiva ou precacional) deve ser menor do que os custos *post factum*, ou seja, de remediação. Em outras palavras, caso não seja mais vantajoso economicamente a prevenção em comparação com outros custos de remediação, mesmo com expectativas sancionadoras, haverá um estímulo a condutas de risco.¹⁹⁹

Após a constatação de uma das formas utilizadas para burlar os planos de prevenção, Carvalho faz a seguinte proposta:

[...] o Direito deve estimular esta equação preventiva, não apenas pela imposição de internalização de custos, mas, sobretudo, por instrumentos de dissuasão (medidas preventivas), poder de polícia e criminalização em matéria ambiental. A regulação deve, ainda, minimizar as falas existentes na subvalorização mercadológica e econômica dos serviços ecossistêmicos, tornando justo e racional o uso e o proveito dos recursos naturais.²⁰⁰

¹⁹⁸ Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 03/06/2016.

¹⁹⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p. 53.

²⁰⁰ CARVALHO, Délton Winter de. *Idem*.

Ora, o norte hermenêutico na tomada de decisão de planos de prevenção deve estar amparado na Constituição, devendo, sim, ser criminalizado o agente que, por meio de uma postura solipsista, opta por decidir em aceitar o risco de dano para ter mais lucro. A Constituição brasileira, denominada Constituição Cidadã, teve maior preocupação em “proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades.”²⁰¹

Nesse contexto, verifica-se que há de se ter um comprometimento com a função social dos negócios que são disponibilizados à sociedade complexa e contingente, motivo pelo qual o Direito é acionado a dar respostas. Devendo primar pelos Princípios da Prevenção e da Precaução, para que haja a utilização racional dos bens ambientais e, assim, garantir um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações. E torna-se de grande valia destacar que o objetivo do Direito, que nessa matriz pretende-se preventivo, não irá se autorreproduzir no escopo de impedir o uso de recursos naturais, mas para que esses sejam utilizados de forma planejada, evitando, ao máximo, desapontamentos futuros, tanto para o empreendedor, que assume o risco, quando à sociedade, que passa a se expor a perigos.

Observa-se no que consiste a atuação e o posicionamento preventivo:

Consiste em posicionamento eminentemente preventivo, que visa a evitar danos irreparáveis ao meio ambiente, até porque, na maioria das vezes, inviável a reposição ao *status quo ante*. Com efeito, após a ocorrência *in concreto* da degradação ao meio ambiente, sua reparação é de regra extremamente difícil e custosa, quando não impossível.²⁰²

Ainda, sobre as medidas preventivas é a lição de Carvalho:

[...] a título exemplificativo, as medidas preventivas consistem em medidas obrigacionais tais como: interdição; imposição de sanções; revogação de autorizações e licenças; imposição expressa ao sujeito autorizado a introduzir determinados sistemas técnicos de correção de contaminação; inserção de cláusula técnica nos atos autorizativos prevendo a incorporação de novas tecnologias, ao longo do tempo, nas instalações previamente autorizadas; instalação de filtro; adoção da melhor tecnologia disponível; instalação de uma estação de tratamento de afluentes adequada; alteração de procedimentos; realização periódicos de estudos documentados acerca da atividade; suspensão parcial ou total de atividades, entre outras

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 209.

²⁰² GOMES, Luís Roberto. **Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, v. 16, outubro-dezembro de 1999. p. 178.

possibilidades de medidas preventivas passíveis de aplicação em razão da declaração de ilicitude por riscos ambientais.²⁰³

Nota-se que já no início Carvalho irá apontar que as medidas preventivas apresentadas são a título exemplificativa, isso porque cada plano de prevenção deverá adotar como ponto de partida o negócio específico para o qual ele é criado.

Assim, surge a importância de uma observação que visa à produção da informação, sendo que essa está diretamente ligada à comunicação. Rocha²⁰⁴, trabalhando com base nos ensinamentos de Luhmann, aduz que a sociedade como sistema social é possível graças à comunicação. Assim, para que haja uma efetiva contribuição do Direito, estruturado para agir preventivamente, faz-se necessário a produção de mecanismos de informação.

