

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DAVID DENNER DE LIMA BRAGA

ANOTAÇÕES SOBRE RISCO NA CONTRATUALIDADE : UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

POUSO ALEGRE – MG

2019

DAVID DENNER DE LIMA BRAGA

ANOTAÇÕES SOBRE RISCO NA CONTRATUALIDADE : UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Dissertação apresentada como exigência parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* na Faculdade de Direito
do Sul de Minas- FDSM

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes
Figueiredo

FDSM – MG

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

B734 BRAGA, David Denner de Lima

Anotações sobre risco na contratualidade: uma abordagem a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann / David Denner de Lima BRAGA. Pouso -Alegre MG: FDSM, 2019. 107p.

Orientador: EDUARDO HENRIQUE LOPES FIGUEIREDO.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Contratualidade. 2. Risco. 3. Perigo. 4.Modernidade. Complexidade. I. FIGUEIREDO, EDUARDO HENRIQUE LOPES. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340

DAVID DENNER DE LIMA BRAGA

ANOTAÇÕES SOBRE RISCO NA CONTRATUALIDADE: UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 25/04/2019

Banca Examinadora



Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Prof.ª Dr.ª Fernanda Busanello Ferreira
Universidade Federal de Goiás



Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG
2019

In memoriam,
a Elizete Reinaldo de Lima,
ex toto corde.

AGRADECIMENTOS

Contando mais de 24 meses sem pausa no envolvimento com o Mestrado em Direito da FDSM é preciso admitir que o percurso é exaustivo mesmo quando se tem prazer em descobrir os caminhos menos trilhados do direito. Sem o muito apoio que tive, dentro e fora da FDSM, certamente não teria completado o curso. Tenho muito o que agradecer.

Primeiro quero reconhecer que dessa vez não saio com aquela antiga sensação, que Brás Cubas me ajudou a entender, de ter sido logrado, de receber um atestado que dirá que possuo uma ciência que deveras não possuo. Houve muitas oportunidades de aprendizado e isso não tem preço. Destaco que nunca tinha conhecido Professores de Direito que fossem de verdade Professores de Direito, então desconhecia as possibilidades que a pesquisa oferece. Tenho em alta conta os professores dessa instituição, sobretudo os dois Professores seguintes.

Nesse sentido agradeço ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, orientador, pelas aulas, pelas conversas, pela orientação, pelas indicações bibliográficas, em sala de aula, nas orientações e no grupo de pesquisa, por indicar caminhos em História do Direito, por ajudar a entender o funcionamento da pesquisa, pelo senso crítico, pela instigação, por ter aceitado conduzir o trabalho mesmo com o referencial teórico de Luhmann.

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni cujas aulas abriram um caleidoscópio de possibilidades teóricas, sobretudo Niklas Luhmann, e pelos convites para participação em eventos sobre a teoria dos sistemas e a oportunidade de participar do grupo de pesquisa, Margens do Direito, cujos temas são tão de meu interesse, e principalmente por ter, na qualificação, desenhado um itinerário com o qual trabalhei nessa pesquisa e o qual procurei seguir à risca, embora ainda sem muita habilidade.

À equipe da FDSM, sobretudo Juliana, por simplificar as coisas, por ajudar sempre, ao pessoal da Biblioteca. À FDSM por cumprir sua missão com o ensino.

Aos novos amigos Isa, Ana, Márcio, Ney, Allan.

À Valcyr Fernandes Braga (meu pai), Pedro, Ian e Iago (meus sobrinhos), as duas pontas de um processo, um quarteto que não tem a menor ciência desses trabalhos mas que influenciaram no ritmo da escrita.

Aos queridos amigos Larissa e Henrique pela presença nos momentos mais difíceis, com tanta dedicação, carinho e apoio, material e moral, sempre nos socorrendo (no sentido mais próprio da palavra socorrer), e ainda pela paciência extra em ouvir sobre a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, o tempo todo, sem demonstrar fadiga nem desgosto pela autorreferência, autopoiese, distinção etc.

