DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.546>

7. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA OBRA “O MERCADOR DE VENEZA”: UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

7. THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS IN THE WORK “THE MERCHANT OF VENICE”: A READING FROM THE THEORY OF SYSTEMS

Clarissa Santos Lucena¹
Jaqueline Mielke Silva²

Resumo: A teoria dos sistemas revela-se, portanto, importante instrumento de observação da cláusula geral da função social dos contratos, na medida em que permite um olhar diferente, sofisticado, para a resolução de conflitos entre os sistemas sociais, isto é, para além do subsistema do Direito. Vislumbra-se, na teoria sistêmica um repensar privilegiado de toda a teoria geral dos contratos, desde a sua formação, assegurando-se a manutenção da relação contratual, frente às constantes alterações, próprias da *pós-modernidade*.

Palavras-chave: contratos – função social – Mercador de Veneza

Abstract: Systems theory therefore proves to be an important tool for observing the general clause of the social function of contracts, to the extent that allows a different look, sophisticated, for the resolution of conflicts between social systems, because, beyond subsystem of law. One glimpses in systems theory a privileged rethink the whole general theory of contracts, since its formation, ensuring the maintenance of the contractual relationship, the face of constant changes, typical of postmodernity.

Key words: contracts – social function – Merchant of Venice

1. Introdução

Na obra “O Mercador de Veneza” de William Sheakspeare, houve a contratação entre duas pessoas, com a pactuação do pagamento de elevada soma. Em sendo

¹ Mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professora do Instituto Metodista de Porto Alegre – IPA e FADERGS. Advogada. E-mail: julisenacs@bol.com.br

² Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e *lato sensu* da Faculdade Meridional – IMED; Professora da Faculdade Inedi – CESUCA; Professora em cursos de pós graduação da Universidade de Caxias do Sul - UCS, Universidade de Santa Cruz - UNISC, Universidade Ritter dos Reis - UNIRITTER, Universidade de Chapecó - UNOCHAPECÓ, Faculdade IDC, dentre outras; Professora na Escola Superior da Magistratura do RS - AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Fundação Escola Superior da Magistratura do Trabalho – FESDEP; Advogada no Escritório Mielke & Lucena Advogados Ltda. E-mail: jaqueline@mielkelucena.com.br

verificada determinada condição, cuja ocorrência era extremamente improvável, um dos contratantes poderia exigir um quilo de carne do outro contratante.

Aquele contratante que assumira a obrigação de entregar parte de sua carne, estava tranquilo, porque a possibilidade de ocorrência da condição era bastante remota. Entretanto, a improvável condição se implementou, e o contratante com direito a um quilo de carne pretende exercer o seu respectivo direito. O outro contratante, que pactuou referida obrigação, alegou ter sido contratada a retirada de um quilo de carne, nem mais, nem menos. Em consequência, nenhuma gota de sangue poderia ser retirada, pois, estaria se extrapolando os limites do contrato. Assim, sendo impossível retirar carne sem levar junto um pouco de sangue, a prestação não teria como ser exigida.

Ao final, a peça de Sheakespeare reconhece a validade à oposição levantada pelo devedor. Evidentemente, que quem contrata um quilo de carne, também levará um pouco de sangue. A peça mostra de forma bastante nítida a importância da boa-fé objetiva e a função social dos contratos. O contrato celebrado não criou lei entre as partes, muito embora a brilhante defesa feita pelo personagem. Se de um lado, há o princípio da autonomia da vontade, o mesmo não pode prevalecer quando há grande desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes, como por exemplo, o aproveitamento da situação de necessidade ou de inexperiência da contraparte, dentre outros.

Neste sentido, o Código Civil, refere em seu artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, restando claro que a autonomia da vontade é delimitada pelo ordenamento jurídico. É este o escopo do presente ensaio, sendo a peça “O Mercador de Veneza”, um exemplo paradigmático.

A disciplina dos contratos alterou-se muito desde a sua concepção nascida com a “modernidade”, neste estudo denominada de clássica, correspondente ao período que se inicia ainda no século XVIII e tem seu apogeu no século XIX, através das codificações francesa e alemã. Uma análise da função social dos contratos deve necessariamente passar pelas origens do instituto nessa concepção clássica, para que seja possível avaliar as novas tendências e as perspectivas sistêmicas autopoieticas para a respectiva cláusula geral.

Nessa ótica tradicional, a figura contratual é tão importante, que a própria noção de sociedade e Estado originam-se nela. Nos séculos XVII e XVIII, emerge o chamado contratualismo, segundo o qual a sociedade nasceu do consenso (do contrato), no qual

os homens renunciaram a várias liberdades, transferindo-as à sociedade e ao Estado, que passaram a exprimir a *vontade geral*. A relevância do contratualismo para o instituto contratual está no fato de tê-lo elevado à base e à justificação do ordenamento jurídico. O contrato não obriga, porque assim estabeleceu o Direito, mas porque o Direito vale enquanto procede de um contrato.³ Do mesmo modo, exaltou o elemento vontade e a liberdade de auto-regulamentação, que se constituíram no principal fundamento dos contratos a partir do advento da revolução burguesa e do liberalismo.

O contrato foi utilizado, historicamente, como uma função ideológica, tutelando alguns interesses determinados⁴, mas a função social do instituto, tal como se erigiu nas codificações a partir do século XIX, está na intensificação das forças produtivas e na dinâmica das trocas, servindo à formalização jurídica das operações econômicas realizadas na prática, remetendo à idéia de operação econômica⁵.

2. Princípios contratuais na teoria clássica

As duas codificações que influenciaram sobremaneira o direito contratual são a francesa e a alemã. No Código de Napoleão, surge como instrumento de transferência de direitos sobre as coisas, em especial o direito de propriedade, ou seja, como circulação de riquezas. No Código Civil alemão (BGB), o contrato surge como subcategoria da categoria geral do negócio jurídico, definido como declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos, transformando-se a vontade em verdadeiro dogma, donde a igualdade entre as partes, em face da abstração da teoria, revela-se apenas formal.⁶

Os códigos civis desse período estão centrados na propriedade, em especial na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal.⁷

No Brasil, adotou-se a teoria do negócio jurídico, na qual se insere a figura do contrato.

³ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002, p. 32.

⁴ Veja-se o exemplo encontrado em ROPPO, Enzo. **O contrato**. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 29. O autor exemplifica a circunstância de uma lei italiana de 1919, editada sob a justificativa de acolher solicitações de emancipação feminista, silenciando quanto ao seu objetivo fundamental – as exigências do sistema capitalista que, em expansão, reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo *à mais livre, segura e intensa circulação dos bens*.

