

JUSNATURALISMO E FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO: A ORIGEM MÍTICA DO DIREITO NATURAL E A FUNÇÃO SOCIAL SOB AS LUZES NO NATURALISMO

JUSNATURALISM AND SOCIAL LAW FUNCTION: THE MYTHICAL ORIGIN OF NATURAL LAW AND SOCIAL FUNCTION UNDER THE LIGHTS ON NATURALISM

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito de Maringá (1973), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor do Instituto Catuaí de Ensino Superior, professor da graduação, pós-graduação lato sensu e pós-graduação stricto sensu (mestrado) do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, família, sucessões, responsabilidade civil, e também em metodologia do ensino jurídico. Endereço eletrônico: drjso@brturbo.com.br.

DIEGO PREZZI SANTOS

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pelo programa de mestrado em ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR) na linha de pesquisa Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de pós-graduação na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de pós-graduação na Faculdade Arhur Thomas (FAAT). Professor de graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado. Endereço eletrônico: diegoprezzi@yahoo.com.br.

PEDRO FARACO NETO

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL - 2003), Especialização em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL - 2009) e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR - 2013). Atualmente é aluno do Programa de Doutorado em Função Social do Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), já tendo cumprido integralmente dois créditos. Atua como Perito Judicial e Assistente Técnico Pericial em diversas comarcas dos estados do Paraná e

de São Paulo. Professor de graduação e pós-graduação. Advogado criminalista. Endereço eletrônico: pedrofaraconeto@hotmail.com.

RESUMO

O presente estudo parte da noção de mito como explicação do mundo da vida para concluir que a tutela dispensada às pessoas na Antiguidade era vinculada não às disposições legais e sim, muitas vezes, ao culto mítico que tinha plena aceitação social, o que conferia um caráter metafísico à proteção daquele que recebia “dons” de deidades, como a vida. O direito natural como expressão cultural e social é enxergado dentro desta concepção, não necessitando a tutela humana ou reconhecimento por autoridade alguma. A análise das diferenças entre o direito natural e o direito positivo são apontadas para estruturar o tópico seguinte que liga a primeira expressão jurídica, o *jusnaturalismo*, com a função social da propriedade de forma a conferir melhores condições de proteção e óbices à proteção deficiente na sociedade líquida.

PALAVRAS CHAVE: Direito natural; pessoa humana; sociedade líquida; função social.

ABSTRACT

This study of the notion of myth as an explanation of the living world to conclude that the protection given to the people in antiquity was not linked to the legal provisions but often the mythical cult that had full social acceptance, which gave the character metaphysical protection that he received "gifts" of deities, like life. Natural law as culture and social expression is seen within this design, requiring no human supervision or recognition by some authority. The analysis of the differences between natural law and positive law are aimed to structure the next topic that connects the first legal expression, the natural law with the social function of property in order to give better protection conditions and obstacles to poor protection in liquid society.

KEYWORDS: Natural law; human person; liquid society; social function.

1. INTRODUÇÃO

O artigo ora apresentado visa demonstrar que o direito natural, por suas características, apresenta-se como vetor de influência extremamente positivo para o desenvolvimento da função social do direito.

A temática desenvolvida – conquanto seja debatida de forma isolada – não é vista com tanta recorrência quando estruturadas de forma conjunta, o que prejudica a análise da contribuição do jusnaturalismo para o desenvolvimento de uma visão que congloba a função social do direito.

Fora, por tal razão, buscada bibliografia nacional e internacional acerca de conceitos e ideias nucleares vinculados ao direito natural, direito positivo, integridade psicofísica e função social do direito, articulando-se exame sobre a efetividade desta última teoria quando estabelecida sobre uma fundação naturalista.

No tópico de abertura, direcionou-se o estudo para o atrelamento do mito – como forma de compreensão de mundo – com a proteção de bens e valores historicamente importantes para aglomerados urbanos.