À Su, Dany e Lílian por suportarem junto os traumas e as angústias, aliviando o peso ao compartilharem dos mesmos problemas. A Lílian por me liberar do trabalho para assistir às aulas, participar dos congressos e dos grupos de pesquisa, pelos estudos de francês, por me alertar que o prazo de entrega desse trabalho podia parecer longo mas era curto. Além de todo o resto, inumerável, como cuidar do almoço, da janta, do banho em papai etc. etc. etc.

Finalmente, à minha mãe que, mesmo morrendo, não quis e não deixou que eu abandonasse o mestrado, que agora é ausência, lembrança e saudade, mas que sempre esteve comigo, que esteve presente, como era seu costume, no momento da matrícula nesse mestrado, e depois em tantas angustiosas viagens em tratamento, na estrada sempre falando da vida, do além-vida, de filosofias e teorias jurídicas, sempre me ensinando, sempre otimista e sempre crítica. Queria que pudesse me ver, queria te ter por aqui.

“As coisas têm peso, massa, volume, tamanho, tempo, forma, cor, posição, textura, duração, densidade, cheiro, valor, consistência, profundidade, contorno, temperatura, função, aparência, preço, destino e idade, sentido, as coisas não têm paz”. Arnaldo Antunes, As coisas

“(…) in physics (….) a relatively small and workable number of laws or principles tell us what would happen if simplified conditions be assumed and all disturbing factors eliminated. The simplified conditions include specifications as to dimensions, mass, shape, smoothness, rigidity, elasticity and properties generally of the objects worked with, specifications usually quite impossible to realize in fact.” Frank Knight, Risk, Uncertainty and Profit

“The scientific method rests on two fundamental pillars: (i) Rules observed in the past shall apply to the future. (...) (ii) Almost everything in the universe shall be irrelevant.” Von Foerster, Perception of the future and future of the perception

RESUMO

BRAGA, David Denner de Lima Braga. Anotações sobre o risco na contratualidade: uma abordagem a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. xx.p. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2019.

O presente trabalho, realizado no âmbito do mestrado em Constitucionalismo e Democracia, procurou analisar o risco contratual a partir da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Diferente da tradição que contrapõe o risco à segurança, Luhmann o contrapõe ao perigo e distingue ambos conforme o ponto de vista: quem toma decisões arrisca, quem não as toma corre perigo. A pesquisa dirigiu sua atenção a dois momentos: o da modernidade e o da contemporaneidade e se desenvolveu atenta aos seus contrastes, os quais atravessam suas seções e estão presentes tanto ao cuidarmos do risco quanto ao cuidarmos do contrato. Os modernos acreditavam que a probabilidade e o cálculo podiam contornar os riscos e também deram ao contrato uma formulação que parecia definitiva, seria espécie de negócio jurídico, instrumento para circulação de riquezas. A contemporaneidade desafiou essas noções. O risco é incontornável e o contrato, como negócio jurídico, uma abstração tão ligada ao poder da classe dominante quanto afastada da realidade: pressupõe igualdade na liberdade de contratar sob a desigualdade das situações proprietárias. O presente estudo utiliza da observação de segunda ordem, cuja unidade analítica parte da lógica das formas no sentido de Spencer Brown, transitando por formas de diferenças. Daí as díades risco/incerteza, risco/segurança, risco/perigo. Assinalou-se, então, na doutrina o potencial do contrato para a realização da igualdade material, que todavia, não se concretiza. O estudo do risco no contrato permite dizer que contratos geram inclusão e exclusão e ao buscarem a igualdade aumentam, paradoxalmente, a desigualdade.

Palavras-Chave: Contratualidade. Risco. Perigo. Modernidade. Complexidade.