⁵ Idem, p. 7-9.

⁶ ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 42-45.

⁷ FACHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

A autonomia da vontade, ou autonomia privada⁸, tal como concebida pela teoria clássica dos contratos, corresponde à faculdade concedida aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses⁹, revelando-se, a vontade das partes, como a única fonte da obrigação contratual¹⁰. Além da autonomia da vontade e reflexos a ela, estão os princípios da liberdade de contratar, do consensualismo e a obrigatoriedade dos contratos.

A liberdade de contratar, na concepção clássica, consistia na liberdade de contratar ou não contratar, mas, também, abrangia a liberdade de estipular o conteúdo do contrato, apenas com algumas limitações genéricas¹¹. Na visão tradicional, as regras imperativas que limitam uma tal liberdade são raras e normalmente possuem o intento de proteger a vontade dos indivíduos¹².

O consensualismo, por sua vez, influenciado pelo Direito Canônico, baseava-se em valores morais e religiosos e na necessidade de ser honrada e cumprida a palavra empenhada. Através dele, apenas o consentimento das partes, o mero acordo de duas ou mais vontades, bastava para a formação dos contratos.

Já o princípio da obrigatoriedade dos contratos, *pacta sunt servanda*, é corolário lógico da autonomia da vontade, pois, se as partes podem livremente estabelecer obrigações entre si, uma vez obrigadas pelo contrato, este se revela lei entre as partes. “Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida.”¹³ Com a manifestação da vontade humana, o contrato prende e tem valor absoluto. As mudanças econômicas exigem que o contrato mantenha sua força obrigatória, sem abrir mão da autoridade que exerce entre os homens. E, como a força obrigatória dos pactos está diretamente ligada à declaração de vontade das partes, eles não atingem terceiros, operando-se exclusivamente entre os contratantes, o que se denomina princípio da relatividade das convenções, que representa fator de segurança, na medida em que

⁸ Para muitos doutrinadores, ambas possuem significado idêntico, sendo utilizadas como sinônimos, mas há quem condene essa indiscriminada utilização das expressões que, nessa concepção, possuem sensível diferença: a segunda possuiria uma conotação mais subjetiva e, a primeira, marcaria o poder da vontade de um modo objetivo. Nesse sentido, vide AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, p. 7-26, 1988, p. 10. Esta questão, da distinção entre as expressões, não será aprofundada no presente estudo.

⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994., p. 89.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

¹¹ VINAGRE, Marta Maria. “A outra face do contrato”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, p. 102-24, 1988, p. 107.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Op.Cit.*, p. 50.

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1998, v. I, p. 35.

ninguém ficará amarrado a um contrato, a não ser por vontade própria ou por determinação de lei.¹⁴

Importante questão surge com a diferenciação entre vontade e declaração como elemento do negócio jurídico. Para a teoria tradicional, a declaração funcionava como o externar da vontade interna, a qual era o que realmente importava, do que resulta que, nessa concepção, uma declaração de vontade, dividida em dois elementos, declaração e vontade, esta se sobrepunha àquela. Um tal entendimento fundamenta a teoria da vontade, à qual, ainda no século XIX, contrapôs-se a teoria da declaração, para a qual, o elemento do negócio jurídico é a declaração de vontade, e não a vontade, que se apresenta apenas como a gênese da declaração, como sua causa. A declaração é, assim, condição de existência do negócio jurídico.¹⁵ A vontade faz parte de um processo volitivo anterior ao nascimento do negócio, que ocorre apenas com a declaração.¹⁶

Outras teorias acabam desenvolvendo-se para interpretação do negócio jurídico, no que diz respeito à vontade e à declaração: a culpa *in contrahendo*, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, todas elas intermediárias entre as teorias da vontade e da declaração.

Mas a verdadeira polêmica, hoje, descolou-se daquela entre a vontade e a declaração, para uma entre voluntarismo e normativismo, entre individualismo e solidarismo.¹⁷

Essa concepção tradicional não consegue sustentar-se na atualidade, principalmente porque, fundada em premissas desde o início equivocadas e demasiado abstratas, já nos séculos XVIII e XIX estavam afastadas da realidade.

Assim, a partir do século XX, vários fenômenos fizeram com que essa idéia tradicional do contrato entrasse em crise. Houve, assim, uma aproximação da clássica dicotomia Direito Público/Direito Privado.

¹⁴ DALLAGNOLO, Dorval Baptista. “Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 82-93, 1987, p. 91. Ainda sobre a relatividade das convenções, vem ela sendo questionada por doutrinadores brasileiros e até mesmo pela jurisprudência. Sobre o tema, ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-50, p. 139.

¹⁵ ANDRADE, Manuel Antonio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998, v. II, p. 126-28.

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 80-1. Ainda sobre o tema (vontade e declaração), vide BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I.

¹⁷ MATTIETTO, Leonardo. “O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil constitucional**. São Paulo: Renovar, p. 163-86, 2000, p. 178.

3. Novas tendências da teoria contratual

Com as grandes guerras, com o desnivelamento social, com o aumento demográfico, viu-se uma modificação nas relações jurídicas, principalmente com a transformação do Estado Liberal num Estado Social, representando uma intervenção deste nas relações privadas. Passa-se, assim, ao dirigismo contratual, também oriundo de uma economia dirigida.

O Estado Social, ou Estado de Bem-Estar, revelou, no contrato, não apenas um instrumento de realização individual, mas relacionado ao interesse da sociedade, da coletividade.¹⁸

Desse Estado Social que entrou em crise, desenvolveu-se, no Brasil, um novo exemplo de Estado – o Estado Democrático de Direito –, vinculado a uma Constituição, como instrumento básico de garantia jurídica, vivenciando-se, a partir daí, uma constitucionalização do Direito Civil, em especial do Direito Privado dos contratos.

Outro aspecto relevante para uma modificação da concepção contratual encontra seu fundamento no que é hoje denominado de *pós-modernidade*. Num apanhado de idéias sobre a pós-modernidade, revelam-se fundamentais algumas características gerais como a que apresenta uma sociedade atual de alta complexidade e de pluralidade, em que a comunicação e a informação exercem papel central, e que, aliadas à tecnologia (informática), são responsáveis pela redução das distâncias e do espaço, modificando a noção de tempo.¹⁹

Frente a tantas modificações, a codificação, tal como erigida no século XIX, não mais consegue responder satisfatoriamente às questões referentes às relações contratuais, o que desencadeou um processo chamado de *descodificação* e uma reconstrução daquela sobre novas bases.