Em seguida, o direito natural com suas características de maior relevância será tratado bem como sua perspectiva evolutiva, da mesma forma que haverá apontamento de elementos do direito positivo.

Após tal construção, em tópico próprio, indicar-se-á a forte colaboração do direito natural para a proteção integral do homem, a qual, como se verá, permite a tutela de questões que, as vezes, sequer estão contidas em lei, ou seja, em direito positivado.

No tópico derradeiro, os argumentos serão expostos de forma a demonstrar que, na atual sociedade (para muitos líquida, pós-moderna ou de risco), a abertura conceitual advinda do direito natural promove sólida contribuição à promoção da função social do direito.

2. A PROTEÇÃO DA PESSOA E SUA GÊNESE NO CONCEITO DE MITO

Na obra Teogonia, comumente atribuída ao poeta grego Hesíodo¹, percebe-se o mito como uma forma de enxergar a vida e os elementos que orbitam sobre ela.

Fora, pode-se indicar, uma forma antiga de compreender o mundo e seus acontecimentos. E esta “visão de mundo” - embora criticável por ser uma forma grosseira e simplista de explicar a existência e o funcionamento de tudo – fora suficiente as mais diversas circunstâncias.

¹ HESÍODO. **Teogonia**: a origem dos deuses. 4 ed. São Paulo: Iluminuras, 2001, p. 14.

Tanto é que muitas sociedades partiam de uma mitologia (a organização dos mitos) que explicava o surgimento da vida.

E essa importante vinculação do mito da vida para as aglomerações fazia o “dom” de viver – dado pela entidade – ainda mais relevante e precioso para cada pessoa.

Bastante claro que, se uma sociedade tem seu cotidiano repousando em inúmeros aspectos sob a sombra ou a luz de uma divindade, não se poderia desprestigiar a vontade da terra, do fogo, a fertilidade e outros.

Conforme se depreende do ensinamento de Mircea Eliade, o mito, de fato, é “realidade cultural extremamente complexa, que pode ser abordada e interpretada em perspectivas múltiplas e complementares”².

Essa noção de que o mito, a história acerca de algo para explicar, é uma verdade contém uma potencial social tremenda, posto que se tornava aquilo que, com a forma de pensar vigente à época, a maior aproximação do ser humano com o que se pretendia compreender.

A proteção do ser humano deve ser vista com o conhecimento de tal perspectiva, pois o desrespeito à criação daquela figura mitológica não era um atentado contra o alvo e sim contra a entidade criadora.

E neste ponto reside uma dos fundamentos de maior envergadura da vinculação entre a proteção do ser por existir e os mitos.

Pode-se compreender que da mesma forma que a chuva, o sol, o calor, o frio, o alimento, a vida era fornecida por deidades.

E este elemento comum aos mitos decorria do melhor exercício de racionalização possível, a observação.

Via-se a terra fornecer alimentos e estas sementes.

A safra que não era suficiente, a falta de chuva ou qualquer outro fator era atribuído ao descontentamento dos deuses com aquelas pessoas, as quais, em oportunidades extremas, em nome da coletividade, realizavam até sacrifícios humanos.

A celebração e os festejos eram comuns como uma medida apta a agradar as entidades e, com isso, conferir continuidade e estabilidade.

² ELIADE, Mircea. **Aspectos do mito**. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 12.

Justamente por esta razão é que o desrespeito aos produtos divinos era um atentado ao próprio personagem do mito.

E a profundidade destas noções, dada sua solidez e a confiança depositada, não necessitavam de algo diverso da tradição oral para sua disseminação, pouco importante a construção legislativa escrita organizada.

O exercício de culto e respeito era plenamente acrítico, visto que, pela própria natureza do mito, não seria possível questionamento.

A proteção humana integral, portanto, é alvo de preocupações anteriores à própria noção de lei, sendo, efetivamente, uma busca das sociedades primitivas desde os primeiros indícios de organização.