As expectativas criadas para o desenvolvimento dos negócios na sociedade complexa e contingente não poderá comprometer seus negócios no futuro. Assim, como existem decisões já tomadas no passado e vividas no presente, quando da elaboração do plano de contingência, é necessário visitar o passado, pois existem expectativas que já possuem um sentido dado no passado, por meio de lei, que é um conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como a sociedade pode esperar como ela venha a se portar.²⁰⁵

Os riscos do desenvolvimento dos negócios geram uma contingência em relação a defeitos que só podem ser constatados em momento posterior à entrada em circulação do produto ou serviço disponibilizado no ambiente social. Assim, a complexidade inerente às interações recíprocas e diretas entre os sistemas sociais da sociedade, coloca o risco como algo inerente aos negócios e a confiança passa a ter como sombra o medo e a desconfiança.

A análise do risco, portanto, passa a ser o potencializador da comunicação. Através do apontamento feito por Rocha é possível verificar o quanto é importante uma análise do risco, veja-se:

Cada vez que tomamos uma decisão – e sabemos que não é fácil tomá-la, porque existe muita complexidade – temos que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira como estamos pensando (...) uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente.²⁰⁶

²⁰³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 215-216.

²⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. São Leopoldo: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 35-38.

²⁰⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Anuário do programa de pós-graduação em direito**. Mestrado e Doutorado, 2001. Centro de Ciências jurídicas Unisinos. São Leopoldo. p. 129.

²⁰⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Ibidem*. p. 136.

Por conseguinte, ressalta-se a importância de uma observação do risco, que consiste numa construção interna, em que o Direito Preventivo será utilizado a se comunicar com os demais sistemas do mundo circundante, no objetivo de possibilitar a não frustração da expectativa quando essa for exteriorizada para o sistema social. O Direito Preventivo autopoiético, focado na redução da contingência dos negócios acabada auxiliando da função social das empresas, na medida em que trabalha formas de legitimar as decisões frente às irritações advindas dos sistemas externos. Assim, as interferências atuam como *links* que realizam uma interface comunicacional entre os negócios (parte do subsistema econômico) e o ambiente social, tudo para mitigar, ao máximo, danos futuros.

A forma pela qual o Direito reage a essas novas missões da sociedade organizada e de risco exige um repensar sobre a exploração excessiva que o homem tem provocado e a irresponsabilidade de efeitos nocivos que muitas vezes são irreversíveis ao meio ambiente. Acrescida de omissão, de falta de gestão e de ocultação dos riscos abstratos e concretos pelo Poder Público e por terceiros, pois essa ação gera impunidade aos poluidores e aos potenciais causadores de desastres.

A sustentabilidade ambiental é pressuposto fundamental de que a todas as pessoas é garantido o Direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, sem que isso signifique abrir mão do desenvolvimento, ou seja, é possível desenvolver negócios rentáveis e sustentáveis. Ou seja, o homem, como ser social e propulsor dos negócios, passa a interagir com o ambiente ao qual está inserido, como forma de garantir a sua sobrevivência e a continuidade do negócio que desenvolve. Essa interação é concretizada pelo trabalho que, com o tempo, acaba transformando o meio ambiente, a fim de satisfazer necessidades e vontades humanas.

Assim, intui-se que a mesma Constituição que permite o desenvolvimento dos negócios com base numa livre iniciativa (art. 170), também irá dispor que o desenvolvimento não deve ser a qualquer custo, devendo ser observado o objetivo social do desenvolvimento. Para o desenvolvimento de um negócio, o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não poderá dispor do meio ambiente a seu bel-prazer, isso seria admitir que a livre iniciativa fosse utilizada como um fim em si mesmo, devendo ser levado em consideração à ordem social.

Os princípios da livre concorrência deverão estar em consonância com a defesa do meio ambiente, o que permitirá o desenvolvimento dos negócios corporativos mediante a mitigação de riscos, visto que o foco do desenvolvimento econômico deverá estar voltado à justiça social, tanto na gestão do risco quanto no gerenciamento do perigo.

O princípio da precaução como o equivalente funcional que desempenha mais satisfatoriamente a função de proteção é proposto como um modelo de gestão a um plano de contingência que irá num primeiro momento trabalhar a precaução como fundamento da Teoria do Risco Abstrato. Logo, após, trabalhar-se-á a prevenção como fundamento da Teoria do Risco Concreto, isso objetivando a mitigação de riscos futuros. O impacto da ação humana sobre a natureza atingiu um patamar nunca antes alcançado, seja pelo número de seres humanos que habitam o planeta e sua demanda de consumo que tem, seja pelo poderio das tecnologias de produção e destruição desenvolvidas e jogadas no meio ambiente.

O norte hermenêutico na tomada de decisão de planos de prevenção deve estar amparado na Constituição, não havendo espaços para decisões solipsistas, em que se opta por decidir em aceitar o risco de dano para ter mais lucro. Esse motivo, inclusive, talvez tenha sido a causa do desastre em Mariana.