¹⁸ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil – constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 18.

¹⁹ Sobre o tema, vide alguns autores: LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1986; JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado.” Traduzido por Cláudia Lima Marques. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 759, p. 24-40, 1999; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991; ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de filosofia do direito e do estado. Traduzido por Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995; JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**. A lógica cultural do capitalismo tardio. Traduzido por Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 1997.

Os primeiros códigos eram fechados, completos e acabados, pelos quais os legisladores pretendiam reger todos os fatos da vida social. Não se admitia lacunas na lei, as quais, se aparecessem, deveriam ser resolvidas com base na própria hierarquia lógica do sistema, de modo a preservá-lo.

Viu-se uma abertura do sistema jurídico civil apenas a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, reinando a era da descodificação, caracterizada pela crescente edição de leis especiais, regulando todo o tipo de matéria, descentralizando a legislação civil e provocando esvaziamento da disciplina codificada.

Houve, então, um deslocamento da centralidade do ordenamento jurídico que, antes, estava no Código Civil e, agora, na Constituição. Ou seja, os Códigos perderam seu caráter de exclusividade, enquanto únicos a emanar o Direito Privado, cedendo espaço para a Constituição e para os microssistemas jurídicos.

Mas ao contrário do que se pensava, o Código continuou a existir, inclusive, passando por reformas que, no Brasil, culminaram com um novo Código Civil recentemente editado. No entanto, essa nova codificação modificou a técnica, utilizando-se de cláusulas gerais.

Referidas cláusulas gerais deram abertura e mobilidade ao sistema jurídico²⁰, tratando-se de uma formulação da hipótese legal que abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos²¹, diretivas para a procura da norma de decisão, de uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem um modelo de decisão pré-constituído²². Diferencia-se dos conceitos indeterminados porque estes são indeterminados no plano lingüístico, enquanto as cláusulas gerais são indeterminadas no plano de valores. Nas cláusulas gerais, o juiz concorre para formulação da norma, enquanto que nos conceitos indeterminados limita-se a reportar ao fato concreto o elemento vago indicado na *fattispecie*.²³

As cláusulas gerais, então, possibilitam ao juiz uma maior possibilidade de adaptação da norma às situações de fato.

O novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), no que diz respeito à teoria contratual, inovou com a inserção de cláusulas gerais referentes à boa-fé e à função social dos contratos.

Para muitos, a função social dos contratos já despontava como princípio na Constituição Federal de 1988, pois que a função social seria o primeiro requisito para a

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 341.

²¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbendian, 2001, p. 229.

²² GUIDO ALPA, apud ISERHARD, Antônio Maria. “A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 2001**. São Leopoldo: PPGD-Unisinos, 2001, p. 289.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 325.

utilização de qualquer direito, em especial no tocante aos contratos, pois em sendo este instrumento poderoso da circulação de riqueza – e, portanto, da própria propriedade – tendo sido estabelecida a função social em relação a esta (propriedade), estende-se, também, aqueles.²⁴ Entretanto, a partir do novo estatuto civil, através da técnica legislativa da cláusula geral, a função social dos contratos adquiriu um caráter multifuncional de tipos restritivo e regulativo, cumprindo não apenas o papel de restringir a liberdade contratual, mas constituindo-se num elemento integrante do contrato.²⁵

A função social dos contratos passa a ser admitida para estabelecer que se cumpra o bem comum e a justiça social. Entende-se que deva concretizar o objetivo constitucional da solidariedade social.²⁶ É que os contratos devem ser interpretados conforme a Constituição, o que representa a superação da dicotomia entre o público e o privado. O contrato supera aquela expectativa “translativa-circulatória” das riquezas, devendo realizar um papel social, relativo à dignidade da pessoa humana.²⁷ A liberdade que permanece é uma liberdade consentida, não mais servindo para definir o sistema de Direito Privado.²⁸

Direito Privado e Direito Público não são mais encarados como antítese. Os princípios e valores constitucionais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, migram para o Direito Privado, representando sua constitucionalização. Os direitos fundamentais passam a comunicar-se com o Direito Privado insculpido no Código. Revela-se uma incessante complementaridade intertextual entre o Código e os direitos fundamentais, em face da abertura semântica possibilitada pelas cláusulas gerais.²⁹

Mas é possível ir além dessa concepção, através da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

4. Observação da função social dos contratos a partir da matriz sistêmica autopoietica

É possível dividir a Teoria do Direito em três matrizes epistemológicas: a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica. Para tanto, Leonel Severo Rocha

²⁴ HORA NETO, João. “O princípio da função social do contrato no código civil de 2002”. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 38-48, 2003, p. 44.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* P. 354.

²⁶ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 148-49.

²⁷ HORA NETO, João. *Op. cit.*, p. 46.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e direito civil: tendências”. In: **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-63, p. 55.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* p. 76.

utiliza-se da divisão semiótica de Carnap em três níveis: sintaxe, semântica e pragmática.³⁰

A sintaxe é o estudo das relações dos signos entre si, caracterizando-se por ser a teoria da construção de toda a linguagem. A semântica estuda os signos relacionados aos objetos a que se referem, tratando-se, a verdade, o seu problema central. A pragmática é a responsável pelo estudo da relação dos signos com os usuários, girando a problemática central em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.³¹

A filosofia analítica não é capaz de pensar uma complexidade social mais ampla. O paradigma do rigor é sua grande proposta metodológica para a ciência do Direito. A matriz hermenêutica revela-se uma derivação crítica da filosofia analítica, preocupa-se com a interpretação dos textos.³²

Já a matriz pragmático-sistêmica, vai além, na medida em que analisa simultaneamente os três níveis da divisão semiótica de Carnap: a pragmática, a sintaxe e a semântica.

Identificada com a *autopoiesis* de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, torna-se ainda mais eficiente e adequada para atender à complexidade que se apresenta num mundo pós-moderno.

4.1. Elementos para uma teoria sistêmica

O Direito, na teoria social de Niklas Luhmann, é entendido como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.³³

São importantes os conceitos de complexidade e contingência; a primeira representada pela constante existência de mais possibilidades do que se pode realizar – excesso de possibilidades³⁴ – e, a segunda, caracterizada pela possibilidade de que as alternativas apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.³⁵ Mas a contingência revela um caráter duplo, pela absorção das expectativas do outro.