E esta idéia de tutela é vinculada a concepção metafísica que acompanha o ser humano e suas instituições sociais desde os primeiros registros.

A noção de mito – provavelmente primeira expressão da dicotomia entre o físico e o extra físico - que é vista em inúmeras sociedades e em vários períodos, vincula a pessoa a figuras que ultrapassam o mundo (e a visão) corpórea das coisas.

Assim como as plantações deveriam ser aproveitadas, as chuvas respeitadas e festejadas e o fogo celebrado, a pessoa - oriunda da vontade de um deus - deveria ser protegida e amparada.

E, justamente, nesta concepção que nasce a premência de se cuidar do ser humano pelo simples fato de estar vivo.

A desnecessidade de se criar regramentos escritos e dotados de um sistemática organização para se vislumbrar a cautela necessária do trato de aspectos humanos sempre fora extremamente clara.

Veja-se, a saber, que a importância de bens da vida (vegetais da terra, animais) era tão evidente que concepções míticas se fortaleciam no sentido de evitar seu desrespeito ou sua destruição.

A mitologia grega, romana, nórdica, latino americana contém expressões vinculadas a deuses da terra, da fertilidade, das chuvas, do fogo etc.

E estas importantes entidades eram enxergadas como fontes de vida, as quais podiam, inclusive, retirá-la ou concedê-la a depender de inúmeros fatores.

Por isso, dever-se-ia respeitar e agir com compreensão diante de “mandos e desmandos” de tais entidades.

3. O DIREITO NATURAL COMO FORMA DE CERCO PROTETIVO AO SER HUMANO

Embora desde os pré-socráticos sofistas haja menção à distinção entre direito natural e direito criado pela organização social e política da *Pólis*³, pode-se afirmar que Aristóteles teria sido responsável pela explicação que delimitou as particularidades de cada direito.

O direito natural⁴ surge de dados sociais importantes e é percebido em acontecimentos que elucidam os valores de maior vulto para aglomerações sociais. Não depende, assim, de opiniões de qualquer pessoa ou governante.

Por esta razão, esta forma de direito não perde força com o tempo e tem incidência em inúmeros lugares, não podendo ser limitado a não ser pela própria sociedade vivente deste direito.

O direito positivo, por sua vez, é criado pela organização política.

Assinala Tércio Sampaio Ferraz⁵ que positivar é ato de uma autoridade estabelecida e hegemônica que aciona sua vontade, de forma soberana, decidindo por condutas vedadas ou permitidas.

É o ato de vontade do poder que cria a positivação e demarca o direito positivo, circunstância, porém, que, numa visão jusnaturalista, não é correta dada a existência a permissão ou vedação em um estágio anterior à criação da própria autoridade criadora, posto que limita o Direito ao que é ou não lei, causando uma separação⁶ entre a realidade e o jurídico.

Note-se, a propósito, que tanto este direito quanto o natural possuem a mesma gênese e a mesma finalidade, quais sejam, relevantes valores sociais e a pacificação de demandas.

³ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes. 2008. p. 353.

⁴ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes. 2008. p. 338.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 74.

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75

Enxerga-se, com efeito, premissas que ligam uma forma e outra, havendo, todavia, circunstâncias diferenciadoras importantes.

Cumprido lembrar, como trata Javier Hervada, sobre a natureza de cada um, segundo sua interpretação feita acerca da concepção aristotélica:

[...] o direito natural e o direito positivo são verdadeiros direitos. Tanto o justo natural como o justo positivo são espécies ou tipos de direito. Ambos fazem parte igualmente do direito vigente de uma *polis* (*politikón díkaion*). É, então, claro que para Aristóteles o direito natural é um direito verdadeiro, um tipo de direito vigente, junto com outro tipo, que é o direito positivo. O direito natural não é, portanto, um princípio abstrato, uma idéia ou ideal, um valor ou coisa semelhante; é simplesmente um direito (uma coisa devida em justiça), uma espécie ou tipo particular de direito.⁷

Enxerga-se, como já referido, a seriedade com que o filósofo tratava o direito da natureza, não o minimizando em relação ao direito positivado.