ABSTRACT

BRAGA, David Denner de Lima Braga. Notes on risk and contracts: na approach based on Niklas Luhmann's Systems Theory. **Dissertation** (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pos-graduation program in Law, Pouso Alegre, 2019.

The present work aimed to analyze the contractual risk from the point of view of Autopoietic Systems Theory. Contrary to traditional approaches that see security as a counter-concept to risk, Luhmann opposes it to danger and distinguishes both accordingly to the point of view: the one who decides takes risks, that one who do not decide undertakes dangers. This research had paid a keen attention to modernity and contemporaneity and had developed attentively to their contrasts, which go through all it sections and are present when we discuss risk, as well when we discuss contractuality. The modern used to believe that probability and calculus were able to skirt risk and were they who had given contract a formulation that seemed to be everlasting: contracts as legal transactions and instruments to circulation of wealth. Yet contemporaneity has defied this ideas. Risk is unavoidable and contract, as legal transaction, is so much abstract and connected to the power of ruling classes as it is departed from reality. It presupposes that the parts are equal to sign contracts without caring about the inequalities they had concerning having or not property. This study makes use of second order observation, which analytical unity follows Spencer Brown calculus of forms, moving through forms of difference. The doctrine has notice that contracts have a role to achieve equality, what, unfortunately is never the case. The study of contractual risk has shown that contracts cause exclusion and inclusion at the same time and that they generate inequality exactly when they try to pursue the equality.

KEY-WORDS: Contractuality. Risk. Danger. Modernity. Complexity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. A SOCIEDADE MODERNA E A QUESTÃO DO RISCO	21
1.1 A “Sociedade do Risco” de Ulrich Beck	23
1.2. A Sociologia dos Riscos de Niklas Luhmann.....	39
1.3. Sociologia dos riscos ou Sociedade do Risco?	46
2. O CAPITALISMO E A DOGMÁTICA JURÍDICA: O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO	52
2.1. A ordem jurídica burguesa e a dogmática	57
2.2. A dogmática jurídica e as classificações (<i>genos technique</i>)	67
2.3. O Contrato na doutrina tradicional	73
3. O CONTRATO NA TEORIA DOS SISTEMAS.....	77
3.1. A função do direito em Niklas Luhmann	80
3.2. Desigualdade e Exclusão.....	86
3.3. Decisão jurídica e contrato.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

Non qu'on veuille nier le caractère irréversible du temps : le passé est révolu et l'avenir indéterminé. (François Ost)

O presente estudo parte de uma proposta simples, pelo menos em princípio, o estudo dos contratos sob uma perspectiva do risco, mas que não permanece trivial por conta do referencial da teoria dos sistemas. Além disso, trabalha sob o contexto da modernidade e da alta complexidade da sociedade contemporânea e com uma teoria do conhecimento de base construtivista, em segundo plano, mas que aflora ao primeiro plano ora aqui ora ali.

O construtivismo ficou muito popular em razão das constantes mudanças por que a sociedade passou, tornando-se, em certo momento, muito difícil não ser um construtivista¹. Isso leva à questão da metodologia que empregamos. Provavelmente iremos melhor em não empregar a palavra “metodologia” e aproveitando as ponderações de Andersen falar da “estratégia de análise” que empregamos².

É que nosso trabalho utiliza-se, principalmente, da obra de Luhmann a qual, como sabido, muda o foco de suas perguntas de questões sobre o “quê” e “por quê” para questões sobre o “como”³. Ele tem mais, por assim dizer, preocupações epistemológicas do que ontológicas. Pode-se dizer que seu pensamento, pós-ontológico, “transita por formas de diferenças” e não por formas de ser, entes ou signos linguísticos⁴. Na ontologia⁵ usa-se um método para a observação de um objeto para produzir um conhecimento verdadeiro sobre ele. Na estratégia de análise parte-se da “observação de observações como observações” para

¹ ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003. p. IX.