³⁰ ROCHA, Leonel Severo. “Três Matrizes da Teoria Jurídica”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 1998-1999**. São Leopoldo: EdUnisinos, 1999, p. 121-36.

³¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 40-6.

³² ROCHA, Leonel Severo. *Op cit.*, p. 126-28.

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

³⁴ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. “Estrutura e função do direito na teoria da sociedade”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 228.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 45-6.

As expectativas possuem a função de uma estrutura, que deve ser definida através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que possibilita a dupla seletividade – restringem o âmbito das opções e o destinatário utiliza a comunicação escolhida como fato ou premissa de sua própria seleção. Através das seleções, a estrutura limita as possibilidades de expectativas que podem resultar frustradas.³⁶

As expectativas podem ser normativas e cognitivas. Normativas são aquelas em que não se aceita a realidade decepcionante, não sendo abandonadas quanto alguém as transgredir. Cognitivas são aquelas que se adaptam à realidade decepcionante.³⁷

A estrutura do Direito para Niklas Luhmann é tridimensional: dimensão temporal – estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações pela normatização –, dimensão social – estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros – e dimensão prática – estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente, através de um sentido idêntico, compondo inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. “A função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões”.³⁸

Todavia, o Direito não é apenas estrutura, possuindo caráter dinâmico, graças à sua constante função de redução da complexidade, através dos processos de identificação estrutural, possíveis pela criação de diferenciações funcionais.³⁹

Numa segunda fase da obra de Niklas Luhmann, ele cria a *autopoiesis* do sistema social, com um modo específico de reprodução dos próprios elementos (a comunicação) na rede recursiva das próprias operações. Em tal contexto, a sociedade constitui-se um sistema social que compreende os demais sistemas sociais (parciais ou também chamados subsistemas), e que, realizando sua *autopoiesis* através da operação da comunicação, na medida em que tem a capacidade de se auto-observar, faz com que os sistemas sociais sejam passíveis de evolução.⁴⁰

A aquisição evolutiva mais importante dos sistemas sociais ocorre sob a forma da diferenciação funcional. O sistema baseia-se, assim, na diferença entre sistema e não-sistema ou sistema/ambiente. No Direito, esse código binário apresenta-se pela forma Direito/não-Direito. É a própria noção de paradoxo, que não revela apenas uma contradição entre duas proposições, mas implica a dependência entre duas proposições

³⁶ Idem, p. 54-5.

³⁷ Idem, p. 56.

³⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 130-31.

³⁹ Idem, p. 131.

⁴⁰ MAGALHÃES, Juliana Neunschwander. “O uso criativo dos paradoxos do direito”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 247.

que se negam, de modo que a aceitação da descrição de uma tenha como consequência a aceitação de uma descrição oposta.⁴¹

A *autopoiesis* significa que um sistema é, ao mesmo tempo, fechado e aberto. Fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. O fechamento é responsável pela manutenção da unidade do sistema, enquanto a abertura possibilita a observação da sua diferença constitutiva.⁴²

A abertura não se dá através de intervenções e trocas diretas entre sistema e ambiente. Em especial, no que tange ao sistema jurídico, é preciso suplantar aquela idéia de causalidade linear, pela qual as normas jurídicas produziriam diretamente modificações sociais.⁴³

A clausura do sistema social, ou o seu fechamento operativo, quer dizer que ele se diferencia do seu ambiente pela reprodução de seus próprios elementos, a comunicação, caracterizando a sua unidade. Com essa auto-reprodução, o sistema vai autonomizando-se, através da codificação binária Direito/não-Direito, este contingente e complexo.

Conforme Gunther Teubner, o sistema jurídico só se torna autônomo quando consegue construir os seus elementos (ações, normas, processos, identidade) em ciclos auto-referenciais, atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoética quando os componentes do sistema, ciclicamente constituídos, se articulassem entre si, formando um *hiperciclo*.⁴⁴

Esse autor refere que clausura autopoética do sistema jurídico implicará sempre a impossibilidade de se conceber o Direito como produto da evolução social como um todo, ou de localizar seus mecanismos de evolução fora do respectivo sistema. Segundo ele, para a evolução, *autopoiesis* consiste na internalização de variação, seleção e retenção. Pois bem, num estágio pré-autopoético, as normas sociais determinam diretamente o espectro das possibilidades de variação das normas jurídicas. O processo de seleção das normas jurídicas realiza-se através de um processo de seleção social abrangente, em que elas são testadas socialmente, ganhando progressivamente reconhecimento social. A retenção de tais normas – o estabelecimento de uma tradição jurídica – resulta de um corpo de idéias partilhadas na sociedade. Já, a partir da emergência da *autopoiesis*, os mecanismos jurídicos intra-sistêmicos assumem essas funções evolutivas que podem ser estimuladas, mas jamais causadas pelo exterior. Daí que os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas, sendo esses processos os responsáveis pela inovação no Direito, razão por

⁴¹ Idem, p. 279.

⁴² ROCHA, Leonel Severo. “Direito, cultura política e democracia”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2000**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2000, p. 154.

⁴³ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 150.

⁴⁴ Idem, p. 58.

que as variações cotidianas sofridas por este não são o produto dos conflitos sociais, mas da comunicação interna do sistema jurídico. Também a seleção tramita dentro do próprio sistema, na medida em que a determinante da evolução não está na aprovação social das normas, mas na aprovação sistêmica interna, que se realiza autopoieticamente. Impõe-se, assim, um ato de seleção autônomo – como uma decisão judicial – e seus principais critérios (da seleção), são a adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes (programas jurídicos) e a compatibilidade com a *autopoiesis* jurídica (o código Direito/Não-Direito). Por fim, a estabilidade das estruturas é assegurada no seu próprio seio (do sistema), garantindo a retenção das normas jurídicas, o que vem sendo realizado através de auto-referências do sistema jurídico como as decisões judiciais e as normas.⁴⁵

O ambiente, na problemática evolutiva, dá-se pela forma de processos de co-evolução de sistemas, que produzem uma influência recíproca indireta, cujo centro de gravidade estratégico é o episódio individual (que, no caso do Direito, é o processo jurídico individual), no qual as expectativas dos vários subsistemas coincidem, complementam-se ou conflituam entre si e no qual o processo de retenção opera através da aferição da compatibilidade da expectativa eleita no termo do processo de interação como várias culturas, mundividências e dogmáticas, significando a influência recíproca dos vários subsistemas. Quando nesses processos de interação concreta não se consegue conciliar os vários subsistemas (ou seja, quando as exigências funcionais desses sistemas entram em conflito), são voluntariamente introduzidos mecanismos de evolução. Daí a regulação social através do Direito Reflexivo.⁴⁶

Nesse contexto, isto é, quando as exigências funcionais dos sistemas entram em conflito, são introduzidos mecanismos de evolução. É aí que se insere o papel das cláusulas gerais, tal como a função social em relação aos contratos.

