

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO E  
MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA  
*coordenadores*

MITOS E RUPTURAS NO DIREITO  
CIVIL CONTEMPORÂNEO

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2008

# Princípios Contratuais e Reflexividade Sistêmica: Boa-Fé, Equilíbrio Econômico e Função Social do Contrato\*

Jeferson Luiz Dellavalle Dutra<sup>1</sup>

## 1. Contrato e Racionalidade Jurídica

Muito se tem escrito sobre um Direito pós-moderno (Sousa Santos), sobre um pluralismo jurídico (Walzer) ou sobre um neo-jusnaturalismo deontológico (Fernandez). Todos, entre muitos outros, na defesa de uma crise de racionalidade no Direito contemporâneo e partindo da constatação, se bem que justificada de formas diferentes, de que a racionalidade sob a qual o Direito Moderno se fundou e que foi aperfeiçoada tanto pelo normativismo quanto pelas correntes analíticas não estaria mais apta para operacionalizá-lo neste novo século.<sup>2</sup>

Como solução para este impasse, a teoria jurídica contemporânea propõe – em maior ou menor escala – o retorno a uma racionalidade material na esfera jurídica. A racionalidade material baseia-se na concepção de que o sistema deve se pautar por uma orientação, normalmente representada por valores dados com certa antecedência. Que o Direito constitui-se numa grande narrativa, com começo, meio e fim, pautado pela crença consciente num valor (ético, estético, religioso, afetivo etc.) próprio e absoluto de uma determinada conduta, sem relação direta com o resultado.<sup>3</sup>

\* Este artigo integra o projeto de pesquisa "Teoria dos Sistemas Sociais e Decisão Jurídica" financiado pelo CNPq, assim como, as pesquisas desenvolvidas na Unisinos no grupo Teoria do Direito.

- 1 *Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – RS; Integrante do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito".*
- 2 Identifica-se a racionalidade jurídica moderna com a definição proveniente do Estado legal-racional weberiano, no qual "qualquer direito pode criar-se e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma". Para Weber, esta se constitui na linha de tendência do Estado Moderno. A racionalidade jurídica em questão, *racionalidade formal*, corresponde à noção de racionalidade com relação a fins na qual incorre "quem oriente sua ação pelo fim, meios e conseqüências implicadas nela e para a qual sopesa racionalmente os meios e os fins possíveis entre si". WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 706-707 e pp. 20-21.
- 3 A racionalidade dita *material*, corresponde a noção weberiana de racionalidade com relação a valores. WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 20-21.

A orientação de condutas por valores que é característica da racionalidade material pressupõe uma base, uma natureza, uma essência primeira para o sistema jurídico. Ou ainda, um conjunto irreduzível de valores (justiça, segurança, dignidade humana) que podem ser observados desde uma determinada sociedade. Como exemplo exordial desse retorno de uma racionalidade material ao Direito, e mais especificamente no Direito Privado, tem-se o movimento de publicização das relações jurídicas, sempre ligado à intervenção da esfera política no âmbito jurídico. O movimento inicial de publicização do Direito Privado acabou por impulsionar o desenvolvimento de uma série de outros movimentos que, ligados entre si de uma forma quase indissociável, retomam o objetivo comum de (re)incorporar à ordem jurídica seu caráter eminentemente axiológico. Numa reunião prévia, tais movimentos constituem-se na (re)personalização, na funcionalização e na constitucionalização das relações jurídicas privadas.<sup>4</sup>

Sem negar a possibilidade de uma compreensão valorativa da ordem jurídica, e sem desmerecer as grandes conquistas já alcançadas por tal compreensão, o que se propõe nas linhas que seguem é um olhar diferenciado mas que, talvez mais subjetivamente do que a matriz teórica permita, compartilha dos mesmos anseios e preocupações. Diferentemente de uma compreensão material, numa observação sistêmica não se pode definir o Direito mediante sua natureza ou o seu fundamento, tendo em vista sua condição de sistema social funcionalmente diferenciado<sup>5</sup> e de estrutura de generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.<sup>6</sup> Nesse caso, sua condição dependerá do ponto que partimos para observá-lo: do sistema social amplo, do próprio sistema jurídico, ou de outros sistemas sociais diferenciados como a Política ou a Economia. Nesta sentença não haveria como garantir de forma direta e a priori qualquer primazia de um valor

4 A escolha por fazer referência a tais correntes de pensamento jurídico não implica o desconhecimento e nem exclui outras concepções atuais também relevantes do Direito Privado. Apenas indica que tais movimentos compartilham de um esforço comum e cada vez mais necessário na compreensão dos fenômenos jurídico-privatistas. Em virtude tanto de já terem alcançado uma certa notoriedade quanto de ser difícil classificar de forma definitiva os autores que trabalham tais temas de forma individualizada, entende-se desnecessário fazer a indicação de nomes e obras ligadas a tais movimentos.

5 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

6 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

sobre outro, de um princípio sobre outro, quer se expresse num ideal de justiça, ou na tão almejada segurança jurídica.

Não se está aqui a negar a existência de um déficit de racionalidade no Direito, o que é mais do que evidente e que tais movimentos já apontam. Apenas afirma-se que este déficit é resultado de uma visão simplista da racionalidade formal, uma racionalidade formal que não explora todos os limites de suas possibilidades e que tem origem na fidelidade matrimonial entre a ordem jurídica e o Estado.<sup>7</sup> É exatamente isso que o *Direito Policontextura*<sup>8</sup> vai afirmar.

