

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO NAS ATUAIS SOCIEDADES COMPLEXAS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL
SISTÊMICA LUHMANNIANA**

**THE SOCIAL FUNCTION OF LAW IN THE CURRENT COMPLEX SOCIETIES:
A CRITICAL ANALYSIS ARISING FROM LUHMANN'S SYSTEMIC FUNCTION
DIFFERENTIATION**

Cleber Sanfelici Otero*

Nilson Tadeu Reis Campos Silva**

RESUMO

O presente artigo apresenta, no âmbito da Sociologia do Direito, uma análise da função social do Direito a partir de uma crítica construtiva à teoria comunicativa dos sistemas proposta por Niklas Luhmann. A complexidade das sociedades pós-modernas acarreta a necessidade de garantir uma diferenciação funcional ao sistema jurídico a fim de tornar administráveis os riscos decorrentes da utilização de novas tecnologias. Nos procedimentos decisórios de criação e de aplicação do Direito, os benefícios à sociedade precisam ser considerados, muito embora também devam ser apreciadas e sopesadas as possibilidades de controle e as consequências do emprego inadequado dos novos conhecimentos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Sistemas; Sociedade de risco; Função social do Direito; Inclusão social.

* Juiz Federal. Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Professor do curso de Graduação em Direito, de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR); Professor do curso de Pós-graduação em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: cleberot@yahoo.com.br

** Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e em Administração de Empresas pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Professor do curso de Graduação em Direito, de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR); Professor da pós-graduação da UNIVEL (Cascavel); advogado. E-mail: nilson8951@gmail.com

ABSTRACT

The article presents, in the scope of Sociology of Law, an analysis of the social function of law arising from a constructive criticism to Niklas Luhmann's communicative system theory. The complexity of post-modern societies complexity brings about the need of guaranteeing a functional differentiation to the legal system in order to allow for the management of risks resulting from the use of new technologies. In the decision process of law creation and application, the benefits to society should be considered, although the possibilities of controlling the inadequate use of new scientific knowledge and its consequences must also be regarded and balanced.

KEYWORDS: Systems Theory; Risk society; Social function of law; Social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

A Sociologia limita-se a estudar fatos sociais decorrentes de uma organização social definida e, por tal motivo, não é uma ciência normativa, não se ocupa de ideais normativos para a conduta social, não formula juízos de valor e nem proporciona uma pauta para a organização ou mudança da sociedade¹.

Logo, o Direito, visto pelos juristas como um conjunto de significações normativas, apresenta-se para a Sociologia Jurídica como um fato social, ao mesmo tempo produzido como efeito de outros fatos sociais e, também, como configurador da sociedade ao gerar efeitos sobre outras manifestações da vida social².

Foi mesmo DURKHEIM quem, primeiramente, identificou temas de relevância da Sociologia do Direito, ao afirmar que a ela cabe pesquisar como as regras são historicamente constituídas, as suas causas e finalidades, bem como a maneira como funcionam na sociedade ao serem aplicadas³.

¹RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado de Sociologia**. Trad. de: João Baptista Coelho Aguiar. Rio de Janeiro - Pôrto Alegre - São Paulo: Editora Glôbo, 1965, p. 14.

² *Ibid.*, p. 692.

A Sociologia Jurídica estuda a formação, a transformação, a função e a influência do Direito na vida social, mas sem haver uma preocupação com a elaboração e a interpretação das normas vigentes numa dada sociedade.

Importa realizar uma separação didática. Conjuntamente com a Sociologia Jurídica Analítica – ao analisar os dados elementares da realidade jurídica, as relações jurídicas fundamentais e as camadas jurídicas sedimentares (costumes, leis, sentenças, doutrina, etc) – e também com a Sociologia Jurídica Diferencial – ao estudar a ordem jurídica dos grupos particulares (família, empresa, sindicato, etc.) e das sociedades globais (nação, comunidades internacionais), a fixação da tipologia e a diferença das relações entre os tipos de sociedade e as espécies de Direito correspondentes –, a Sociologia Jurídica Genética tem um papel de importância ao evidenciar que o Direito apresenta funções:

3) Sociologia jurídica genética, ou macrosociologia genética do direito, estuda as transformações do direito no meio social, verificando as influências dos diversos fatores sociais na gênese do direito e a atuação do direito sobre a sociedade, ou a verificação dos efeitos produzidos pelo direito no meio social, concluindo que:

a) O direito emana da sociedade: como resultante do poder social que o apóia e o impõe aplicando sanções aos transgressores; como reflexo dos objetivos, valores e necessidades sociais, pois procura assegurar o respeito aos valores que os membros da sociedade consideram necessários à convivência social, p. ex., segurança, interesse público, justiça etc; como manifestação ou efeito de fatores sociais, sejam eles geográficos (solo, águas, flora, fauna etc., que condicionam normas, p. ex., o código de mineração de águas, florestal etc.), climáticos (que impõem preceitos especiais, p. ex., normas sobre horário de verão, calefação, edificação, remoção de neve etc.), raciais, religiosos, técnico-científicos (pois inovações técnicas e científicas influem na seara jurídica, daí a existência de um direito espacial, aéreo, marítimo, de normas sobre comunicações, transplantes de órgãos humanos etc.), ou econômicos etc.