4.2. O tempo na relação contratual

Também importante para entender o papel dos contratos, assim como da lei, numa racionalidade que prega a estabilidade e a segurança jurídicas, revela-se a questão do tempo. Tal questão, trabalhada por François Ost, resulta da análise de um tempo presente, no qual se unem passado e futuro, cada um sob uma perspectiva dinâmica de ligamento e desligamento, que resulta na diferenciação em quatro “tempos instituintes”: memória, perdão, promessa e requestionamento. Os dois primeiros respectivamente

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 115-19.

⁴⁶ *Idem*, p. 122-25.

ligados ao passado como ligamento e desligamento, enquanto os últimos, da mesma forma, em relação ao futuro.

A memória é social e não individual, ou seja, as recordações exprimem-se nos termos da tradição, só fazendo sentido enquanto partilhadas por uma comunidade afetiva e social. Deriva do presente, pois só é possível conservar aquilo que se reconstrói com a ajuda de dados retirados do presente e do passado próximo. Trata-se de uma disposição ativa, voluntária, na medida em que opera a partir do presente, revelando-se como uma memória fundadora. Por fim, não se opõe ao esquecimento, mas o pressupõe, na medida em que se há uma política da memória, o mesmo ocorre com o esquecimento, que se revela, da mesma forma, voluntário e não meramente espontâneo. A contribuição do Direito para a fixação da memória social está na afirmação solenizada e reiterada dos valores fundamentais da coletividade.

A tradição aparece, assim, fundamental para o entendimento da memória, possuindo dois aspectos imediatos: continuidade e conformidade. Possui três elementos: a referência ao passado – regras, princípios e procedimentos consagrados como autoridade durável –, a autoridade do presente – responsável pela seleção de uma ínfima parte que é transmitida e consagrada – e a transmissão ininterrupta desde a origem.⁴⁷ Não significa a soma de todos os passados, mas a sua constante atualização.

Para o mencionado autor, o perdão, como forma de desligamento do futuro, não pode ser compreendido como algo contrário à memória ou à tradição, mas sim, como uma memória selecionada pelo esquecimento, para bem reinterpretar o passado. O perdão quebra a relação de continuidade do passado, o que faz dele um elemento revolucionário. Ele é decisão e processo, cujos efeitos são o reconhecimento do passado, a sua resolução (cura dos traumas), decisão (ruptura) e investimento (no futuro).

Das decisões tomadas no presente, dependem muitos acontecimentos futuros, representando uma ruptura da continuidade do ser entre o passado e o futuro.⁴⁸

A lei é produzida na tentativa de prever o futuro. Já, os julgamentos, numa percepção clássica, voltam-se para o passado, na medida em que o juiz revela-se verdadeiro guardião das promessas.⁴⁹

Nisso reside a segurança jurídica, pois o juiz está limitado a decidir, repetindo uma norma preexistente. O problema é que a idéia de Direito no passado já não vale para o presente, dentro de uma lógica evolutiva, do mesmo modo que a de hoje não será a mesma do futuro.

⁴⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 64-5.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Traduzido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997, p. 128.

⁴⁹ OST, François. *Op. cit.*, p. 189-91.

O tempo da promessa, que liga o futuro, corresponde exatamente à função de estabilidade e segurança jurídicas, na medida em que pretende dominar o futuro, tornando-o menos imprevisível, dando-lhe um sentido normativo. Trata-se de uma forma prévia de confiança, que já era enunciada por John Locke no contratualismo (confiança mútua), que gera uma segurança de certo modo durável no futuro. O princípio da confiança deve ser encarado como o verdadeiro fundamento da força obrigatória dos compromissos contratuais, revelando-se inseparável da segurança jurídica.⁵⁰ Um futuro confiante baseado numa promessa de colaboração.⁵¹

Nesse sentido, refere Niklas Luhmann que, nos séculos XIX e XX, intentou-se garantir o futuro como previsão.⁵²

Enfim, o questionamento, revela-se verdadeiro desafio, pois é preciso pensá-lo sem comprometer a capacidade de fazer e manter as promessas. É que a sociedade emergente é a sociedade do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as capacidades de prevenção e de domínio.⁵³ É uma sociedade de tempo real, da simultaneidade absoluta, não havendo mais lugar para a duração, a expectativa, o projeto paciente, a longa memória. A aceleração do tempo fez nascer o império do efêmero, do presente, da moda, em que a urgência é permanente, deixando de ser uma categoria extraordinária para tornar-se modalidade temporal de ação em geral. Conforme Niklas Luhmann, a moda refere-se a um fenômeno temporalmente restrito e em cujo momento de vigência determina opiniões e costumes.⁵⁴

A ação será mais efetiva quanto mais contextualizada e revisível for, pois a carga antes lançada para o futuro pela promessa, concentra-se no presente.⁵⁵ Os problemas não se resolvem em definitivo no presente, de onde emerge o risco da insegurança jurídica.

Também, nessa perspectiva, surge o papel da cláusula geral da função social, relacionada aos tempos do Direito – unidos, pela tomada de decisão, ao presente –, em que, diante da sociedade de riscos, tornou-se muito difícil a dominação do futuro, ocasionando a necessidade da incessante revisão dos contratos.

⁵⁰ OST, François. *Op. cit.*, p. 215-219.

⁵¹ Idem, p. 313-315.

⁵² LUHMANN, Niklas. “El futuro como riesgo”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 171.

⁵³ OST, François. *Op. cit.*, p. 340-45.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 161-62.

⁵⁵ OST, François. *Op. cit.*, p. 352.

4.3. Duas perspectivas sistêmicas para a cláusula geral da função social

Duas perspectivas sistêmicas autopoieticas se apresentam, então, para a questão da cláusula geral da função social dos contratos: como mecanismo de um Direito em conflitos intersistêmicos e como oportunidade para o futuro.