Esta dualidade é repetida durante pela análise de São Tomás de Aquino recebendo uma carga axiológica que se extraiu de bases religiosas revisitadas durante a Idade Média.

O direito natural, na escolástica, recebeu influência advinda de dogmas católicos e, neste período, houve avanço para um entendimento vinculado à retidão ética e moral da pessoa.

A proteção do ser torna-se uma necessidade originada no fato de ser a vida sagrada por ter sido dada por um Deus único, ou seja, o direito natural advém de Deus da mesma forma que ocorrera em período politeísta mítico.

Veja-se o seguinte:

Na teoria tomista, a lei natural é aquele conjunto de ditames da razão com retidão que prescrevem aquelas condutas adequadas à natureza do homem e proíbem as contrárias. Essa lei é natural porque é produto da razão natural, isto é, da razão enquanto naturalmente capta as condutas exigidas pela natureza do homem e as que são contrárias a ela. Porém, não é uma lei imanente à razão, cuja origem primeira seja a natureza do homem; dada a condição de criatura do homem e entendidos os seres criados como uma participação criada do Ser Subsistente, a lei natural é, para o Aquinate, uma lei divina, naturalmente impressa no homem por via da participação da lei eterna (a lei divina enquanto está na essência de Deus). Por isso, descreve a lei natural como uma participação da lei eterna na criatura racional, isto é, no homem.⁸

⁷ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes. 2008. p. 378.

⁸ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes. 2008. p. 347.

Como se nota, houve uma mudança da influência primária do direito natural que passou a ser, para a filosofia tomista, a lei natural que brota das criações feitas por Deus, o que conferiu origem ao direito natural, não o alterando, contudo, em sua essência ligada às necessidades humanas.

Definiu-se uma sólida e imutável estrutura com a chamada lei natural e, considerando tal preceito como guia, o ser humano realiza verificações e juízos criando preceitos segundos.

A lei natural, definida por seu caráter divino e imutável, gera preceitos secundários analisados segundo a razão prática de cada um⁹, sua experiência que, ao homem reto, não escapará do primeiro preceito.

A primeira é especulativa e a segunda é prática, eivada, sem dúvida, de erros e equívocos naturais das pessoas¹⁰.

São Tomas de Aquino, percebe-se, vislumbra a separação entre o direito natural e o direito positivo haja vista a fonte, a compreensão e a aplicação de cada um de forma distinta.

Estas concepções ditadas na Idade Média foram deveras influentes ao longo do pensamento ocidental mesmo entre contratualistas e iluministas clássicos, tanto é que inúmeras obras foram lançadas com o intuito de demonstrar acertos ou erros das concepções dicotômicas revistas na Suma Teológica.

Norberto Bobbio, fazendo uma leitura acerca dos pensamentos clássicos da oposição entre naturalismo e positivismo, enxerga que:

a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachoû) a mesma eficácia (o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.

b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e má a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela

⁹ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. 4 ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2001, p. 738.

¹⁰ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. 4 ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2001, p. 738.

lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito em lei.¹¹

Nota-se a robustez das concepções anteriormente desfiladas e, mesmo hoje, sua importância é marcante e inescapável, ainda que se compreenda que a origem deste direito natural é a razão e não algo metafísico¹².

Independentemente do núcleo, há que se salientar a tutela do ser que já emana de uma compreensão antes da própria noção legal e que se aplica mesmo que o direito positivo não tenha uma amplitude integral.

É a idéia do direito natural que promove a proteção do ser pelo fato deste existir.

4. A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA COMO HERANÇA DO DIREITO NATURAL

A noção de uma proteção que independe da legislação e seus dispositivos, permite a compreensão de uma proteção integral. Isso porque a pretensão de estabelecer um rol taxativo para tutelar o ser esvazia-se a medida que a sociedade se altera.