b) O direito influencia a sociedade como um instrumento de controle social, reconhecido pela comunidade: por conter normas imperativo-autorizantes, isto é, que impõem deveres aos seus destinatários, autorizando aplicação da sanção em caso de sua violação;

³DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1: “A física dos costumes e do direito tem como objeto o estudo dos fatos morais e jurídicos. Esses fatos consistem em regras de conduta sancionada. O problema que a ciência se coloca é pesquisar: 1º. Como essas regras se constituíram historicamente, ou seja, quais são as causas que as suscitaram e os fins úteis que elas preenchem; 2º. A maneira pela qual elas funcionam na sociedade, ou seja, pela qual são aplicadas pelos indivíduos”.

por garantir a manutenção da ordem social existente; por ser o principal agente da mudança social, pois o legislador, ao elaborar a lei, o administrador e o juiz ao aplicá-la, o advogado e o assessor jurídico ao orientarem empreendimentos, contratos etc. estão contribuindo para a modificação da realidade social.⁴

Assim, tanto o Direito como a sua funcionalidade poderão variar conforme a realidade vivenciada nas diferentes sociedades. Por não haver uma definição universal válida de Direito para todo tempo e lugar, também as suas funções não serão únicas, mas, sim, histórica e localmente diferenciadas⁵.

O crescimento progressivo e considerável das populações e das sucessivas complicações decorrentes da diversidade de comportamentos e opções de conduta permitiu o surgimento de sociedades cada vez mais complexas.

Para a solução dos problemas decorrentes do aumento da complexidade social, o Direito sofreu uma expansão normativa e, como não poderia deixar de ser, também a sua funcionalidade restou alterada.

Essa evolução do Direito – de uma sociedade de solidariedade mecânica (na qual as regras jurídicas confundem-se com regras morais) para o Direito de uma sociedade de solidariedade orgânica (na qual ocorre a diferenciação e separação em relação às regras morais) – foi exposta por LUHMANN a partir da concepção de função proposta na teoria sociológica durkheimiana:

O direito, como regra moral, é expressão da “solidariedade” de uma sociedade. O tipo de solidariedade necessária, e com isso também o direito, seria condicionado pela forma de diferenciação social e modificar-se-ia com o desenvolvimento da própria sociedade. Esse desenvolvimento é visto por *Durkheim* como uma reorganização da sociedade da diferenciação *segmentária* à diferenciação *funcional*. A diferenciação *funcional* subdivide a sociedade em unidades iguais e semelhantes, de muito baixa complexidade: em famílias ou linhagens. A diferenciação funcional ordena a sociedade em termos de divisão do trabalho, em diferentes sistemas parciais que preenchem funções específicas,

⁴DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 226-228.

⁵ARAÚJO, 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.

aumentando assim a complexidade da sociedade. No caso de predominância da diferenciação segmentária, a sociedade integrar-se-ia através de uma consciência coletiva de conteúdo comum, na forma de regras morais cuja transgressão provocaria repressões. Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade “orgânica” que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes. O direito seria então reestruturado, substituindo sanções *repressivas* por sanções *restitutivas*, que ainda exigem apenas a reparação de danos e assim a reconstituição da capacidade de funcionamento das partes, e não mais a busca de vingança contra as ofensas à consciência coletiva, nem a *colère publique*, exigindo porém a diferenciação social e a especificação suficiente dos sistemas parciais [...].⁶

Torna-se, assim, necessário identificar a(s) função(ões) do Direito nas sociedades modernas para, em face da maior diferenciação funcional e do aparecimento ou aumento dos riscos sociais, compreender os novos papéis na crescente complexidade da pós-modernidade.

2 O DIREITO NA MODERNIDADE

Após o surgimento do Estado moderno, houve, por necessidade, um crescimento quantitativo da edição de novas regras tanto para a organização estatal como para a regulamentação das relações sociais na sociedade mercantilista que se formava. Aos poucos, os costumes foram perdendo importância para darem lugar ao estabelecimento de normas estatais, cada vez mais sob uma formatação escrita.

O Direito era, inicialmente, estabelecido por meio de normas definidas para situações pontuais e, de modo muito estável, praticamente não sofria alterações.