A primeira, baseia-se no Direito como um sistema autopoietico na teoria de Gunther Teubner, que vê na cláusula geral um mecanismo capaz de solucionar esses conflitos intersistêmicos, surgidos da intervenção indireta do Direito e seus problemas.

A regulação social pelo Direito implementa-se por intermédio de dois mecanismos: informação e interferência, que asseguram a mediação entre a clausura operativa e a respectiva abertura ao meio envolvente, na medida em que o Direito, gerando informação interna a partir de seu próprio interior sistêmico, produz uma “realidade jurídica autônoma”, ou seja, sem contato com o respectivo ambiente, e, ao mesmo tempo, liga-se a ele através de mecanismos de interferência sistêmica.⁵⁶

Através da observação intersistêmica, há, na verdade, observações recíprocas entre dois sistemas fechados e autônomos. O Direito cria uma imagem do sistema observado (do ponto de vista do Direito), formulando as respectivas normas, enquanto este faz o mesmo em relação ao Direito, criando uma imagem, processando seus atos com referência a ela.⁵⁷

Uma saída para essa circularidade é, então, conforme Gunther Teubner, a interferência de sistemas autopoieticos homogêneos, resultantes do processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente, interferência que possibilita o contato entre os sistemas sociais. Isso se dá através de mecanismos de interferência, que atuam como uma ponte entre os subsistemas sociais, articulando-se reciprocamente, num mesmo evento comunicativo, o que é possível, face ao desenvolvimento da comunicação como a base de todos os subsistemas e do sistema social. Mas restringe-se ao caso individual, na medida em que não desencadeia efeitos estruturais gerais no sistema regulado.⁵⁸

Já o contrato, representaria um exemplo de interferência intersistêmica não apenas no nível do caso individual, pois nele coincidem sempre três ações: jurídica (altera a situação jurídica e origina novas normas), econômica (constitui ato de pagamento) e social (permanece como comunicação geral social).⁵⁹

Das interferências intersistêmicas surgem conflitos entre informação e interferência (dois mecanismos da regulação social): entre o meio envolvente construído no interior do

⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 130.

⁵⁷ Idem, p. 160.

⁵⁸ TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*, p. 172-73 e 178.

⁵⁹ Idem, p. 184-187.

sistema (imaginado) e as operações que têm lugar nos sistemas envolventes (reais). Nesses casos, deve ficar intacto o código do sistema (*autopoiesis* através da diferenciação Direito/não-Direito), adaptando-se o seu programa (estruturas de expectativas normativas) às auto-descrições do outro sistema, enquanto compatível com referido código. Disso emerge a alta indeterminação do programa sistêmico, no caso, o Direito.

As cláusulas gerais aparecem, então, como mecanismos internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais.

A relação contratual deve ser reformulada como um sistema autopoietico, inserido num universo com outros sistemas autopoieticos, superando a visão tradicional do contrato baseado no consenso obtido pelo acordo de vontades, pois diante dos problemas gerados pelo alto grau de diferenciação social (pela codificação binária), é preciso esforço para, através de meios jurídicos, harmonizar e coordenar as exigências sociais contraditórias manifestadas na relação contratual, esforço para assegurar a dependência das estruturas de expectativas contratuais (programas) de mecanismos regulatórios não-consensuais extremamente variados, incluindo mecanismos intervencionístico-estaduais e a respectiva coordenação no seio do próprio contrato.⁶⁰

Para adaptar o programa (estruturas de expectativas normativas/contratuais) sistêmico ao programa do subsistema, diminuindo a indeterminação gerada de tal conflito, aparece a função social como cláusula geral (como elemento não-consensual), reconstruindo internamente as exigências do meio envolvente, no próprio contrato concreto. As exigências, entendidas como estruturas de expectativas do sistema contratual nos níveis da interação (relações pessoais entre as partes contratantes), institucional (do mercado e da organização) e societário (inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como a política, a economia e o Direito).

A outra perspectiva autopoietica para a cláusula geral está na questão relacionada ao tempo como produção de diferença como construção de futuro.

Na sociedade atual, pós-moderna, identificam-se aquelas questões colocadas por François Ost e sucintamente reproduzidas supra (4.2.), sobre o tempo do questionamento. Ou seja: não há mais espaço para tempos de longa duração, ou mesmo de curta duração, pois presencia-se o tempo do instantâneo, do efêmero, da moda, não havendo, portanto, espaço para projetos que exijam “tempo” para se realizarem. Foi baseada num tempo de longa duração que a legislação dos códigos, da Constituição e a própria idéia de contrato foram criadas: para durar.

⁶⁰ TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*, p. 231.

Disso resulta que não é mais possível dominar o futuro, dominação identificada com o tempo da promessa e com a dogmática jurídica. Sabe-se que a lei, o contrato, a Constituição funcionam, ou têm a pretensão de funcionar, como mecanismos de controle do tempo (futuro), pois, na busca de segurança, proporcionam uma “estabilização das expectativas”, no intuito de evitar frustrações, negando o futuro.

É que os fatos consumados já não têm importância, na medida em que são irremediáveis. O que se quer é “evitar que aconteça a frustração, coisas que não estavam previstas nas nossas expectativas, porque, se acontecerem, elas são irreversíveis”. Por isso, o Direito institucionaliza expectativas de comportamento, chamadas expectativas normativas (4.1. supra), mas, ao fazê-lo, vincula o Direito ao passado, pois este passa a trabalhar numa perspectiva de repetição extremamente conservadora.⁶¹

Logo, a decisão jurídica, no que tange ao papel do juiz nos conflitos pontuais que se lhe apresentam, seria o espelho da lei, da Constituição, do contrato, enfim, da repetição. Ficando apenas nessa perspectiva, estar-se-ia pensando o Direito ainda numa visão iluminista, em que ao magistrado cumpre apenas dizer a lei. Ao contrário teoria social luhmaniana propõe uma racionalidade na produção de diferença e não no consenso.

Para Niklas Luhmann, a aplicação do Direito consiste na relação variável entre programa e decisão.⁶² Para ele, programa significa “que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (“*constraints*”) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição” e, além disso, “o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões.”⁶³

Essa programação pode ser de dois tipos: condicional e finalística. A programação condicional é aquela cujas premissas de decisão têm a forma de causas, de informações, que estão em condições de resolver determinadas decisões, sempre que estejam presentes (“se/então”). Já a programação finalística, parte dos resultados desejados, daí procurando encontrar os meios propícios.⁶⁴ No dizer de Leonel Severo Rocha, a programação condicional é aquela em que o decisor tem o cuidado de agir sempre como todo mundo age em situações semelhantes, o que chama de “agir dogmaticamente”.⁶⁵

⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. “O direito na forma de sociedade globalizada”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001**, p. 128-29.