Ver o sistema jurídico de forma policontextural implica assumir uma concepção desvinculada da ordem estatal como única forma de produção de Direito. Uma concepção que leve em consideração também a *lex mercatoria* do mercado mundial, mas que segue para muito além dela. O alcance do Direito enquanto sistema comunicacional da sociedade abarca diferentes setores da sociedade mundial, fazendo emergir ordens jurídicas globais de um gênero próprio. Assim como as ordens jurídicas internas das empresas multinacionais; o direito do trabalhador colocado nas mãos de atores privados como as empresas e os sindicatos; a proteção do meio ambiente através de instituições relativamente desvinculadas da organização estatal; a emergência de uma *lex sportiva internazionalis*.<sup>9</sup>

Como não podia deixar de ser diferente, o direito contratual se vê inserido neste contexto multifacetado. Sistemicamente, o contrato assume a condição de comunicação específica do sistema social e de *medium* operacional entre sistemas parciais com lógicas distintas. Observá-lo apenas através do vínculo jurídico da obrigação reduz sua operacionalidade, mesmo sabendo que ele também se encontra atrelado ao sistema econômico e seu código binário pagar/não-pagar. O raciocínio faz o caminho inverso quando se tem em consideração que o contrato também leva em conta a relação entre lucro e benefício. Assim, a par de uma contingência em seara jurídica: exigibilidade legal e inexigibilidade; tem-se ainda uma contingência econômica: custo e benefício. A dupla contingência contratual passa do filtro da obrigato-

7 "Metidos em redes globais de turbulentos fluxos financeiros, os governos são cada vez menos capazes de controlar a política econômica nacional, já não podem dar a seus cidadãos as vantagens tradicionais do estado de bem-estar social". CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 159.

8 TEUBNER, Gunther. *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole, 1999.

9 TEUBNER, Gunther. "Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito". *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 345.

riedade ao filtro do pagamento, num acoplamento de estruturas dos sistemas jurídico e econômico, relegando a contratual apenas o que pode ser jurídico, mas que também tenha valor econômico.

Neste contexto, os anseios de estabilidade e segurança institucional chocam-se com a alta globalização de sistemas funcionais como a Economia. A obrigatoriedade ou não de cumprimento de uma obrigação contratual implica também efetuar ou não operações de pagamentos. E, muitas vezes, a necessidade de se efetuar um pagamento pode levar a ordem jurídica a parecer desnecessária.<sup>10</sup>

Talvez isto conduza a uma desformalização do contrato, nos moldes da desformalização do Direito, num diagnóstico weberiano, que já se vislumbra hoje.<sup>11</sup> Mas, acima de tudo, o que se vê é o desenvolvimento do meio contratual em áreas antes herméticas do sistema jurídico, como o direito penal e tributário<sup>12</sup> e sua capacidade de abarcar áreas da sociedade ainda não reguladas por um Direito formal de ordem estatal. O contrato passa a desenvolver papel primordial através do processo de diferenciação do sistema econômico, tendo em vista que tal sistema passou a depender como nunca antes de segurança jurídica e política, que podia ser vislumbrada em esquemas jurídicos baseados na propriedade e no contrato.<sup>13</sup> Pelos mesmos motivos, não se pode argumentar em defesa de uma crise generalizada.<sup>14</sup>

10 Nesse sentido Teubner: "A *lex mercatoria* comporta casos em que se concluíram contratos sem os remeter a uma ordem jurídica nacional. Mantém-se todavia a ficção de que suas cláusulas são juridicamente obrigatórias. A *lex mercatoria* não remete para a vontade do legislador nacional, mas para um fundo de materiais semânticos não jurídicos, para hábitos do comércio, costumes de conduta e práticas comerciais surgidas sob as condições caóticas do mercado mundial". TEUBNER, Gunther. "Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito". *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999, pp. 355-356.

11 Para comparação do acerto desse diagnóstico, já desenvolvido em tempos de globalização, ver ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

12 Principalmente no que condiz à substituição da perseguição estatal por um convênio nos moldes privatistas de equilíbrio negociável.

13 PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974, p. 95.

14 Tendo em vista que: "El concepto de crisis, frecuentemente usado, es también inadecuado, pues sugiere la urgencia de cambios estructurales profundos y esto no se puede justificar únicamente por hecho del déficit obvio de la racionalidad. El término racionalidad sólo formula la perspectiva más exigente de la autorreflexión de un sistema; no se refiere a ninguna norma, a ningún valor, a ninguna idea que se confronte con los sistemas reales (lo cual supondría que alguien diga que es sensato regirse de acuerdo a eso)". LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 423.

Contudo, mesmo não se podendo falar em crise do Direito ou crise da racionalidade que comanda as suas operações, como se pode pensar o inegável déficit de racionalidade apresentado nas relações jurídicas privadas? É na busca de outra resposta possível para essa questão que este texto se apresenta. A tentativa é de aliar as conquistas da (re)personalização e da constitucionalização em termos de racionalidade material (valorativa) com a percepção de uma racionalidade formal altamente reflexiva. Dessa forma, e tendo a teoria sistêmica como base, lança-se uma observação diferenciada sobre o contrato, tratando-o como um exemplo privilegiado.