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

⁶LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p . 26-27.

interpretativos para abranger situações heterogêneas, mas também que se tornasse modificável através de processos decisórios para se adequar às novas realidades sociais.

À maleabilidade e à possibilidade de alteração jurídica refere-se LUHMANN ao realizar uma comparação necessária com o fenômeno da positivação do Direito⁷.

A positivação representa o ato de positivar, ou seja, da autoridade constituída de estabelecer o Direito por força da vontade soberana e somente da mesma maneira poder modificá-lo. Como os atos de vontade tornam-se atos decisórios, positivação e decisão restam empregadas de forma correlata⁸.

Há, todavia, um sentido sociológico, em razão do qual a positivação, vista como um fenômeno decorrente da técnica relacionada à exigência da votação parlamentar da lei para ser fonte do Direito, reduz o jurídico ao legal por meio de uma atividade externa à realidade das pessoas que se relacionam no meio social⁹.

Desenvolveu-se a dogmática, com a função de atribuir aos conceitos jurídicos um caráter abstrato, mas por meio de uma desvinculação deles com interesses cotidianos em jogo, uma neutralização dos interesses concretos na formação do próprio Direito e uma desvinculação dos direitos sagrados ou mesmo de conteúdos éticos teologicamente fundados¹⁰.

Assim, o Direito passou a ser observado como conjunto de normas, instituições e decisões sistematizadas, interpretadas e direcionadas à finalidade de neutralizar e solucionar conflitos, que deixam de ser tratados em toda a sua extensão concreta para serem analisados em termos de “decidibilidade” e com mínima perturbação social¹¹.

Não obstante o ganho proporcionado com essas vantagens, a maior abstração jurídica traz, por outro lado, como risco, o formalismo extremo e o distanciamento do Direito com a realidade social, tanto que já se chegou, por vezes, como no holocausto, a desconsiderar o ser humano como pessoa e como sujeito de direitos fundamentais.

Dentre as necessidades sociais que o Direito moderno procura satisfazer, costuma ser unânime mencionar que o Direito deve organizar, legitimar e definir os limites do poder político, bem como resolver os conflitos de interesses¹².

⁷*Ibid.*, p. 15.

⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 74.

⁹*Ibid.*, p. 74-75.

¹⁰*Ibid.*, p. 80.

¹¹*Ibid.*, p. 82 e 250.

¹²RECASÈNS SICHES, *op. cit.*, p. 695-701.

O Direito classifica os interesses opostos em interesses a merecer proteção e em interesses que não demandam tutela, estabelece uma tabela hierárquica entre os interesses, define limites dentro dos quais os interesses são reconhecidos e protegidos e, por fim, estabelece órgãos para declarar normas, executar normas e ditar normas individualizadas¹³.

Ante a grande quantidade de interesses que precisam de salvaguarda, ganharam crescente relevo os interesses de liberdade e os interesses para assegurar igualdade e solidariedade.

As primeiras etapas da industrialização e do capitalismo revelaram, no entanto, que garantir apenas direitos de liberdade não foi suficiente para assegurar justiça social em face da acumulação de riquezas da burguesia em detrimento da grande massa dos trabalhadores.

O estabelecimento de direitos sociais tornou-se importante não só porque permitiu uma redistribuição da riqueza produzida pela sociedade e diminuiu as desigualdades sociais, mas também pelo fato de que também contribuiu para a abertura das primeiras portas em prol da defesa dos interesses das minorias.

O avanço em direção à crescente complexidade agora está, cada vez mais, associado à perspectiva de ampliação dos direitos dos grupos minoritários em face do interesse de maior participação na sociedade. Assim, em conformidade com a dogmática jurídica, o Direito continuou a ser abstratamente definido em normas, mas passou a assumir novas e relevantes funções sociais.

3 A FUNCIONALIDADE DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Acerca das listagens de funções do Direito costumeiramente indicadas em obras sobre o assunto (composição dos conflitos, regulamentação das tarefas, organização e legitimação do poder, distribuição dos recursos, etc), BOBBIO nelas visualizou elementos heterogêneos que divorciam inadequadamente a funcionalidade do Direito e o Direito¹⁴.

Por que isso? Para o jurista italiano, uma teoria funcional do Direito não poderia encontrar o elemento caracterizador do Direito na sua estrutura, mas deveria estar baseada

¹³*Ibid.*, p. 695-696.

¹⁴TREVES, Renato. **Sociologia do Direito**. Trad. de: Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 311.

exclusivamente na especificidade da sua função¹⁵. Até aquela época, uma teoria funcional não se desenvolvera a tal ponto.

Houve, desde então, um aperfeiçoamento teórico com fundamento na funcionalidade sistêmica do Direito, em especial quanto à análise das condições necessárias para as funções essenciais do sistema jurídico serem realizadas.