⁶² LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmatica juridica**. Traduzido por Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 38.

⁶³ Idem. **Sociologia do direito II**, p. 27.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 110.

⁶⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 131.

Essa programação condicional está ligada, então, às expectativas normativas, enquanto a programação finalística diz respeito às expectativas cognitivas.

Seguindo a tese de Leonel Severo Rocha, propõe-se que a decisão, em relação ao tempo, pode ser de duas maneiras: voltada para o futuro, quando produz tempo e diferença (programação finalística), ou voltada para o passado, quando nega o tempo e enfatiza a repetição (programação condicional).⁶⁶

A repetição de decisões apenas contribui para a alienação do Direito, tornando muitas delas fora de contexto, diante de um longo tempo processual, por exemplo, que ao jurista pode parecer normal, mas para a sociedade atual, que deseja e espera soluções para os seus problemas através de decisões rápidas, torna-se verdadeira crise.⁶⁷

Apresenta-se, com isso, a idéia de *paradoxo*, da qual já se falou supra (4.1.). Ela está ligada à decisão que produz diferença. É que, se um magistrado decide diferente, utilizando-se de uma programação finalística, ou seja, deixando de lado as expectativas normativas e abrindo-se para a complexidade das expectativas cognitivas existentes na sociedade, ele mesmo, só tem competência para decidir, porque a programação condicional assim o permite ou determina. Numa mesma decisão, tem-se a programação condicional e a programação finalística, em que o magistrado só pode decidir de acordo com a segunda porque a primeira assim o permite. A decisão está, ao mesmo tempo, no passado e no futuro.⁶⁸ Assim, a *autopoiesis* revela-se fundamental, como um sistema simultaneamente ligado ao passado e ao futuro, simultaneamente fechado e aberto. Quer dizer que se trata de um sistema que tem, ao mesmo tempo, repetição e diferença, o que demonstra a sua superioridade e sofisticação em relação às teorias normativista – que trabalha com uma noção de sistema fechado – e hermenêutica – que lida com a idéia de sistema aberto.⁶⁹

O risco, que está vinculado à tomada de decisão, isto é, a uma idéia de dano futuro dela decorrente. Para Niklas Luhmann, não há decisões isentas de risco (ou omissões, que para o autor também são decisões), em razão do que não se pode ter esperança de que um maior estudo e investigações sobre o risco possam neutralizá-lo em favor de uma maior segurança.⁷⁰ Até porque, o responsável pela produção da diferença na valoração

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ Idem, p. 132-33.

⁶⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 133-34.

⁶⁹ Idem, p. 134-35.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 149.

social do risco é o tempo, diferença que é indeterminável em seus conteúdos pelo presente. Trata-se do *risco do risco* a variação dessa valorização com o tempo.⁷¹

Desse modo, Niklas Luhmann encara o futuro da sociedade moderna (leia-se pós-moderna) na forma do risco das decisões, que só se pode tomar do presente. O risco assume, assim, a forma de descrição presente do futuro, já que diante dos riscos, pode-se optar entre, ao menos, duas alternativas.⁷² A noção de risco está, portanto, ligada à de contingência.

Aos operadores do Direito resta, portanto, conhecer o risco, ou seja, saber que a sua decisão com relação ao futuro pode implicar uma consequência diferente daquela que havia sido pensada.⁷³

Trazendo-se todas essas considerações para a questão das cláusulas gerais, é possível afirmar que elas possibilitam que a decisão judicial seja proferida com base nos dois tipos de programação: condicional e finalística. A programação condicional verifica-se pela própria positivação da cláusula geral, como no caso da função social e pela legitimidade conferida ao julgador. Já a programação finalística advém do preenchimento do conteúdo dessa função social. Mesmo que se considere que a função social dos contratos refira-se ao bem comum e ao equilíbrio das prestações como justiça social e remeta a sua compreensão para o texto constitucional – que nada mais é do que programação condicional – ainda assim, abre a possibilidade de que o seu conteúdo seja preenchido através de uma programação finalística.

Aqui se vislumbra uma solução para o problema enunciado por François Ost, de requestionar sem comprometer a capacidade de manter promessas, na medida em que, utilizando ambas as programações, a decisão estará conjugando a promessa e o requestionamento. Na verdade, essa solução pode ser encarada na ótica de referido autor, no sentido de que, na tomada de decisão que se dá no presente (Niklas Luhmann), estão “presentes” todas as temporalidades por ele enunciadas: a memória social, com a qual o Direito contribui para fixação mais ou menos solenizada e reiterada dos valores fundamentais da coletividade; o perdão, como elemento revolucionário, de ruptura; a promessa, que institui o futuro (como legislação e contrato), constituindo-se o juiz o seu guardião (repetição); o requestionamento, pois a decisão está exposta à permanente provisoriedade, dada pela excessiva rapidez da ação do tempo enquanto constante modificação.

Quando se vincula a função social às noções de bem comum e de justiça social, presentes na Constituição, continua-se a trabalhar numa perspectiva condicional.

⁷¹ Idem. “El futuro como riesgo”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**, p. 165.

⁷² Idem. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**, p. 133.

⁷³ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 136.

Entretanto, quanto aos conteúdos do bem comum e da justiça social, podem e devem ser preenchidos segundo uma programação finalística. É assim que François Ost, falando no tempo do questionamento, assevera sobre a provisoriedade do bem comum, que deve ser constantemente rediscutido.⁷⁴

Isso, porque a modernidade trabalha com uma racionalidade do passado e a pós-modernidade, com uma racionalidade do presente, graças à instantaneidade do tempo. As cláusulas gerais mesclam as duas e, de certa forma, dão uma chance ao futuro, na medida em que proporcionam ao julgador um mecanismo para decidir diferente, voltando-se para o futuro e produzindo diferença, produzindo tempo.