O “Novo” Código Civil trouxe, como afirma José Sebastião de Oliveira "Um grande avanço ocorreu na Parte Geral do novo Código Civil, consistente na inserção de um capítulo próprio, tratando, exclusivamente, dos direitos da personalidade".¹³

Apesar disso, não se pode pretender uma completude do tratamento necessário à pessoa, merecendo o rol de direitos uma ampliação baseada em acontecimentos sociais, ou seja, uma abertura da tipicidade¹⁴.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

¹² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 752.

¹³ MOTTA, L., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/524/382>>. Acesso em: 23 Ago. 2012.

¹⁴ MOTTA, L., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/524/382>>. Acesso em: 23 Ago. 2012.

A existência de um rol hermético cria limitações, sendo¹⁵a unidade do ser é expressa por um direito geral de proteção ultra composto que, apesar de facetas, é uno. E esta unidade permite se realizar um cerco à integridade psicofísica do ser, sem as limitações existentes no direito positivo.

É de se salientar o apontamento de Elimar Szaniawski de que:

A doutrina brasileira predominante ainda não adota a concepção unitária do direito à integridade do homem, possuidor de um direito à integridade psicofísica, preferindo dar tratamento separado por intermédio de duas tipificações, tutelando um direito à integridade física e um direito à integridade psíquica, possuindo, ambos os direitos, a natureza de um direito de personalidade.

Parece-nos que essa dicotomia tradicional não consegue alcançar a ampla e verdadeira tutela que se deve outorgar à pessoa humana, pois nenhum dos dois, isoladamente, protege o direito à integridade do corpo humano, o direito à saúde, de um modo geral, e um direito ao pudor, estando nesses inseridos o direito à integridade psíquica e o direito à integridade física.

E segue explicitando esta visão unitária da pessoa, conglobando sua expressão física e a além do físico:

[...] o direito à integridade psicofísica, visto de um modo unitário, abrange todos esses tipos e subtipos sob a mesma denominação, tutelando esses direito de uma vez só, já que a psique pertence à estrutura do indivíduo, compõe a pessoa, integrando-se à própria personalidade e a tutela do indivíduo deve-se fazer por inteiro como um todo. A própria jurisprudência tende a efetuar a tutela da integridade do homem dentro da noção de um direito à saúde, conforme ocorre na Alemanha com o direito geral de personalidade, na Itália e na França, de acordo com a teoria tipificadora dos direitos de Personalidade.

Esta proteção integral é, por um dever de tradição e por imposição da Dignidade Humana, fundamento da República, a qual consiste em "afirmação da integridade física e espiritual da pessoa humana como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável".¹⁶

Cristalino que, tendo esta estruturação arvorada em uma valor fundamente de conteúdo axiológico tão vultoso, o Ordenamento deve funcionar (ser compreendido e aplicado) na busca da concretização da Dignidade.

¹⁵ DÍEZ-PICASSO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Instituciones de derecho civil**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 212.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

5. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO SOB AS LUZES DO JUSNATURALISMO E A NECESSIDADE DE TUTELAR A PERSONALIDADE HUMANA

O direito, conforme o acertado ensinamento de Francisco José Carvalho, “sempre teve uma função social. A norma jurídica é criada para reger relações jurídicas, e nisso, a disciplina da norma deve alcançar o fim para o qual foi criada. Se ela não atinge o seu desiderato não há como disciplinar as relações jurídicas, e, portanto, não cumpre sua função, seu objeto”.¹⁷

E a idéia de o direito com uma função social propõe algo além da mera regulamentação de condutas (ações ou omissões), contemplando a conquista de uma sociedade livre, justa e solidária.

Trata-se de uma extensão além da existência da coisa, da pessoa, do direito em si. E esta função extra, a mais, vinculada a idéias de atendimento de demandas que não se limitam ao titular e sim à toda a sociedade.