De conformidade com uma teoria funcionalista, o aumento da complexidade social abre o caminho para a escolha de diversas possibilidades de realização nos segmentos e sistemas da sociedade.

No Direito, para evitar a criação de uma multiplicidade de expectativas e de decepções, são selecionadas, dentre uma infinidade de alternativas, as opções mais condizentes com o desenvolvimento social e em conformidade com as suas funcionalidades, ainda que, por meio desse processo seletivo, vários riscos possam ser admitidos.

Por conseguinte, “[...]. *Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa o perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos*”¹⁶.

As escolhas racionais possíveis acerca dos caminhos a trilhar por parte do corpo social e de seus membros são definidas, segundo LUHMANN, por meio de processos decisórios de seleção que trabalham, alternada e variavelmente, conforme as necessidades e exigências das circunstâncias¹⁷.

Para aliviar a sobrecarga seletiva nos processos decisórios, as sociedades criam estruturas, especificam as diversas funções e, conseqüentemente, reduzem racionalmente a ampla complexidade a bases de ação¹⁸ passíveis de decisão dentro de parâmetros aceitáveis¹⁹.

¹⁵ *Ibid.*, p. 312.

¹⁶ LUHMANN, *op. cit.*, 1983, p. 46.

¹⁷ *Ibid.*, p. 49.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 39-40: “Uma das características importantes dum sistema é a relação com a complexidade do mundo. Por complexidade, deve entender-se a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real – quer seja no mundo (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema). Para cada construção dum sistema é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita um número limitado de possibilidades e as leve a cabo. Os sistemas constituem uma diferença entre interior e exterior, no sentido de uma diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é excessivamente complexo, impossível de abarcar com a vista e incontrolável; em contrapartida, a sua ordem própria é extremamente valiosa na medida em que reduz a complexidade; e como ação inerente ao sistema só admite, comparativamente, algumas possibilidades. À ordem inerente do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão ‘subjéctiva’ do mundo, que, dentre as possibilidades do mundo, só escolhe alguns fatos relevantes, acontecimentos, expectativas, que considera significativos. É através dessa redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação. Essa função de redução da complexidade é essencialmente desempenhada pela criação de estruturas [...]”.

¹⁹ LUHMANN, *op. cit.*, 1983, p. 168.

Com o Direito, ocorre isso principalmente no referente à positivação²⁰, mais propriamente acerca da elaboração e aplicação das normas.

Para evitar o uso constante da força, configuram-se processos juridicamente regulamentados – como o processo da eleição política, o processo legislativo e o processo judiciário – a fim de eliminar uma infinidade de expectativas das pessoas por meio de decisões vinculativas²¹.

Assim, na sociedade moderna, os outros papéis são neutralizados pelos papéis processuais, de maneira que as estruturas de personalidade (psíquicas) acabam separadas das estruturas sociais²².

Para LUHMANN, a legitimidade do Direito decorre tanto da sua função de promover a estabilização por meio da implementação fática do Direito como também da sua função de controlar os processos de decisão jurídica²³ no plano do sistema social (sociedade).

Já no plano das pessoas, ele considera que as categorias puramente psíquicas – ao internalizarem normas e valores – seriam insuficientes para captá-lo²⁴.

Logo, seria limitada demais a função do Direito de apenas resolver conflitos e manter os padrões comportamentais vigentes, consoante anteriormente se observara²⁵. Agora, muito mais, a função do Direito reside na sua eficiência seletiva, ou seja, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas²⁶.

Dessa forma, procura-se também, seja de forma antecipada ou posteriormente, garantir a função do Direito de neutralizar os riscos derivados das expectativas desiludidas²⁷.

Como crítica, pode-se dizer que a teoria funcionalista sistêmica pretende reduzir demais o Direito, no referente às ações dos indivíduos, à sua generalidade e abstração, tornando o ordenamento jurídico extremamente formal e pouco reflexivo quanto aos problemas sociais.

²⁰*Id., op. cit.*, 1980, p. 121: “Com a positivação absoluta do direito atingiu-se um novo plano de funcionamento da sociedade mais completo e rico em alternativas seguindo as suas próprias condições de estabilidade e que não é compatível em detalhe com o direito anterior, apesar de toda a continuidade de normas e formas de pensamento. [...]”.

²¹LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 65.

²²*Id., op. cit.*, 1980, p. 199-200. *Id., op. cit.*, 1985, p. 66 e 68.

²³*Id., op. cit.*, 1985, p. 70.

²⁴*Id., ibid.*, p. 68.

²⁵*Id., ibid.*, p. 12.

²⁶*Id., op. cit.*, 1983, p. 116.