A tentativa de adequar o contrato a sua condição policontextual passa pelo reconhecimento de que ele mantém uma relação estreita com o sistema jurídico por um lado e com o sistema econômico por outro. A racionalidade contratual não é assunto exclusivo da cada um, visto de forma isolada, mas da relação de comunicação entre eles. A comunicação jurídica por si mesma deve se converter em sentido determinante de compreensão de mundo, e não a sanção proveniente dessa comunicação. Assim, não nos parece certo que uma relação causal de conduta-sanção seja responsável, em linhas gerais, pela descrição da identidade do fenômeno contratual. Nesse sentido, se a sanção não pode definir o que é Direito, de igual forma os efeitos não podem definir o que é contrato. Tal racionalidade contratual não pode ser considerada apenas como um novo valor moral, que devemos somar àquela "justiça social" de Hayek, pretensamente ressuscitada através da reivindicação de novos princípios contratuais, tais como a função social do contrato.<sup>15</sup>

No interior de uma ordem econômica baseada no mercado, a idéia de Direito não tem sentido nem conteúdo, exceto se tal idéia puder ser traduzida em termos de possibilidades para novos pagamentos. Acreditar que um ideal de justiça – que, em termos sistêmicos, sequer pode ser considerado como bússola do sistema jurídico – pode servir como parâmetro para as relações econômicas travestidas sob o manto contratual é, no mínimo ideológica. E essa ideologia, que já não sobrevém quando se percebe o problema macro da incapacidade do Estado em produzir riquezas para cumprir a função de distribuição e que acabou por conduzir à discussão sobre a falência do Estado-de-bem-estar, não pode sobrevir na análise de relações ditas meramente privadas.

15 Sobre a noção de justiça social de Hayek e sua relação com a regulação social ver ARNAUD, André-Jean. *Op. cit.*, pp. 118-133.

Assim, entende-se que a sociedade, o Direito, e mesmo o contrato, não podem ser definidos *a priori*, pois não podem ser diferenciados *a priori*. Isso só se dá através de um processo contínuo de diferenciação material, temporal e socialmente localizado. Nesse contexto, uma observação que tenha a formalidade como princípio e a reflexividade própria da comunicação como ponto de partida poderá trazer contribuições imprescindíveis.

## 2. Direito como Sistema Autopoietico: o Problema da Auto-Referência e da Reflexividade

Para que se possa compreender se a racionalidade comunicacional exigida para a observação das relações contratuais se configura ou não como uma nova racionalidade, para além das tradicionais material e formal, é preciso analisar, ainda que por um instante, os níveis de racionalidade de Hillary Putnam. Segundo Putnam a racionalidade se produz em dois vetores: racionalidade I e racionalidade II. O vetor de racionalidade I se situaria na base da racionalidade II representando um *a priori* que a última nem sempre explica. Constitui-se numa racionalidade estruturante, que antecipa o pensamento. Esta racionalidade tem despertado o interesse da Hermenêutica Filosófica ou Fundamental (Gadamer, Ricoeur). Por outro lado, o vetor de racionalidade II seria o próprio dos discursos científicos, respeitando as leis da lógica e construindo-se por etapas sucessivas e complementares. É uma racionalidade discursiva que se organiza a partir de métodos. Tem preocupado os estudos jurídicos das chamadas Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Alexy).

Segundo as correntes hermenêuticas, o problema está quando se inverte essa ordem e usa-se essa racionalidade tipo II para fundamentar uma racionalidade tipo I. Não é isso que se pretende ao afirmar a necessidade de uma racionalidade formal reflexiva. Não se pode confundir as categorias de racionalidade weberiana formal e material com os níveis de racionalidade de Putnam. As primeiras estão baseadas na orientação de condutas sociais, não na simples relação discursiva. A busca por uma racionalidade formal a partir da comunicação social não implica ficar refém do Trilema de Münchhausen.

O Trilema de Münchhausen ficou conhecido como uma alusão à busca sobre a fundamentação última de uma afirmação.<sup>16</sup> Segundo ele,

nessa busca incessante por fundamentação necessariamente ficar-se-ia preso em uma dentre três situações insustentáveis. A primeira delas é nomeada *regressus ad infinitum* e se incorre quando, para responder a pergunta sobre o fundamento de algo, se recorre a uma nova razão, que por sua vez requer uma nova fundamentação e assim sucessivamente, o que torna a busca por fundamentação impossível. Outra destas situações indesejadas é a ruptura arbitrária na qual se opta por eleger um ponto de referência para a fundamentação que é concebido de forma acrítica. Parte-se da suposição de uma premissa inquestionável no processo argumentativo. Por fim, tem-se a circularidade, segundo a qual a dedução lógica fica refém de um círculo vicioso no qual um argumento é fundamentado pelo outro e de onde não se vislumbra saída.

Aqui, ao contrário do que pensa Robert Alexy<sup>17</sup> e de como querem as teorias jurídicas argumentativas, através do estabelecimento de regras de discussão racional, a questão não é sair do trilema, mas se colocar nele de forma adequada. A busca por um discurso racional prático normalmente toma como pouco aceitável o recurso a um círculo lógico. Muito embora tal recurso se mostre plenamente compatível com uma racionalidade reflexiva e com a idéia de um sistema autopoietico. E segundo as considerações traçadas, constitui-se uma possibilidade adequada à complexidade e a falta de referências externas do mundo contemporâneo.