Por fim, reforça-se que o Direito necessita impor uma constante conscientização acerca dos riscos, para que a sociedade não tenha suas pretensões sociais e ambientais prejudicadas por decisões solipsistas daqueles que procuram desenvolver seus negócios no ambiente social em total descomprometimento com a coevolução social.

Quando do desenvolvimento de um negócio não se pode perder de vista o papel que o mesmo exerce na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Acredita-se que estudos como esse são de grande importância para promover iniciativas de tomadas de decisões cada vez mais pautadas no desenvolvimento sustentável, pois talvez esta seja a forma para um caminho mais estável para o futuro.

5 CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, foi possível observar que a sociedade hodierna necessita de um Direito que não seja observado apenas como um ordenamento jurídico de reparação de danos, pois muitas vezes os danos que os negócios causam ao sistema social e ambiental, são irreparáveis. Assim, este trabalho se propôs a responder ao seguinte questionamento: Qual a base metodológica que poderia dar suporte para a observação de um Direito Preventivo? Ou, articulando de outra forma o problema a ser enfrentado: De que maneira o Direito poderia ser observado no sentido de estabelecer um diálogo com o futuro no objetivo de reduzir ou mitigar riscos?

Pode-se observar que na atual quadra histórica em que a sociedade tem nos negócios desenvolvidos em seu ambiente uma de suas possibilidades de avanço, mas também de frustração, cada vez mais se deve estabelecer um diálogo com o futuro, para que as tomadas de decisões do hoje não venham a comprometer a sociedade no dia de amanhã. Vive-se uma era em que o risco deve ser constantemente analisado e gerido, pois diante da potencial possibilidade de irreversibilidade de determinados danos, acaba não sendo razoável que a sociedade espere do Direito uma resposta pós-fato, sob pena de comprometimento do presente e das futuras gerações. Ao contrário, o Direito deve agir preventivamente, criando as condições para que a sociedade possa evoluir se expondo a menos riscos e perigos.

A pesquisa focou em demonstrar que a sociedade contemporânea tem se caracterizado cada vez mais pela complexidade e contingência dos negócios que são realizados em seu ambiente. Isso porque atualmente, os negócios se transformaram num importante instrumento de desenvolvimento social. Os tempos atuais são demarcados por uma sociedade que tem nos negócios uma de suas possibilidades de desenvolvimento e que se desenvolve na mesma medida em que cria seus próprios riscos e se expõe a situações de extremo risco e perigo, pois ainda que seja a economia parte integrante das relações sociais, muitas vezes as tomadas de decisão parecem inverter a lógica do sistema, na medida em que não há comprometimento com o ambiente e com as futuras gerações.

Assim, notou-se por meio do desenvolvimento deste trabalho que o Direito é irritado a dar respostas para que as pretensões sociais não resem frustradas diante do cenário complexo e contingência da sociedade no qual os negócios são desenvolvidos.

Partindo da premissa de que não se chegou à hodierna quadra social por acaso, trabalhou-se uma evolução que partira da transição do estado de natureza ao estado civil até

chegar na atual sociedade complexa e contingência que tem nos negócios uma de suas possibilidades de desenvolvimento, mas, também, de frustração.

Ciente dessa possibilidade de frustração e a partir da autopoiese luhmanniana, o estudo foi desenvolvido no sentido de estabelecer observações que lhe permitissem atuar de forma preventiva, antes da ocorrência de danos ou até mesmo de desastres. Isso porque a sociedade hodierna, na busca desenfreada de bem viver, acaba fomentando seus próprios riscos, motivo pelo qual se torna de fundamental importância a criação de mecanismos e procedimentos de controle para que a pretensão de uns não seja a frustração de toda a sociedade e de suas futuras gerações.

Salienta-se, através deste estudo, a importância que o Direito assume ao estabelecer diálogos com os sistemas da sociedade, pois é a partir da comunicação que o Direito pode criar as condições para bem decidir em prol da coevolução social. O Direito pode estabelecer constantes análises dos riscos de danos que os negócios realizados no presente poderão provocar no futuro e, a partir dessa análise, auxiliar nas tomadas de decisões focadas na gestão e mitigação de riscos.

O Direito Preventivo foi observado neste estudo a partir da epistemologia da teoria sistêmica autopoética de Niklas Luhmann, e a escolha por essa teoria se deu por causa do caráter multidisciplinar que possui. Assim, foi o referencial teórico que proporcionou a observação do que aqui se convencionou chamar de Direito Preventivo.