²⁷TREVES, *op. cit.*, p. 330.

Não bastasse isso, a teoria sistêmica desconsidera que as pessoas podem interferir efetivamente nos processos de decisão, inclusive com a introdução de seus valores, por mais que o sistema seja construído de maneira a tornar essas interferências menos eficazes.

Seja como for, o mérito do desenvolvimento teórico sistêmico luhmanniano é permitir uma descrição do Direito e proporcionar uma visão importante do sistema jurídico para que seja possível desenvolvê-lo de modo a reduzir as expectativas e os riscos decorrentes de contingências geradoras de desilusões.

Por outro lado, ao se conhecer os mecanismos de funcionamento do Direito, pode-se, então, estruturá-lo para que se venha a admitir e a considerar os valores mais relevantes à sociedade nos respectivos processos decisórios.

É dessa forma que o Direito deixa de ser um repositório formal de normas ou mero instrumento de reprodução da ordem para assumir uma função ativa no mundo social.

Ocorre isso tanto com a inserção de aspectos positivos, valorativos e materiais no interior da sua instrumentalidade formal como pelo reconhecimento de sua função social de redistribuição, apesar do risco de se ter e chegar a um descontrole²⁸.

Esse risco, todavia, apesar de existente, deve, de certo modo, ser previsto e, da melhor forma possível, contornado por meio de mecanismos decisórios cada vez mais eficientes.

4 POTENCIALIZAÇÃO DOS RISCOS E INCLUSÃO SOCIAL

O conhecimento e a tecnologia permitem a criação de novos instrumentos para a superação das dificuldades e a solução de uma série de problemas. A utilidade tecnológica pode, todavia, acarretar outros problemas, que passam a demandar novas tecnologias.

Ocorre, portanto, um grande dilema, aqui retratado por 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

²⁸ ARAUJO, *op. cit.*

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 que só podem “problematizar” aspectos do mundo que de outra forma não se veriam como problemas [...]. Nem os que foram ensinados a esperar felicidade no fim do caminho, nem os que nada esperam a não ser a ruína, não podem fazer outra coisa senão lançar-se ao trabalho duro que mantém a tecnologia andando.²⁹

O curso da modernização produziu continuamente riscos e perigos que cresceram sem cessar, até passarmos da “sociedade industrial” para a “sociedade de risco”, na qual a lógica da produção da riqueza vem sendo gradativamente substituída pela lógica de evitar os perigos e os riscos sistematicamente produzidos³⁰.

Conforme BECK, “*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*”³¹. No diálogo com BUENO, BECK esclarece que o risco não significa catástrofe, mas a antecipação das catástrofes como efeitos colaterais, indesejados e, por vezes, imperceptíveis, tudo em conformidade com um conceito moderno que ora pressupõe decisões humanas quanto a eventos futuros humanamente produzidos em termos de probabilidade, tecnologia e modernização³².

A determinação do risco, por meio da medição objetiva da probabilidade estatística de que venha a ocorrer o desastre e a proporção que ele poderá ter, garantia um certo controle e

²⁹BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Trad. de: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 213-214.

³⁰BECK *apud* BAUMAN, *ibid.*, p. 227-228.

³¹BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 39.

³²BUENO, Arthur; BECK, Ulrich. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, *op. cit.*, [Anexo], p. 362-364.

monitoramento³³ a gerar segurança, mas a pós-modernidade avança cada vez mais no sentido de torná-la duvidosa.

Com efeito. Os riscos sempre existiram, tanto nas sociedades primitivas como nas sociedades mais desenvolvidas, mas, em nossos dias, ao contrário do que se pressupunha acerca da redução deles, continuam a existir em termos potenciais.

Assim, conquanto alguns eventos tenham praticamente desaparecido ou diminuído (p. ex., a escravidão e as guerras constantes), outros não deixaram de existir, ainda que de forma alterada (p. ex., as doenças e os desastres naturais).

Ademais, surgiram novos riscos em razão da realidade tecnológica e industrial (p. ex., a poluição, os acidentes com as máquinas), inclusive quanto à exposição de grande perigo à humanidade (p. ex., os desastres nucleares).

Segundo LUHMANN, a sociedade complexa vive seu futuro na forma do risco das decisões tomadas no presente, ou seja, o risco é uma forma de realizar descrições presentes do futuro sob o ponto de vista de algo poder ser decidido, em atenção aos riscos, por uma alternativa ou outra³⁴.

Portanto, os riscos concernem a danos possíveis, embora não consumados e (im)prováveis, resultantes de uma decisão, de maneira que possam ser provocados por esta, muito embora possivelmente não o seriam se houvesse uma deliberação de maneira diversa³⁵.