A condição de circularidade não adquire *status* de dever-ser na ordem jurídica. Apenas descreve a realidade das operações jurídicas cotidianas. A proibição de denegação de justiça impõe aos tribunais que se apeguem a alguns princípios, e isto é compreensível quando se pede a eles que na sua lógica argumentativa descartem os regressos *ad infinitum* ou os círculos viciosos. Kelsen pensou encontrar numa hipotética *Grundnorm* a solução para o problema do fundamento último da racionalidade jurídica. Luhmann, assim como Teubner, elimina o próprio problema ao reforçar a circularidade e a auto-referência do sistema jurídico.<sup>18</sup>

Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 58-60.

17 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, pp. 179-181.

18 Com relação a auto-referência do sistema jurídico e sua condição necessariamente paradoxal que permanece oculta através de construções teóricas que, de tempos em tempos, são substituídas com o objetivo de manter o paradoxo do Direito oculto ver artigo de Luhmann intitulado "The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history" que aparece em inglês no *Journal of law and society* de Oxford em 1988. "It may not be obvious that we need a paradoxical foundation at all. To be sure, the language of law permits the construction of sentences which are inconsistent. This is true for all languages specialized on cognition, and so much more for normative languages. But why

16 A noção do trilema e suas consequências dogmáticas e irracionais na busca de fundamentação de um sistema lógico são tratada por Hans Albert, segundo ARROYO, Juan

Contudo, para que se possa sustentar a racionalidade comunicativa a partir da circularidade, assim como o sistema jurídico de Luhmann ou Teubner, deve-se diferenciá-la da racionalidade buscada pela ação comunicativa de Jürgen Habermas. Sua racionalidade comunicativa se constitui numa racionalidade de tipo novo, de caráter misto, e não numa racionalidade reflexiva.

Na sua perspectiva, a linguagem contém uma estrutura racional ditada pelo mundo-da-vida, ou seja, uma razão comunicativa. Essa razão tem como critério a busca pelo melhor argumento. Institui-se, assim, uma ação comunicativa, que corresponde à busca de acordos intersubjetivos por meio de processos de argumentação que apreciem as pretensões de validade dos atos de fala proferidos.<sup>19</sup> Para ele, essa

do we not simply avoid these pitfalls, why not steer clear of certain questions and certain constructions and, with the precaution, use the language of law without the embarrassment of looking into the Gorgonian face of the paradox? Even logicians and philosophers try. In constructing formal systems, to design exclusion-devices or to simply put an embargo on what otherwise would seem to be a possible move. We know that this does not work, except *ad hoc*. But what prevents us from doing it nevertheless? It could be sufficient to say that there are rules with exceptions and rules without exceptions. Or that there be right claims and wrong claims. But then, what is indicated by the "and" and what is excluded by the "and"? Nothing. The "and" serves as the joker replacing within the system the unity of the system. Like the end of the system the "and" of the systems operates as symbol for the unity of the system within the process of reproducing the system - here and now. It is not a sufficient description of the unity of the system. It is again a hiding-place of the paradox". LUHMANN, Niklas. "The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history". *Journal of law and society*. Oxford, v. 15, nº 2, p. 161, 1988.

- 19 No que pese em importância para o sistema jurídico, o pensamento de Habermas sobre a comunicação parte necessariamente de uma situação ideal de discurso. Tendo tal situação como ponto de partida uma norma será considerada válida se gerada a partir de uma situação ideal de discurso. Nessa situação uma proposta normativa será considerada verdadeira quando reunir o acordo de todos os participantes numa discussão prática no final de um debate livre e transparente conduzido segundo a lei do melhor argumento. Não se duvida que tal situação é contrafactual, ou seja, serve como parâmetro, como modelo, não existindo realmente. Por óbvio o autor tem isso como pressuposto, não querendo traduzir nisto as relações sociais. A situação ideal de discurso serve apenas como parâmetro de reconhecimento dos requisitos ideais a serem observados pelo processo democrático, podendo assim se medir o grau de democracia das instituições que se apresentam. Contudo, o que chama a atenção é o fato de Habermas deslocar a questão central para um plano prioritariamente cognitivo (proposta normativa verdadeira). Na tentativa de alçar a todos os atores sociais as condições de participação, ele renega o plano normativo. Apesar de partir de uma base semântica comum, faz depender a validade (dever ser) da verdade (ser) alcançada no processo argumentativo através do melhor argumento. Ora, o êxito da comunicação, como nos coloca Luhmann, vai muito além da "verdade" a ser alcançada, compreendendo-se aí uma série de outros códigos relevantes, como o dinheiro ou o poder. Ver HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999; e *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*.

razão comunicativa se opõe à razão instrumental, no exemplo da razão formal weberiana, que é uma espécie de racionalidade dos sistemas e está presente em meios de comunicação não-lingüísticos. Tais meios simbólicos são representados pelo dinheiro ou pelo poder, que terminariam por causar relações de dominação. Para Habermas, a razão instrumental apresenta um déficit de legitimidade, pois impede a ação comunicativa livre e desinteressada. A crise da sociedade contemporânea pode assim ser descrita através do uso indiscriminado dos meios de comunicação de massa, gerando relações de dominação e o predomínio da racionalidade instrumental sobre a comunicativa. Observa-se na sua teoria um caráter emancipatório, buscando um equilíbrio das racionalidades através de processos democráticos, quer sejam jurídicos, administrativos ou políticos. Tais processos devem permitir que todos os pontos de vista relevantes sejam analisados, possibilitando a busca pelo melhor argumento que propiciaria uma justificação racional da decisão tomada, alcançando assim sua legitimidade. A disseminação destas arenas comunicativas, somada à reconquista do espaço público invadido pelo sistema através do fortalecimento da sociedade civil, constituem os grandes objetivos da ação comunicativa.