Conforme ensinamento de Eros Grau, “a função, assim, é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio”.¹⁸

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁹ indica a existência de conteúdo social e não de um dever, harmonizando, por exemplo a propriedade, com interesses de outros.

Ademais, deve-se registrar que é pacífica a pluralidade de funções que deve ter o sistema do direito, não podendo haver limitação por território ou cultura, visto que são, precisamente, estes elementos que irão colher o significado de uma função social.²⁰

¹⁷ CARVALHO, Francisco José. **Perspectivas Contemporâneas do Direito**. São Paulo: Phoenix, 2008, p. 32.

¹⁸ GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 243.

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função Social do contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45, p. 144.

²⁰ ARAUJO, Gisele Silva. Função Social do Direito. In: Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge. **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 151-181.

A assertiva encontra fundamento no fato de que, conforme professa Francisco Pedro Jucá²¹, a própria finalidade do Direito é exercer controle sobre indivíduos e grupos sociais.

O Estado – como construção orgânica – que visa o exercício de poder político coercitivamente²² deve estabelecer segurança aos cidadãos ao mesmo tempo em que se permite institutos de atualização justamente para evitar uma dissociação entre a pessoa e o aparato criado para atendê-la.

Não pode, então, existir uma separação entre os instrumentos e institutos estatais e o a finalidade de atendimento e pacificação social que justifica a criação do Estado, até porque:

[...] o mecanismo visto da relação entre o Estado e o Direito é de instrumentalização do instrumento, e do entrelaçamento de instrumentos. O Estado, pelo que até aqui demonstra, é a organização estruturada do poder político da sociedade e, por isto, significa sua ocupação pela aliança de classes que detém , pela ação cultural, a hegemonia²³.

E esta hegemonia deve prover mecanismos de contorno as contradições internas (da político, do direito) mesmo quando não é seu desejo resolver ou promover melhorias na vida das demais classes para que possa ser considerada legítima para os grupos que estão inseridos no caldo social embora não compunham diretamente a classe mandatária dos poderes.

O Direito, justamente por sua finalidade de agir conciliando interesses e lidando com conflitos, deve procurar bases na cultura e refletir as circunstâncias consideradas importantes socialmente, podendo ser considerado instrumento do “bloco histórico” apto à fazer superar as divergências ou contradições entre a estrutura e a superestrutura.

E este papel é de instrumento do Estado para promover o entrelaçamento de instrumentos de controle e comportamento, inclusive, por ser estruturado para tais

²¹ JUCÁ, Francisco Pedro. Estado e Direito. In: Ana Flávia Messa, Hélcio de Abreu Dallari Júnior. (Org.). **O Direito na Atualidade**: Homenagem ao Dr. Pedro Ronzelli Júnior. 01 ed. SP: Editora Rideel, 2010, v. 01, p. 298-317.

²² JUCÁ, Francisco Pedro. Estado e Direito. In: Ana Flávia Messa, Hélcio de Abreu Dallari Júnior. (Org.). **O Direito na Atualidade**: Homenagem ao Dr. Pedro Ronzelli Júnior. 01 ed. SP: Editora Rideel, 2010, v. 01, p. 298-317.

²³ JUCÁ, Francisco Pedro. Estado e Direito. In: Ana Flávia Messa, Hélcio de Abreu Dallari Júnior. (Org.). **O Direito na Atualidade**: Homenagem ao Dr. Pedro Ronzelli Júnior. 01 ed. SP: Editora Rideel, 2010, v. 01, p. 298-317.

funções deve ser aberto à novas descobertas de situações e necessidades de tutelas novas.

Daí a importância de se pensar a função social do direito sob a égide da base jusnaturalista, pois esta - com sua construção de cláusula geral de proteção fincada numa linha mestre estabelecida no ser e não em sua produção intelectual – confere mobilidade e evita desproteção.