Foi possível demonstrar que os negócios que são desenvolvidos na sociedade complexa e contingente exigem uma dinâmica de proteção e prevenção que acompanhe a dinâmica dos negócios que, parafraseando Marx, adota uma lógica em que o novo se transforma em velho mesmo antes de se ossificar. Por tal motivo, o Direito deve se antecipar e criar as condições para que as tomadas de decisões nos negócios sejam cada vez mais sustentáveis, para que a sociedade não venha a sofrer os efeitos da contingência e para que as expectativas geradas não tenham como resultado futuras frustrações.

Nesse sentido se estabeleceu um Direito como comunicação, observado no sentido de generalizar as expectativas normativas de forma congruente, no objetivo de reduzir os riscos produzidos pelos negócios desenvolvidos em seu ambiente.

O estudo aqui desenvolvido procurou demonstrar que o risco assume uma nova importância racional para as tomadas de decisão, pois é a partir de sua análise que os negócios e a sociedade passam a criar suas expectativas com menor risco de desapontamentos. O risco, portanto, é uma variável a ser constantemente observada quando das tomadas de decisão e, a partir dessa constatação, surgem as respostas para os problemas enfrentados na dissertação.

A resposta está na possibilidade de se afirmar que a base metodológica para a observação de um Direito Preventivo pode ser a teoria sistêmica autopoietica proposta por Niklas Luhmann. Pois, a partir de sua observação comunicacional e por meio de acoplamentos, o Direito se autorreproduz como um sistema de prevenção capaz de mitigar os riscos produzidos pelos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente. Sendo pensado, portanto, não como um ordenamento de reparação de danos, mas sim como um instrumento que possibilita bem viver o presente sem prejudicar ou inviabilizar o futuro.

Assim, pode-se perceber que dentro da concepção sistêmica luhmanniana, os negócios não produzem relações normativas entre os indivíduos na sociedade, pois a relação jurídica dos negócios é estruturada para o ambiente social. Conseqüentemente, não há comunicação entre indivíduos, que são membros do sistema psíquico, mas entre a sociedade, que só pode produzir as próprias operações. A partir daí, foi possível observar que a função do Direito Preventivo não está em eliminar as inseguranças provenientes dos negócios desenvolvidos no ambiente social e nem garantir comportamentos, mas sim, por meio da comunicação, auxiliar como um instrumento de redução de riscos.

O alto poder de risco ambiental é uma forte característica da sociedade hodierna, no qual a exploração desenfreada de recursos naturais e a ausência de planos de contingência tem colocado a sociedade em permanente convivência com negócios arriscados e perigosos. A busca do lucro a qualquer custo leva o homem a promover eventos que põem em risco a própria sobrevivência da espécie humana. Nesse contexto, foi de extrema relevância a produção teórica do Dr. Délton Winter de Carvalho, que cada vez mais tem contribuído para o desenvolvimento de um Direito Preventivo com vistas à gestão e prevenção de riscos de desastres. Assim, amparados na teoria sistêmica de Luhmann e nos estudos de prevenção de riscos de Carvalho, pode-se observar e trabalhar o Direito no seu aspecto preventivo, que tem como um de seus primados a redução dos riscos advindos dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente.

O desenvolvimento sustentável e a consciência ambiental são questões que necessariamente estiveram presentes na construção do estudo. E pode-se concluir que no Brasil, a Constituição da República é bastante avançada em termos de proteção ambiental, porém, o individualismo exacerbado e o lucro a qualquer custo fazem com que a Constituição não seja observada quando da implementação de determinados negócios, tal como ocorrera no desastre em Mariana, trabalhado neste estudo como análise de caso.

A Constituição Federal de 1988 institucionalizou a questão da tutela ambiental, ao abrir um capítulo próprio à regulamentação normativa do meio ambiente no qual se põe

ênfase na necessidade de sua defesa e preservação e estabelecendo os mecanismos constitucionais de proteção, inclusive, as futuras gerações.

A proposta deste estudo foi no sentido de observar um Direito Preventivo voltado à redução de riscos dos negócios, para que a atual sociedade e suas futuras gerações não tenham que se sujeitar a danos e inseguranças.

A sociedade contemporânea necessita de um contínuo estudo aprofundado acerca dos riscos que circundam os sistemas sociais, e aqui se procurou demonstrar que assume relevância os riscos advindos dos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, diante da percepção de que a permanência dos atuais padrões de produção é incompatível com a vida no planeta. Ou seja, é necessário que os negócios modifiquem suas formas de interação com a natureza para que não comprometam os componentes ambientais e a possibilidade de vida das gerações futuras.