Ao contrário de Habermas, não se crê seja necessário uma nova espécie de racionalidade (comunicativa) além da material e da formal. Sua posição defende o surgimento de uma racionalidade híbrida, formada a partir de uma união entre instrumentalidade formal e finalidade material. O que se percebe é a acentuação de uma racionalidade jurídica formal ainda que prejudicada. A possibilidade que se apresenta não é desenvolver ou buscar uma nova racionalidade para o Direito, tarefa esta que assume enormes proporções. Parece ainda não apontar a revolução descrita por Guibourg.<sup>20</sup> O objetivo muito mais singelo é assumir sua condição formal, e através dessa autoconsciência inserir num paradigma reflexivo. Em termos de sistemas sociais autopoieticos se mostra insustentável uma racionalidade formal linear, porque pressupõe intervenção intersistêmica, instrumentalidade e a aceitação da causalidade como possibilidade de explicação racional dos fenômenos

- 20 "Y de este modo el esquema formal mantiene durante cierto tiempo una adecuación aproximada a la realidad que permite utilizarlo en el estudio y en la argumentación. Cuando llega el momento - por haber ocurrido una revolución o porque una multitud de pequeños cambios ha hecho que la circunstancia social ya no pueda manejarse con los criterios anteriores - convendrá abandonar al esquema en uso y construir otro nuevo, capaz de dar cuenta de la realidad presente durante un determinado lapso". GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 77.

sociais. A intensa complexidade da sociedade atual impede esta visão limitada. Reconhecer a reflexividade da racionalidade jurídica formal será quicá o primeiro passo para que se possa cumprir adequadamente este projeto.

No entendimento de Luhmann, uma teoria da sociedade é necessariamente uma teoria na sociedade sobre a sociedade. A sociedade é um objeto que se autodescreve, precisando conter-se a si mesmo.<sup>21</sup> A essa auto-referência dá-se o nome de autologia. Embora de uso incomum nas ciências sociais, os conceitos autológicos são muito usados na lingüística, nomes como os de Wittgenstein ou Heinz von Foerster, George Spencer Brown ou Gotthard Gunther são responsáveis pelo uso freqüente dessa concepção.

Trata-se de substituir os conceitos de substância e de essência, por impossíveis de definição pelo de auto-referência. O sistema é auto-referencial, pois re-envia os acontecimentos a outros acontecimentos na recursividade de uma referência, colocando em contato operações jurídicas com outras operações jurídicas. Esse círculo não tem começo ou fim e é plenamente compatível com o ciclo econômico, onde um pagamento exige, em resposta, um outro pagamento que, por seu turno, reconstitui a capacidade de efetuar novos pagamentos junto a um dos participantes da comunicação econômica. Alia-se aqui às concepções de Direito Autopoietico (Luhmann), Direito Policontextural (Teubner), Direito Processualizado (Wiethölther) e Direito Responsivo (Nonet & Selznick) os quais não são baseados em valores primários, como a verdade, o consenso e a justiça, mas em valores secundários, de caráter processual, mais capazes de manter sempre em aberto uma grande variedade de alternativas decisórias, sem uma busca de um fim necessário ou de um consenso instituído. Na necessária busca por cambiáveis possibilidades de fundamentação – que são contingentes de acordo com as condições do caso concreto, vontade e necessidade dos contratantes – o contrato mantém no desenrolar das inúmeras operações envolvidas no processo de contratação sua constante autovalidação. Autovalidação que, neste caso, não pode ser lida como autojustificação.<sup>22</sup>

21 LUHMANN, Niklas. "O conceito de sociedade". In NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 77.

22 A necessidade de correção das asserções e a necessidade de validação das normas surgem como produto da instrumentalidade moderna, da qual o contratualismo é um das principais formas, mas não a única. A diferença entre autovalidação e autojustificação marca um ponto de corte decisivo no processo comunicacional de contratação, que cor-

Contudo, não se pretende que a racionalidade formal reflexiva própria do processo comunicacional seja a única em jogo na matéria jurídico-contratual, ou mesmo que venha a ser uma fusão de diversas racionalidades díspares. Talvez seja ela apenas e por enquanto a mais apta a trabalhar conceitos como complexidade e risco, imposições teóricas de uma modernidade que pretende se libertar do endeusamento de uma razão linear. Nesse sentido, Raymond Aron afirma o mérito weberiano da distinção entre racionalidades e sua incredulidade em todos aqueles que pensam possuir uma verdade absoluta ou total, todos os que pensam reconciliar valores contraditórios, marxistas-hegelianos, doutrinários da democracia ou do direito natural.<sup>23</sup>

### 3. Os Princípios Contratuais como Estruturas Reflexivas do Sistema

A visão do contrato como comunicação e do Direito como um sistema social, ambos trabalhando a partir de uma racionalidade formal reflexiva, permite reformular algumas questões particulares do Direito contratual. Dentre estas questões, e das inúmeras possibilidades de abordagens daí advindas, discute-se a função desempenhada pelos princípios contratuais no sistema jurídico. Numa observação de segunda ordem, além de assumirem sua condição de princípios contratuais axiológicos e desempenharem papel decisivo na abertura funcional do sistema jurídico-privatista, recepcionando valores pessoais e/ou institucionais, eles também são percebidos como estruturas sistêmicas que possibilitam o re-envio da comunicação contratual às operações do próprio sistema jurídico, garantindo o fechamento operativo e mantendo, em última instância, sua identidade. Eles permitem tanto a hetero quanto a auto-referência do sistema, atuando através de uma racionalidade reflexiva.