Por fim, sob a ótica da decisão tomada pelo Poder Judiciário – a quem, em vista da obrigatoriedade de sempre decidir, corresponde um papel de fonte especial do Direito⁷⁵ – não se pode deixar vencer pela questão em torno da subjetividade dos juízes, que, muitas vezes, bloqueiam o pensar através de uma programação finalística da decisão. É que não se deve pensar nos atores do Direito isoladamente, mas em conjunto. O Direito deve ser pensado como organização, ou melhor, o Poder Judiciário deve ser pensado como uma organização, como sistema voltado para a tomada de decisões dentro do Direito, não podendo ser encarado, de forma amadora, como dependente da subjetividade das pessoas ou de sua boa vontade. Deve preocupar-se com a tomada de decisões que levem em consideração a programação constitucional de repetição e finalística da produção de diferença.⁷⁶

Assim, através do processo de decisão, possibilita-se a repetição (lei, contrato) e a produção de diferença, por uma conjugação das programações condicionada e finalística, aparecendo a cláusula geral da função social como um mecanismo que proporciona ao juiz (programação condicional, porque sua legitimidade para decidir é dada pela lei) essa programação finalística, ao preencher os conteúdos constitucionais (programação condicional) que lhe são atribuídos. Tudo isso pelo viés sistêmico da *autopoiesis*, que representa um fechamento operativo (repetição, ou seja, programação condicional) e uma abertura cognitiva (produção de diferença, ou seja, programação finalística).

⁷⁴ OST, François. *Op. cit.*, p. 357.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Traduzido por Peter Naumann. In: **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, v. 49, p. 149-168, 1990, p. 168.

⁷⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 134. François Ost, analisando três modelos de juiz (**Júpiter, Hércules, Hermes**: tres modelos de juez), assevera que o Direito, nos dias de hoje, frente a uma racionalidade paradoxal, deve apoiar-se numa teoria lúdica, relacionada à idéia de jogo. Para ele, não basta que simplesmente se faça uma superposição entre o modelo da família romano-germânica – que denomina da pirâmide ou do código e lhe atribui o juiz Júpiter – e o modelo anglo-saxão – que faz do juiz chamado Hércules a fonte única do Direito válido. É preciso mais: a racionalidade de Hermes, cuja trajetória adota a forma de uma rede, numa multiplicidade de pontos de inter-relações dos modelos anteriores.

Ainda em relação aos contratos, é possível vislumbrar duas situações. A primeira relativa ao momento da sua instituição, em que se apresenta numa ótica de programação finalística, identificada com a promessa, na medida em que pretende dominar o futuro, controlar o tempo futuro, dar durabilidade a uma relação. No entanto, logo atinge um segundo momento, em que se vê perante a necessidade do requestionamento, em face das alterações daquele futuro que agora já é presente e se manifesta, muitas vezes, de forma muito diferente daquela prevista ou imaginada. Daí a cláusula geral da função social revela-se fundamental, possibilitando às partes ou ao juiz, repensarem a relação contratual, novamente através de uma programação finalística, produzindo diferença e tempo e, com isso, tentando garantir uma chance para o futuro de tal relação, visando, assim, a uma revisão para manutenção do vínculo e não a uma revisão para sua extinção.

5. Conclusão

A teoria autopoiética dos sistemas revela-se, portanto, importante instrumento de observação da cláusula geral da função social dos contratos, na medida em que permite um olhar diferente, sofisticado, para a resolução de conflitos entre os sistemas sociais, isto é, para além do subsistema do Direito.

Mais do que isso. Vislumbra-se, na teoria sistêmica aqui enunciada, um repensar privilegiado de toda a teoria geral dos contratos, desde a sua formação, assegurando-se a manutenção da relação contratual, frente às constantes alterações, próprias da *pós-modernidade*.

6. Referências

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. "Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional". In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, p. 7-26, 1988.

ANDRADE, Manuel Antonio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998. v. II.

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.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECK, Ulrich. "Teoría de la sociedad del riesgo". In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 201-222.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. I.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994.

DALLAGNOLO, Dorval Baptista. "Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil". In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 82-93, 1987.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. "A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-50.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HORA NETO, João. "O princípio da função social do contrato no código civil de 2002". In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 38-48, 2003.

ISERHARD, Antônio Maria. 'A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito'. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 2001**. São Leopoldo: PPGD-Unisinos, 2001, p. 281-84.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**. A lógica cultural do capitalismo tardio. Traduzido por Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 1997.

JAYME, Erik. "Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado." Traduzido por Cláudia Lima Marques. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 759, p. 24-40, 1999.

LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". Traduzido por Peter Naumann. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, v. 49, p. 149-168, 1990.

_____. "El concepto de riesgo". In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 123-53.

_____. "El futuro como riesgo". In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 155-72.

_____. “La contingencia como atributo de la sociedad moderna”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 173-97.

_____. “O enfoque sociológico da teoria e prática do direito”. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Seqüência**, Florianópolis: Editora da UFSC, v. 28, p. 15-29, 1994.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Traduzido por Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2001.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Traduzido por Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Guadalajara: ITESO, 1996.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traduzido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Traduzido por Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. **Sistemas sociales**. Lineamentos para una teoría general. Traduzido por Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Colonia San Juan Tlihuaca: Alianza, 1991.

_____. **Sociologia do direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____.; GEORGI, Raffale De. **Teoría de la sociedad**. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

LYOTARD, Jean-François. **Moralidades pós-modernas**. Traduzido por Maria Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996.

_____. **O pós-moderno**. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1986.

MAGALHÃES, Juliana Neunschwander. “O uso criativo dos paradoxos do direito”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 243-77.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato do direito brasileiro”. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, p. 19-38, 1992.

_____. “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 61-85.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. “O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 163-86.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Constituição e direito civil: tendências". In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 779, p. 47-63, 2000.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. "Estrutura e função do direito na teoria da sociedade". In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 219-42.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. "Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente". In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil – constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 17-54.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes**: tres modelos de juez. Traduzido por Isabel Lifante Vidal.

_____. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1988. v. I.

ROCHA, Leonel Severo. "Direito, cultura política e democracia". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2000**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2000, p. 141-57.

_____. "O direito na forma de sociedade globalizada". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001, p. 117-37.

_____. "Três Matrizes da Teoria Jurídica". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 1998-1999**. São Leopoldo: EdUnisinos, 1999, p. 121-36.

_____. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: SAFE, 1985.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

_____.; CARVALHO, Delton Winter de. "Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2002**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002, p. 235-50.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Antônio Jeová. Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos. São Paulo: Método, 2002.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995.

VINAGRE, Marta Maria. "A outra face do contrato". In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, p. 102-24, 1988.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1985.

WILHELMSSON, Thomas. "Regulação de cláusulas contratuais." In: **Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p. 09-22, 1996.

(Artigo recebido em 09/12/2013 e aprovado para publicação em 28/12/2014).