² Cf. ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003. Introdução.

³ Ver. Identity: What or how? in LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited, with an Introduction, by William Rasch. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 595).

⁵Todas as observações que se seguem baseiam-se no quadro comparativo encontrado em: ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003. p. XIII. Ontologia é a ciência que estuda o ser.

questionar pressupostos, para quebrar ontologias e obter um conhecimento diferente do que é dado pelo existente sistema de significados. Essa é a base sobre a qual nossa pesquisa repousa.

A proposta original sequer era, na verdade, o risco, mas antes, a segurança jurídica. À medida, porém, em que avançamos na teoria dos sistemas a segurança foi se deslocando para uma posição secundária (até quase sumir) e ao lado do risco apareceu o perigo, sem sinonímia com risco(!), como algo que lhe é distinto e que lhe permite compor sua forma.

Nesse ponto a exposição do trabalho traz dificuldades para quem não é iniciado no pensamento de Luhmann, e nos obriga a tomar uma decisão, pois somos forçados (uma vez escolhido o referencial) a usar uma linguagem diferente daquela que se está acostumado em direito, a levantar a capa e a observar paradoxos que vêm de todos os lados, ubíquos como os riscos na comunicação da sociedade, e até mesmo a lidar com concepções de tempo que escapam ao senso comum⁶.

Uma maneira para a superação dessa dificuldade (mas inviável, além de cansativa, inclusive para o leitor) era apresentar uma seção explicando os conceitos básicos da teoria dos sistemas de Luhmann⁷. A outra via, a escolhida, era reconhecer que se o leitor deseja ler sobre contratos numa perspectiva que faz uso de Luhmann ele já deve estar familiarizado com sua linguagem, caso contrário,

⁶ Não deixo de pensar que o itinerário desse estudo seguiu um roteiro orwelliano, incorporando os “princípios sagrados” do Ingsoc: newspeak, doublethink e mutability of past, uma vez que exige um novo vocabulário (sistêmico-autopoiético), trabalha com paradoxos e entende o tempo como uma construção social que inexistente no (e para o) Mundo, mas apenas existe para o sistema e onde o passado é construído *hic et nunc*.

⁷ O Prof. Simioni foi quem esclareceu da desnecessidade e dos inconvenientes de seguir por essa via. Ademais, após muitas leituras, de Luhmann como de seus estudiosos, concordamos com MOELLER, Hans-Georg. *The radical Luhmann*. N.Y. Columbia University Press, 2012. Além de não ter uma linearidade em sua obra, na maioria de seus trabalhos, Luhmann apresenta ao leitor um conjunto de novas observações sobre um assunto particular juntamente com extensas repetições de informação sobre sua estrutura teórica. Assim, quando se consegue um entendimento básico de sua terminologia (para a qual não há em seus livros início ou introdução gradual), essa frustrante experiência inicial é substituído por outra, a das cansativas repetições e interrupções em sua extensa obra. A essa opinião de Moeller acrescentamos apenas que o mesmo vale para quem escreve sobre Luhmann. Quase sempre topamos nas traduções de Luhmann para o português, espanhol e inglês, com introduções que nos iniciam em seu pensamento e repetem o mesmo: sistema, ambiente, forma, diferença, autopoiése etc. etc. E, malgrado a maioria seja bem interessante, para uma primeira leitura, essa frequência é cansativa. Em artigos e livros (daqueles que se embrenham nos sistemas autopoiéticos) o mesmo *modus operandi* aparece e então a “minha ideia” de esclarecer o leitor só iria contar para aumentar o número dessa redundância.

parafraseando uma passagem famosa de Machado, o problema não está no livro mas no leitor.