Em busca de um bem viver momentâneo, deixa-se de levar em consideração, quando das tomadas de decisões, o futuro. Os negócios são desenvolvidos dentro de uma lógica capitalista em que o risco é visto como possibilidade de novos negócios, pois até mesmo quando da ocorrência de desastres a economia passa a ser fomentada por políticas de reparação de danos.

O objetivo deste trabalho consistiu na observação de um Direito Preventivo, com vistas a reduzir as possibilidades de riscos dos negócios desenvolvidos numa sociedade complexa e contingente e que tem nos negócios uma de se suas possibilidades de desenvolvimento, mas também de frustração. Esse Direito Preventivo foi pensado a partir da teoria sistêmica autopoietica de Niklas Luhmann, como um instrumento de resposta que está disposto a dialogar com o futuro, para que os negócios não sejam vantajosos apenas para quem os implementa na sociedade, mas também sejam sustentáveis e criem possibilidades para que a sociedade possa bem viver o presente, criando, ainda, possibilidades de bem viver para as futuras gerações. Esse Direito, preventivo, partiu das premissas dos estudos realizados pelo Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho, ou seja, adotou como base para o desenvolvimento do presente trabalho, os planos de contingência e gestão de riscos, tão importantes para que as expectativas de futuro não sejam frustradas pelo solipsismo de negócios desenvolvidos a partir de uma lógica lucrativa desenfreada. Para reduzir os riscos e perigos criados pelos negócios desenvolvidos na sociedade complexa e contingente, foi sugerido a utilização de acoplamentos estruturais entre Direito, Política e Economia. Sendo que tal acoplamento se dará por meio da Constituição Federal, que é o instrumento de adequação que permite o equilíbrio entre a livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável.

Assim, a partir deste estudo pode-se concluir que a função do Direito Preventivo não está em eliminar as inseguranças provenientes dos negócios desenvolvidos no ambiente social e nem garantir comportamentos, mas sim, por meio da comunicação, auxiliar como um instrumento de estabilidade e redução de danos futuros, podendo-se ainda concluir que é possível quebrar o paradigma de que o direito é um ordenamento jurídico pós-fato, eis que pode ser observado para dar respostas preventivas, dialogando com o futuro no sentido de reduzir riscos, possibilitando menores frustrações.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo – 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AGENDA 21. Disponível: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>. Acesso em 22/05/2016.
- EBC AGENDA BRASIL. Disponível: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/justica-homologa-acordo-de-r-20-bi-para-reparacao-de-desastre-da-samarco>. Acesso em 17/07/2016.
- BBC. Disponível: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160302_acordo_samarco_mpf_rs. Acesso em 17/07/2016.
- BARILLI, Renato. **Retórica**. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre, 2013. 2ª Ed. Livraria do advogado.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução Sebastião Nascimento. 1ª Edição/2010. São Paulo: Ed. 34.
- BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**. 10ª ed. Trad. Carlos Felipe Moisés, Ana Maria Toriatti. São Paulo: Cia das Letras, 1986.
- BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: A fascinante história do risco**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BÍBLIA ONLINE. Acessada em 12 de janeiro de 2016, em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3>.
- BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio: **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Abril. 2003.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Belo Horizonte: Del Rey, 5. ed., 1993.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANOTIHO, José Joaquim Gomes. Jose Rubens Morato leite. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Saraiva. 2007.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.

_____ **Direito dos desastres** / Délton Winter de Carvalho, Fernanda Dalla Libera Damacena. Porto Alegre: Livraria do advogado. Ed, 2013.

_____ **Desastres ambientais e sua regulação jurídica.** Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

_____ **Relação constitucional e risco ambiental.** Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-Winter_de_Carvalho_\(risco_ambiental\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-013-Winter_de_Carvalho_(risco_ambiental).pdf). Acesso em 26/05/2016.

_____ **Sistema constitucional brasileiro de gerenciamento dos riscos ambientais.** Revista de Direito Ambiental. n. 55, julho – setembro, 2009.

_____ **Aspectos probatórios do dano ambiental futuro:** uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais. *Ajuris*, Porto Alegre, RS. Nº 123. 2011.