A noção de auto-referência comporta a referência a dois âmbitos simultâneos: um externo e outro interno. A referência externa diz respeito ao modo como as normas jurídicas se referem às expectativas

responde a passagem do contrato enquanto simples asserção das partes ao contrato enquanto norma. Enquanto asserção, o contrato se justifica por si, independente de qualquer critério de validação externa. Já tendo em vista seu caráter normativo, este precisa se justificar frente às partes, num justificar para, que normalmente se designa como "validade". Contudo, a validade de uma determinada norma contratual não pode ser confundida com sua autojustificação, que só é possível no nível da asserção e não da norma.

23 ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Martins Fontes, 2000, p. 508.

sociais da comunicação. Assim, a comunicação contratual faz alusão a estruturas comunicacionais, como os meios de comunicação simbolicamente generalizados, guardando com eles relações ainda pouco elucidadas. Tais operações estruturais estão ligadas às características não-privativas da privatividade. Nesse âmbito destacam-se as inúmeras e significativas contribuições já trazidas pelos movimentos de (re)personalização, de funcionalização e de constitucionalização das relações jurídicas privadas. Contudo, no âmbito interno, a referência das estruturas do sistema volta-se para o seu interior, ou seja, para outras estruturas do próprio sistema. No caso do contrato, a comunicação contratual reflete as operações de estruturas já presentes no sistema jurídico, ou seja, outras regras ou princípios positivados, ou mesmo conceitos construídos pela doutrina ou pela jurisprudência que possibilitam a criação de parâmetros de decisão para casos semelhantes. É precisamente neste âmbito de atuação dos princípios jurídicos em matéria contratual que nos deteremos.

A auto-referência através de observações internas ou externas ocorre no sistema jurídico através de uma aquisição evolutiva deste, criando estruturas próprias que o possibilitam. É o que se vislumbra quando a tipificação taxativa dá lugar a normas gerais, abrangentes e abertas. O legislador abdica da técnica legislativa da previsão que esgota todas as possibilidades do caso concreto, valendo-se de conceitos ainda mais abstratos, cabendo ao intérprete depreender deles as ordens que devem incidir sobre as inúmeras possibilidades futuras, adequando-as por se inserirem em determinadas situações padrão.<sup>24</sup>

Como exemplos de tais estruturas (princípios) que operacionalizam a auto-referência em matéria contratual pode-se salientar a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social do contrato. Tais estruturas permitem o re-envio das informações da comunicação contratual a estruturas do próprio sistema jurídico, assim como a estruturas de seu ambiente interno (sistema político, sistema econômico) e externo (sistema psíquico dos contratantes). O que chama mais atenção é que a construção dessa reflexividade não se dá apenas em nível teórico, como uma abs-

<sup>24</sup> Convém ressaltar que esse processo de alteração na técnica legislativa gera críticas frequentes por parte da dogmática tradicional. Protesta-se contra a obscuridade da utilização de termos técnicos alheios ao universo e ao vocabulário jurídico, com o que se perderia em clareza ao estilo de redação que desenvolvia o legislador do passado. Também se contesta o excessivo número de leis especiais, ocasionando uma verdadeira expansão do Direito Civil, uma inflação legislativa.

tração conceitual. Ao contrário, essa reflexividade materializa-se em cada operação promovida pelas regras técnicas do Direito contratual e a prática social de contratação utilizadas em larga escala em sociedade.

Como primeira estrutura, o novo Código Civil trata da boa-fé objetiva, quando determina no seu art. 422 que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*. Contudo, a partir dela são criadas expectativas comportamentais se estendem para além de uma simples regra de conduta imposta pelo legislador, aparecendo também como critério de interpretação de vontade (art. 113) e de compreensão da abusividade no exercício de direitos subjetivos (art. 187). Já o equilíbrio econômico vem expresso no Código Civil através da consagração do instituto da lesão contratual, que é definida como um defeito do negócio jurídico, autorizando a parte prejudicada a requerer a anulação do negócio. O art. 157 define que *ocorre a lesão quando uma pessoa, sob presente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*. Assim, a idéia de equilíbrio econômico se reflete diretamente na desproporção das prestações, ou seja, na desigualdade fática. Por fim, a função social do contrato fixa no art. 421 que *a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Aqui, percebe-se que a relação contratual não deve ser compreendida como uma relação que interessa exclusivamente às partes contratantes (interação), tendo seus efeitos e seu alcance estendidos à coletividade (sociedade).

#### 4. Por uma Racionalidade Reflexiva em Matéria Contratual

Identificados os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato como alguns dos meios pelos quais a auto-referência do sistema jurídico pode se produzir em matéria contratual restam duas perguntas: em que momento e como isso ocorre? Tais questões remetem aos limites temporal e material da auto-referência contratual. Durante o processo de contratação existe um instante apropriado para que o re-envio de informações ocorra? E, nesse momento, tais informações são apenas "jogadas" no sistema desde fora ou são também construídas internamente, através de suas próprias operações?