Logo, vê-se o Direito finalisticamente dirigida à garantir que o discurso da hegemonia se concretize efetivamente e, com isso, se possa vislumbrar legitimidade e concretização de valores, insculpidos ou não no Ordenamento.

A existência de um fechamento em disposições legais obsta a consecução de tais finalidades indispensáveis para o Direito, que, a cada dia, nesta sociedade líquida, mudam.

Por oportuno, adere-se ao que é proposto por Nilson Tadeu Reis Campos Silva e Cleber Sanfelici Otero²⁴ sobre a necessidade de reativação de abertura típica normativas diante de um novo panorama social:

O caminhar das sociedades em direção à complexidade exigiu, no entanto, que o Direito não só viesse a ser progressivamente mais abstrato e elástico em termos conceituais e interpretativos para abranger situações heterogêneas, mas também que se tornasse modificável através de processos decisórios para se adequar às novas realidades sociais.

E esta complexidade social, à despeito da diversidade de teóricos, encontra na tecnologia seu pulmão, como preconiza Zygmunt Bauman:

Em nossa época, a tecnologia tornou-se sistema fechado: ela postula o resto do mundo como “ambiente” – como uma fonte de alimento de matéria-prima para tratamento. tecnológico, ou como o entulho para os resíduos (que se esperam recicláveis) daquele tratamento; e define suas próprias desventuras e ações falhas como efeitos de sua própria insuficiência, e os “problemas” resultantes como exigências para dar mais de si mesma: quanto mais “problemas” gera a tecnologia, tanto mais tecnologia se precisa. Só a tecnologia pode “melhorar” a tecnologia, curando doenças de ontem com drogas maravilhosas de hoje, antes que seus próprios efeitos colaterais se interponham amanhã e exijam drogas novas e melhoradas. Talvez seja este o único problema “levantado pelo avanço tecnológico” que seja inteira e verdadeiramente “insolúvel”: não existe nenhuma saída do sistema fechado. Não é tanto a questão de problemas que exigem mais tecnologia, mas a questão da própria presença de capacidades tecnológicas

²⁴ OTERO; CAMPOS SILVA, Nilson T. R. A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XXI Encontro do Conpedi**. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, v. 1, p. 13963-13984.

que só podem “problematizar” aspectos do mundo que de outra forma não se veriam como problemas²⁵.

Nesta nova sociedade líquida, existe incremento de situações de risco que podem vir a ocorrer dada a multiplicidade de relações e de tensões intra e entre elas. Ulrich Beck aponta “os riscos têm fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje”²⁶.

E esta tendência se agiganta a todo momento, pois, conforme preceitua Niklas Luhmann²⁷, a decisão atual envolve a criação certa de um risco futuro imprevisível e que, da melhor maneira, deve ser aparado nos dias de hoje.

Porém esta perspectiva nefasta é francamente contrária ao estabelecimento de um conjunto normativo lacrado e com efetividade e legitimidade amplamente discutíveis.

Um panorama inovador em relação ao passado, mas que, de fato, causa ainda maior fragilidade de disposições positivas fechadas e herméticas, dado que o vultoso crescimento da sociedade (em todas as direções) impõe um direito de maior maleabilidade, o que, com a compreensão da importância do direito natural é facilitado.

Enxerga acerto na conclusão de que:

A função do Direito está, atualmente, relacionada não só à seleção das alternativas possíveis para reduzir as múltiplas expectativas, os riscos e compensar os seus danos, mas prevenir a ocorrência de catástrofes ou tornar os seus efeitos menos deletérios por meio da inclusão, na medida do possível, de todas as pessoas, para que participem das deliberações sociais e dos benefícios de viver em sociedade. Não se duvida, portanto, que o Direito, cada vez mais, abandone ideais extremamente individuais para se conformar a uma ética mais comunitária, ainda que os interesses individualistas possam ainda predominar em face das condutas pessoais e corporativas de obter a máxima utilidade pela multiplicação das chances de acumular riquezas. Resta ao Direito também a função de antever os riscos e de racionalizar o ambiente de modo a garantir uma repartição do produto gerado com o trabalho e com a garantia de direitos sociais que possam reduzir os efeitos provocados pelas situações de risco, ameaças e os prejuízos de consideráveis proporções. A sociedade do risco é dependente de decisões, inclusive as tomadas no procedimento jurisdicional, que envolvam a opção por aceitar alguns riscos em função dos benefícios gerados pela utilização de tecnologias, com a fiscalização das atividades e

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997, p. 213.