Com isso, é pertinente dizer que é possível evitar os riscos e ganhar em segurança ao se decidir de forma diversa, como nas hipóteses, por exemplo, de não instalar centrais nucleares ou de determinar a desocupação de uma área sujeita ao perigo de desastres naturais³⁶.

Aqui, pode-se novamente criticar uma concepção funcionalista limitada, pois tanto as decisões coletivas como as decisões individuais podem acarretar riscos. Aliás, foi isso reconhecido pelo próprio LUHMANN, ao mencionar que as condições ecológicas podem ser alteradas pelo emprego de técnicas e de produtos, inclusive em virtude de decisões individuais³⁷.

Inicialmente, a positivação do Direito também elevou os riscos, algo que restou perceptível com o poder absoluto abusivo e arbitrário dos monarcas soberanos, só debelado

³³BAUMAN, *op. cit.*, p. 229.

³⁴LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Trad. de: Josexto Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 162.

³⁵*Id.*, *ibid.*, p. 163.

³⁶*Id.*, *ibid.*, p. 163-164.

³⁷*Ibid.*, p. 165.

posteriormente com a imposição do Estado de Direito e com a orientação estatal no sentido de estabelecer garantias fundamentais³⁸.

Ademais, a positivação jurídica acarretou novas espécies de riscos, inclusive por meio de ameaças das pessoas, de uma ou algumas contra as outras, até mesmo com a permissão do Direito, porquanto não combatidas e até acreditadas³⁹.

Conseqüentemente, não se trata mais de segurança contra ações ilegais, mas mesmo contra ações legais realizadas em conformidade com um Direito incapaz de garantir a certeza moral daquele que se imagina em um (pseudo)contexto de justiça⁴⁰. Surge, portanto, a trivialidade do Direito, com grande indiferença a diversidades e, inclusive, com a possibilidade do crescimento de regramentos não-estatais⁴¹.

Por outro lado, imaginava-se que o progresso permitiria um controle paulatino dos riscos e os acidentes poderiam também ser compensados. Ocorre que, nas sociedades pós-modernas, esses fundamentos de estabilidade foram abalados pela antecipação de catástrofes e problemas globais, como as mudanças climáticas, as crises financeiras, o terrorismo⁴² e, mais recentemente, até por acidentes nucleares em instalações com alto nível de controle e segurança.

Por tal razão, a percepção dos riscos e as incertezas globalmente fabricadas agora são caracterizadas pela onipresença (as causas e conseqüências não se limitam a um local ou espaço geográfico), pela incomensurabilidade (não se consegue calcular as conseqüências) e pela irreparabilidade (os perigos decorrentes das decisões e suas conseqüências não são controláveis e os acidentes também não são compensáveis em face da irreversibilidade, quer seja em função do progresso na manipulação da genética humana, do uso de armas de destruição em massa por terroristas, etc)⁴³.

Por vezes, em decorrência de um *efeito boomerang*, as próprias pessoas que criaram e lucraram com a criação de uma situação de risco também são atingidas pelos resultados de suas ações⁴⁴.

³⁸*Id.*, *op. cit.*, 1985, p. 53.

³⁹*Ibid.*, p. 54.

⁴⁰*Ibid.*, p. 54-55.

⁴¹*Ibid.*, p. 56-57.

⁴²BUENO e BECK, *op. cit.*, [Anexo], p. 363.

⁴³*Ibid.*, p. 363-364.

⁴⁴BECK, *op. cit.*, p. 44.

Assim, “*dada a nova classe de ameaças à humanidade, a lógica da compensação entra em colapso e é substituída pelo princípio da ‘precaução pela prevenção’ (François Ewald)*”⁴⁵, muito embora não se consiga evitar de forma adequada uma catástrofe e, por tal motivo, controlar o respectivo risco.

Por tal razão, o risco mundial torna-se meio de comunicação e cooperação obrigatório entre os seres humanos, o que força as pessoas a se comunicarem, inclusive com a ultrapassagem dos limites e bloqueios sociais, econômicos, políticos e culturais, não só entre os indivíduos, mas também entre os países⁴⁶.

Como se sabe, as pessoas que mais sofrem com as catástrofes são as mais pobres, mas, agora, como todas podem ser atingidas, ricas ou pobres, o diálogo talvez possa permitir a construção de um novo entendimento, com novas estruturas e de um novo Direito⁴⁷, mais inclusivo e de maior abertura para uma pluralidade participativa nos processos decisórios que definam os destinos das sociedades, até mesmo em termos globais.

Nas sociedades estratificadas, a inclusão também segue o princípio da diferenciação, de maneira a formar a individualidade em conformidade com a assimilação a um determinado *status* social, com a exclusão daqueles que a ele não pertencem e em decorrência da ruptura de relacionamento⁴⁸.