Como possível resposta pode-se identificar dois momentos principais em que a operação de re-envio tem mais chances de ocorrer: na



contratação e depois dela.<sup>25</sup> Como primeiro momento, que ocorre durante a contratação, pode-se defini-lo como momento *fundador*. Ocorre quando a referência a estruturas internas do sistema jurídico (normas) ocorre durante a negociação ou na elaboração formal das minutas da mesma. A base fundadora da obrigação contratual não se mostra mais atrelada exclusivamente à autonomia da vontade livre e individual ou ao reconhecimento positivo da lei, esteve antes desde sempre fundada numa aura de confiança (*reliance*) que tem origem no processo social de comunicação. E para a formação dessa confiança, que pode ser representada como a produção de expectativas cognitivas ou normativas tanto em nível social quanto em nível psíquico, a referência ainda que indireta ao código de comunicação simbolicamente generalizado do direito contribui para uma maior aceitabilidade da comunicação contratual, facilitando a realização de pactos. Nesse sentido, a participação (ativa ou omissiva) na tomada de decisões interlocutórias que possam fazer referência a tal código é que conduz o processo comunicacional de contratação a uma decisão final legítima, seja ela pela contratação ou pela não-contratação.

Em virtude da aceleração constante das relações na sociedade hipercomplexa, esse processo decisional nem sempre parece possível, ou mesmo viável. As operações de contratação se tornam cada vez mais velozes, diminuindo o tempo hábil para decisões preparatórias, como premissas, que legitimem uma decisão final. Logo, faz-se necessário que a teoria geral das obrigações assumisse também uma nova diferenciação temporal: a diferença entre passado e futuro. Essa diferença permite que, *do futuro*, se comunique juridicamente sobre as operações de contratação *passadas* e se as observe a partir dos padrões jurídicos atuais, que tem como base outras decisões ou normas jurídicas fixadas com anterioridade. Justamente por isso abre-se a possibilidade da auto-referência ao código jurídico ocorrer num momento posterior ao da contratação. Esse momento pode se identificado como *regulador* e constitui-se no momento do cumprimento ou não da obrigação jurídica. Em razão da confiança nas expectativas não ser gerada no momento da contratação, ou tendo ocorrido algo que venha a interferir alterando gravemente as expectativas formadas, configura-se a possibilidade de, num momento posterior (conhecimento ou

25 Saliente-se que para os fins deste texto o momento da contratação abarca todos os atos ou negócios mesmo que unilaterais anteriores a bilateralização do contrato, como a oferta ou os pré-contratos.

execução judicial) fazer-se referência às estruturas do sistema jurídico (regras ou princípios). A tomada de decisão neste âmbito vai basear-se nesta auto-referência para atingir a meta de aceitabilidade social e jurídica. Dessa forma, seja no momento fundador ou no regulador da comunicação contratual a auto-referência é sempre possível.

O uso da boa-fé, da função social ou do equilíbrio econômico transforma-se num mecanismo reflexivo do próprio sistema jurídico que lhe permite o desdobramento auto-reflexivo, de forma a poder satisfazer as necessidades de plasticidade e estabilidade das suas estruturas num contexto altamente complexo. Configuram-se verdadeiras estruturas reflexivas que permitem ao sistema efetuar o que Spencer Brown define como *re-entry*<sup>26</sup> e a cibernética chama de realimentação (*feedback*).<sup>27</sup>

Tais estruturas permitem à dogmática trabalhar regimes privados de regulação normativa, saindo da hierarquia e enfrentando o paradoxo do Direito sem externalização, tendo em vista que elas estão postas de forma positiva no sistema. Permitem vislumbrar o paradoxo da hierarquização do Direito, mas nem por isso escondem-no mediante outro paradoxo: a autovalidação do contrato. Tal poder de auto-regulação (autonomia da vontade) encontra limites bem definidos dentro do próprio ordenamento jurídico (auto-regulação). Numa observação sistêmica, elas não põem o Direito em conflito com a velocidade econômica, impondo-lhe limites, antes o contrário, possibilitam um aumento significativo de liberdade em relação ao momento fundador do contrato. Esse acréscimo de liberdade decisória concedido ao Direito Privado, ao contrário de impor duração a um projeto natimorto dá garantias de que se possa negociar de forma formalmente livre e instantânea, sabendo-se que juridicamente sempre é possível decidir de forma diferente, ou seja, requestionar o que foi acordado.

Essa condição, ao contrário do que muito teóricos do Direito Privado supõem, não abre simplesmente o sistema jurídico para interferências e controles externos, não apenas aproxima o Direito da "realidade". Antes também o contrário. Com tal reflexividade, o sistema jurídico ganha em amplitude, ganha em complexidade interna, pois torna objeto de comunicação jurídica um maior número de informações pro-

26 BROWN, G. Spencer. *Laws of form*. New York: Bantam Books, 1973, p. 69.

27 O conceito de realimentação (*feedback*) tem origem nos estudos cibernéticos, segundo W. Ross Ashby ocorre quando existe uma circularidade de ação entre as partes de um sistema dinâmico. ASHBY, W. Ross. *Introdução à cibernética*. São Paulo: Perspectiva, 1970, pp. 62-64.

venientes do ambiente interno do sistema social. Contudo, isso não implica uma abertura irresponsável ou caótica do sistema, o que pressuporia o seu próprio aniquilamento enquanto ordem e unidade. O que ocorre em paralelo é uma ampliação da reflexividade interna, ou seja, o sistema, na eventualidade de suas operações, pode fazer referência indireta a um número maior de irritações do ambiente. Mas essa referência é sempre indireta e ocorre mediante as próprias operações do sistema jurídico, o que o faz ganhar em sensibilidade e, conseqüentemente, remetê-lo a decisões ou padrões interpretativos anteriores presentes como estruturas do próprio sistema. E, paradoxalmente, fechá-lo na recursividade de suas operações.