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010, p. 39.

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 162.

o controle provável do seu emprego.²⁸

Dada a atual passagem histórica e sua tendência futura, não há que se enxergar a função social do Direito como um valor estático num Ordenamento fechado.

Pelo contrário, o que é de se reconhecer é a importância da influência de uma “razão” anterior à própria criação de entidades de poder para a interpenetração de um direito comum ao que se pretende ver eleito pela hegemonia como dispositivo legal.

6. CONCLUSÕES

Como visto, o estágio de desenvolvimento histórico e cultural no qual esta inserida a sociedade comporta uma série de relação humanas e institucionais dos mais diversos graus de complexidade e interpenetração.

Neste contexto, as dinâmicas se alteram a cada instante impondo novos feixes de problemas apresentados, além de demandas ligadas à criação e incremento de riscos.

Por tal circunstância é imperativo que o tratamento destinado ao direito – instrumento estatal de controle e pacificação – seja apto à reduzir conflitos entre as pessoas, entre estas e as instituições e possa dirimir problemas de compreensão da própria função estatal.

Diante da perspectiva apresentada, a atualização do sistema do direito deve ser uma de suas principais atividades, sob pena de o Ordenamento se caracterizar pela injustiça e desvio de finalidade que é atender aqueles que justificam a criação do Estado, as pessoas.

E, justamente nesta necessidade, que resulta a importância de ser o direito natural acionado, porquanto é mais apto – considerando sua abertura conceitual e amplitude – à concretização da função social do direito.

²⁸ OTERO; CAMPOS SILVA, Nilson T. R. A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XXI Encontro do Conpedi**. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, v. 1, p. 13963-13984.

Isso porque, como apontado, o direito positivo é entendido como um sistema demasiadamente hermético, de árdua mudança e que, bem por tal foco, cria empecilhos ao enfrentamento pronto de novos desafios impostos pelo mundo da vida.

Verificando-se, portanto, um belvedere histórico social inovador e repleto de desafios que se retroalimentam, a maleabilidade advinda da concepção naturalista de direito, livre de amarras impostas por um poder central e autoritário que, nem sempre, estabelece legitimamente normas fechadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. 4 ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2001.

ARAUJO, Gisele Silva. Função Social do Direito. In: Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge. **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Francisco José. **Perspectivas Contemporâneas do Direito**. São Paulo: Phoenix, 2008.

DÍEZ-PICASSO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Instituciones de derecho civil**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

ELIADE, Mircea. **Aspectos do mito**. Lisboa: Edições 70, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: RT, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função Social do contrato. **Revista de Direito Civil**, v. 45.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HESÍODO. *Teogonia*: a origem dos deuses. 4 ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.

JUCÁ, Francisco Pedro. Estado e Direito. In: Ana Flávia Messa, Hélcio de Abreu Dallari Júnior. (Org.). **O Direito na Atualidade**: Homenagem ao Dr. Pedro Ronzelli Júnior. 01 ed. SP: Editora Rideel, 2010, v. 01.

_____. **Judicialização da política e politização do Judiciário**. *Ciência Jurídica*, v.13, n.85; jan/fev, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MARTINS, Ives Gandra. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, L., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito da personalidade e dano moral nas relações familiares. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/524/382>>. Acesso em: 23 Ago. 2012.

OTERO; CAMPOS SILVA, Nilson T. R. A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XXI Encontro do Conpedi**. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, v. 1, p. 13963-13984.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.