O surgimento da sociedade moderna veio acompanhado das formações excludentes, posteriormente mais acentuadas com o aparecimento das nacionalidades étnicas, com a delimitação de classes sociais e, também, com as disputas religiosas. Na sociedade pós-moderna, procura-se, agora, reduzir a diferenciação para que se possa lograr o reconhecimento e a inclusão social.

A nova função do Direito, de reconhecimento e de inclusão das pessoas na participação social, vem associada ao fortalecimento de um novo Estado, ao mesmo tempo configurado em termos mundiais como um Estado decorrente da cooperação global, mas também limitado às formações sociais e estatais estritamente regionais que valorem as suas origens e as suas manifestações culturais.

O Direito torna-se construído em caráter local, em âmbito regional, nacional e também mundial, menos estático e muito mais dinâmico, com a elasticidade de seus conceitos para uma

⁴⁵BUENO E BECK, *op cit.*, [Anexo], p. 364.

⁴⁶*Ibid.*, p. 364-365.

⁴⁷*Ibid.*, p. 364 e 367-368

⁴⁸LUHMANN, *op. cit.*, 1998, p. 173-174.

compreensão menos estrita dos riscos e para que possam ser solucionados os problemas mais relevantes no contexto social.

5 UM CASO JURISDICIONAL RELEVANTE

O Poder Judiciário tem decidido questões importantes relacionadas ao tema da inclusão social. Alguns casos, por sinal, envolvem a questão do aumento dos riscos.

Recentemente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, decidiu que a Lei de Biossegurança (Lei 11.105, de 24 de março de 2005) é constitucional e, com esse entendimento, garantiu a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos⁴⁹.

Como fundamento principal, chegou-se à consideração da existência de um constitucionalismo fraternal no Brasil, capaz de viabilizar o tratamento e o direito à saúde das pessoas doentes pelo progresso da ciência para obter a cura de patologias e traumatismos a partir da utilização de embriões humanos produzidos em ambiente extracorpóreo.

Inferiu-se que não restaria ferido o direito à vida pelo fato de que os embriões, porquanto não implantados no útero, não teriam as terminações nervosas necessárias para viabilizar a existência de um novo ser humano.

Releva ressaltar, no entanto, que os Ministros do STF entenderam pela suficiência das cautelas e restrições impostas pela Lei da Biossegurança na condução das pesquisas científicas, assumindo-se, portanto, o risco na hipótese da produção de efeitos indesejados pela condução científica realizada com descuido, descontrole e, até mesmo, com propósitos diversos e ilegais.

Logo, ao sopesarem a possibilidade de garantir a inclusão social de pessoas portadoras de deficiências por meio da cura de suas patologias e a possibilidade reduzida de haver riscos

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Pela maioria votante. **DJe nº 96**. Brasília, DF, Acesso em 29 mai. 2010. Disp. em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

indesejados ante os critérios e limitações legais estabelecidos, optaram pela alternativa de permitir a realização de pesquisas científicas ainda pioneiras com a utilização das células-tronco.

Talvez, se essa questão tivesse sido decidida no passado ou por uma outra composição de Ministros na Corte, outro poderia ter sido o resultado, ou seja, no sentido de proibir as pesquisas científicas em face dos riscos a serem gerados por um possível descontrole na utilização dos embriões humanos.

Decidiu-se, no entanto, de forma diversa, mesmo por maioria em razão das diferentes extensões dadas aos textos normativos por alguns Ministros, ante a compreensão do atual estágio de desenvolvimento da sociedade e da importância do avanço científico para o benefício de tantas pessoas afligidas por doenças ou traumas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, no *caput* do artigo 196, que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”⁵⁰.

Por sua vez, em seu artigo 225, dispõe incumbir ao Poder Público, para assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, “*preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético*” (inciso II)⁵¹, bem como “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*” (inciso V)⁵².

A relação entre o direito constitucional de todos à saúde e ao meio ambiente comporta uma tensão entre a obtenção de novas tecnologias a fim de reduzir os riscos no referente à saúde e o emprego de técnicas que possam ter o efeito indesejado de gerar agravos à vida.

Assim, ao mesmo tempo em que o avanço tecnológico pode, de um lado, permitir a resolução dos problemas de pessoas afetadas por patologias, por outro a utilização da tecnologia deve ser controlada sob pena do desvio gerar consequências mais danosas aos seres humanos.

⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: texto promulgado em 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012. Cf. **Constituição da República Federativa do Brasil [de 5 de outubro de 1988]**. Alexandre de Moraes (Org.). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 210.