Do exposto e ao contrário do que possa parecer numa observação mais simplista, o sistema jurídico através da operacionalização dos princípios contratuais ganha em abertura axiológica, mas faz isso fechando-se operativamente às influências diretas do seu ambiente, pois desenvolve estruturas próprias para trabalhar questões que, até então, permaneciam renegadas ao seu exterior, não passando de ruído. E isso tudo apenas em função da incapacidade gnoseológica do sistema jurídico, que atua como seu ponto cego (*blinden fleck*): ao mesmo tempo em que impede a observação de um determinado ponto de seu ambiente, permite que, através do desenvolvimento interno de estruturas próprias, possa representá-lo internamente. Tais estruturas, no caso os princípios contratuais, passam a ser utilizadas na totalidade de suas operações, não apenas como aberturas externas que possibilitariam *inputs* ou *outputs*, mas como reflexividade interna do próprio sistema. É assim que o princípio jurídico da boa-fé não representa, ponto por ponto e respectivamente, a boa fé das operações de pensamento dos indivíduos envolvidos na contratação ou de terceiros afetados por ela. Esta última só pode ser acessada a partir da consciência individual de cada um. É assim que o princípio jurídico do equilíbrio econômico não corresponde diretamente à lógica do equilíbrio de sistemas econômicos (Pareto & Nash), mesmo porque não haveria então troca de riquezas ou valores economicamente mensuráveis numa operação de contratação. E, por fim, é também dessa forma que o princípio jurídico da função social do contrato em nenhum momento diz respeito à efetiva função que o contrato desempenha na sociedade, seria pretensão do Direito procurar definir ou mesmo identificar qual a função que uma operação de contratação pode exercer no sistema social amplo, composto por vários sistemas funcionalmente diferenciados, cada um operando através de sua lógica própria, com comunicações especializadas.

Admitir tais correspondências diretas seria retornar, com Leibniz, ao princípio da razão suficiente ou da causalidade. Talvez a principal característica de nossa sociedade contemporânea seja a complexidade, e os princípios contratuais, através da sua reflexividade sistêmica, possibilitam ao Direito reduzi-la, através da tomada de decisão, mesmo sem compreender e ter acesso a todos os âmbitos e as possibilidades envolvidas. Ou seja, permitem que, juridicamente, construam-se soluções para problemas que anteriormente eram ignorados porque fugiam da esfera jurídica.

Para a ciência tradicional, ontológica, ainda é difícil conceber/aceitar conceitos ou princípios autológicos. O mesmo não seria diferente no Direito. Tal situação se agrava quando se tem em mente a necessidade de o jurista de perquirir sobre o fundamento jurídico, a autoridade, o precedente. É difícil compreender como o sistema jurídico pode produzir estruturas abstratas de expectativas (princípios, conceitos, definições) e depois, tendo-as como expectativas normativas, ficar ele mesmo sob a influência dessas normas que produziu, da forma que elas podem desencadear efeitos bastante concretos sobre as próprias operações jurídicas, como é o caso dos contratos. Essa autologia remete a uma espécie de *foundation paradox* que se constrói na base do sistema normativo e que, a partir de noções como a da boa-fé,<sup>28</sup> passa a se fazer observável no âmbito do Direito Privado. Essa condição paradoxal de abertura e de fechamento possibilitada pela reflexividade revela toda a potencialidade para aqueles observadores que não tenham receio e sejam capazes de assumi-la. Assumir e aproveitar ao máximo as contribuições dos movimentos jurídicos de renovação e transformação material do Direito Privado, como a constitucionalização e a (re)personalização, importa também perceber a lógica formal reflexiva do sistema jurídico como instrumento importante na compreensão das transformações jurídicas nas relações privadas.

### Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Traduzido por Sérgio Bath. 5. ed. Martins Fontes, 2000.

- ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ASHBY, W. Ross. *Introdução à cibernética*. Traduzido por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970.
- BROWN, G. Spencer. *Laws of form*. New York: Bantam Books, 1973.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1999.
- LUHMANN, Niklas. "O conceito de sociedade". In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- \_\_\_\_\_. "The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history". In: *Journal of law and society*. Oxford, v. 15, n. 2, pp. 153-65, 1988.
- \_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Sociología do direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Sociología do direito II*. Traduzido por Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.
- TEUBNER, Gunther. "Legal irritants: good faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences". In: *The modern law review*. Oxford, v. 61, pp. 11-32, 1998.

- \_\_\_\_\_. "Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito", pp. 339-60. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Diritto policontestaturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*. Traduzido por Beatrice Bodmer, Enrica Mazza-Teubner. Napoli: La città del sole, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engraciá Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido por José Medina Echavarría. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.