_____ **Aspectos normativos dos Planos Diretores de Bacia Hidrográfica e a irradiação de efeitos sobre instrumentos de ordenação territorial.** (no prelo)

_____ **O Desastre em Mariana 2016:** O que temos a apreender com os Desastres antropogênicos. Em *Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21*. Organizadores Antônio Herman Benjamin e José Rubens Morato Leite. Instituto O Direito por um Planeta Verde.

CASSIN, Richard L. **Alcoa lands 5th on our Top Ten list. The FCPA Blog:** The world leader for enforcement and Compliance news and commentary, Virginia, 10 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.fcpcablog.com/blog/2016/4/10/alcoa-lands-5th-on-our-top-ten-list.html>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. **Desfazendo um mito constantemente repetido:** no Direito do Trabalho não há quebra da hierarquia das normas. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2012.

Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento das Nações Unidas, 1991.p. 53. Disponível em <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em 22.05.16.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa. Direito empresarial** – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONJUR. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/stj-suspende-acordo-samarco-recuperacao-ambiental>. Acesso em 17/07/2016.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Três estudos sobre a doutrina de Duguit.** São Paulo: Ícone, 1997.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 03/06/2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri; tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

Dicionário etimológico. Disponível em: <http://www.dicionarioetimologico.com.br/negocio/>. Acesso em 03/02/2016.

ENGELMANN, Wilson. **Os Compliance Programs como uma alternativa à gestão empresarial para lidar com o Direito à informação do consumidor e os riscos trazidos pelas nanotecnologias**. Disponível em <http://www.publicaDireito.com.br/artigos/?cod=6eae17727b4e77cf>. Acesso em 24.05.2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

EXAME: Disponível: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/111602/noticias/oito-meses-apos-desastre-futuro-da-samarco-ainda-e-incerto>. Acesso em 16/07/2016.

FARBER, Daniel. *Disaster law and emerging issues in Brazil*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 2-15, jan./jun., 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito ambiental brasileiro**. 8ª Ed. São Paulo, SP. Saraiva, 2007.

G1. Disponível: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html>. Acesso em 19/07/2016.

_____ Disponível: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/volume-vazado-em-equivale-13-da-capacidade-da-guarapiranga.html>. Acesso em 19/07/2016.

_____ Disponível: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html>. Acesso em 18/07/2016.

GIDDENS, Antony. **Conseqüências da Modernidade**. Trad. Raul Fixer. São Paulo: Unesp, 1991.

_____ **A transformação da intimidade**. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

_____ **O mundo da era da globalização**. Lisboa: Ed. Presença. 2002.

_____ **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOMES, Luís Roberto. **Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, v. 16, outubro-dezembro de 1999. p. 178.

HANS, Jonas. **Princípio Responsabilidade**. Ed. PUC/RJ. 2006.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____ **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Ed. Globo, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **O código brasileiro das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2004. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=864&IDp=3>>. Acesso em: 20/05/2016.

JUSTIÇA GLOBAL. Disponível: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vale-de-Lama-Justi--a-Global.pdf>. Acesso em 25/07/2016.

KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiése no Direito**. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. IN Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 103, Vol. 947.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro. Templo Brasileiro, 1983. Volume I.

_____ **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro. Templo Brasileiro, 1985. Volume II.

_____ **Sociedade del riesco**. México: Iberoamericana, 1992.

_____ **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____ **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____ **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____ **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana. 2006.

_____ **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

- _____ **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas. **A sociedade como sistema**/Léo Peixoto Rodrigues, Fabrício Monteiro Neves. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- LUCKÁCS, George. **As bases ontológicas do pensamento e da atividade humana**. Tradução de Lucia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MANZI, Vanessa A. **Compliance no Brasil**: consolidação e perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Trad. Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Col. Leitura.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- REAL FERRER, Gabriel. *Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones de Derecho*. In SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de e GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs). *Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 9. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>.
- REAL FERRER, Gabriel Real. *Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?* In Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 17- n.3- p.305-326 / set-dez 2012.
- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.
- _____ **Anuário do programa de pós-graduação em Direito**. São Leopoldo: Centro de Ciência Jurídicas Unisinos, 2001.
- _____ **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. São Leopoldo: Ed. Livraria do Advogado, 2005.
- _____ (Coord). **A construção sociojurídica do tempo**. Juruá Editora. 2012.
- ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **A Corrupção como Fenômeno Social e Político**. 22.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **A teoria do desenvolvimento econômico**. Tradução de Maria Sílvia Possa. São Paulo. Ed. Victor Civita, 1982.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SITE DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/index_pt.htm. Acesso realizado em 08 de abril de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de Campos. a. VI, n. 06. 2005.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.