⁵¹*Id.*, *ibid.*

⁵²*Ibid.*

Estava, portanto, em julgamento a decisão entre optar pela redução do risco à saúde pela liberação de pesquisas científicas para recuperar pessoas enfermas e portadoras de deficiências ou, então, escolher o risco advindo de um descontrole na utilização das novas técnicas.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o atual estágio da ciência, a efetiva fiscalização do emprego tecnológico e as limitações legais para o seu exercício seriam suficientes para garantir o avanço necessário na obtenção de novos meios de cura.

De fato, a Constituição de 1988 não impede a realização de pesquisas, desde que haja o controle das técnicas, métodos e substâncias que importem risco para a vida e com a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético ambiental, mesmo em se tratando do ser humano.

Outrossim, pode-se verificar a existência de norma constitucional no artigo 200, inciso V, que impõe ao Sistema Único de Saúde a atribuição de incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico na área. Consequentemente, o progresso tecnológico na saúde é constitucionalmente assegurado, contanto que haja a devida fiscalização e controle.

A Lei 11.105, de 24 de março de 2005, regulamentou o texto constitucional e permitiu experiências controladas não apenas com a utilização de células-tronco embrionárias (artigo 5º da Lei de Biossegurança), mas também com organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados⁵³.

Para efeito de controle, criou e estabeleceu um Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), uma Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), incumbiu a órgãos e entidades o registro e a fiscalização, obrigou as instituições de pesquisa a criar Comissões Internas de Biossegurança (CIBio) e estabeleceu um Sistema de Informações em Biossegurança (SIB) para a gestão das informações (artigos 8º a 19)⁵⁴.

A legislação estabeleceu a responsabilidade civil e administrativa, de forma solidária, para a reparação dos danos ao meio ambiente e a terceiros (artigos 20 a 23)⁵⁵.

⁵³BRASIL. Lei 11. 105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

⁵⁴*Id.*, *ibid.*

⁵⁵*Ibid.*

Por fim, criou tipos penais, inclusive pela utilização indevida de embriões humanos, realização de engenharia genética humana, clonagem humana, além de delitos relacionados ao uso indevido de OGM (artigos 24 a 29 da Lei de Biossegurança)⁵⁶, mencionando, ainda, o crime de comercialização de material biológico previsto no artigo 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Nada foi estabelecido legalmente, todavia, quanto à forma de reparação efetiva dos efeitos danosos produzidos pela má-utilização de embriões humanos e de OGMs, muito provavelmente pelo fato de não se saber de antemão qual poderá ser a dimensão dos mesmos.

Verifica-se, assim, que essas experiências envolvem a possibilidade de ocorrência de riscos característicos da pós-modernidade, porquanto são difíceis de dimensionar em termos de consequências espaciais (podem atingir muitas pessoas em um largo território), de cálculo (são incomensuráveis) e de ressarcimento (dificuldade de quantificar o prejuízo).

Apesar disso, os Ministros do Supremo Tribunal Federal ponderaram, em suma, no sentido de que os benefícios trazidos à recuperação da saúde, proporcionados pelo avanço da ciência, justificam o emprego da nova tecnologia, principalmente pelo fato de haver um controle e a fiscalização das atividades de pesquisa.

A decisão foi tomada após ampla discussão na Corte, inclusive com a participação de *amicus curie*. Nota-se, todavia, que a deliberação foi tomada pelos Ministros, muito embora as consequências da utilização da nova tecnologia tenham um potencial para afetar uma grande quantidade de pessoas.

Entendemos que o Supremo Tribunal Federal decidiu adequadamente, pois o risco poderia ser ainda maior se as experiências fossem realizadas – e possivelmente seriam – à revelia do controle e da fiscalização estatal.

Resta, portanto, a esperança de que as pesquisas sejam realmente procedidas com responsabilidade e que surjam novas tecnologias a fim de limitar os riscos ocasionados por esse avanço progressivo do conhecimento.

⁵⁶*Ibid.*

6 CONCLUSÃO

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 o controle provável do seu emprego.

REFERÊNCIAS

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

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Trad. de: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: texto promulgado em 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil [de 5 de outubro de 1988]**. Alexandre de Moraes (Org.). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2012

BRASIL. Lei 11. 105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1^o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n^o 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n^o 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5^o, 6^o, 7^o, 8^o, 9^o, 10 e 16 da Lei n^o 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Por maioria. **DJe n^o 96**. Brasília, DF. Acesso em 29 mai. 2010. Disp. em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

BUENO, Arthur; BECK, Ulrich. Diálogo com Ulrich Beck. In: Ulrich Beck. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010, [Anexo].

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 226-228.

DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980.

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

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Trad. de: Josexto Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado de Sociologia**. Trad. de: João Baptista Coelho Aguiar. Rio de Janeiro - Pôrto Alegre - São Paulo: Editora Globo, 1965.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito**. Trad. de: Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri: Manole, 2004.