Com isso fica justificada a ausência de explicação detalhada de muitos conceitos da teoria com que lidamos mas não uma ausência completa. Devemos alertar, pelo menos, avançando a questão metodológica (ou estratégica discursiva), que a análise de todos os conceitos⁸ nesse trabalho segue a protológica⁹ de Spencer Brown tal como apreendida a partir de Luhmann. Isso implica aquele posicionamento inicial dentro da teoria do conhecimento, ou seja, uma tomada de posição em um nível mais abstrato do que aquele no qual opera o conhecimento do direito. Ou, falando sistemicamente, implica um posicionamento como observador de segunda (as vezes de terceira ou quarta) ordem.

Um observador de primeira ordem costuma enxergar apenas parte do problema com o qual pretende lidar (trabalha com o objeto, com o ser). Essa constatação é importante para a compreensão daquilo que ocorre na primeira seção desse estudo com respeito ao risco.

Assim quando alguém se propõe a trabalhar o risco é apenas metade da questão, o lado interno da forma, que está indicando. Da mesma forma que, *verbi gratia*, o problema do bem implica, nem que seja latente, o problema do mal, o problema do risco implica, mesmo que não se aperceba disso quem maneja essa questão, o problema da segurança. Dizemos nesse caso que a forma do risco é risco/segurança. Por isso que acima, ao falar sobre a forma, falamos das dificuldades que enfrentaria o leitor sem costume com esses conceitos.

A forma do risco, então, seria risco e segurança. Pelo menos em Ulrich Beck as coisas parecem ser assim. E a primeira subseção (subseção 1.1) busca apresentar o pensamento desse autor na questão do risco, apresenta a sua tese da “sociedade do risco”, que foi onde ele ganhou projeção, bem como o contexto que lhe permitiu construir sua teoria.

⁸ Como os conceitos de risco, perigo, contrato, decisão etc.

⁹ Essa denominação retiramos de Jean Clam. Cf. CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélío Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006

Já em Luhmann tudo se passa de modo diferente (como vemos na subseção 1.2). Ele explicitamente substitui a segurança pelo perigo e isso muda completamente a forma do risco. Sua distinção do que seja o risco e o perigo é apenas uma questão de ponto de vista. Quem decide assume um risco e quem não decide corre perigo. Podemos imaginar o que acontece com a intelecção da decisão quando no lugar da segurança se introduz o valor “risco”, e toda sua rede de conexões ligadas à confiança, à crença, ao perigo a expectativa, contingência¹⁰. O risco assim assume um sentido positivo (há disposição para se correr riscos) ao passo que o perigo assume um caráter negativo (não há a mesma disposição em estar submetido a situações perigosas).

A distinção entre risco e perigo aparece também em Beck embora com um sentido diferente. Em Beck o risco tem a ver com a ação humana e o perigo tem a ver com a natureza, com desastres naturais.

Assim é que malgrado ambos autores utilizem-se dos mesmos termos, seu arranjo é bastante diverso em cada teoria. Quando Beck diz que os riscos baseiam-se sempre em decisões¹¹ ele acredita que está em consenso com o próprio Luhmann, mas não percebe que ao dizer que os riscos resultam da transformação de incertezas e de perigos em decisões, no lugar da proximidade aparente existe um grande abismo, até mesmo porque o conceito de decisão em Luhmann não se põe no nível dos sistemas psíquicos mas dos sistemas sociais, ou seja, na comunicação.

Tratamos, pois, os dois autores como incompatíveis no seu conjunto apesar de reconhecer que aqui e ali possa haver pontos de contato. Há duas razões principais para isso. O rigor de Luhmann quando foca na questão da forma, cuja discussão parece ausente em Beck e a concepção de sociedade diversa que portam esses autores. Enquanto um acreditava (Beck ao final parecia cético em relação a essa possibilidade¹²) poder se valer do risco para definir a sociedade mundial o outro via nisso apenas uma autodescrição que se vale de um aspecto insuficiente, como

¹⁰ LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 321.

¹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 208, nota 1.

¹² BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

outros aspectos também seriam insuficientes, tal como “informação” (sociedade da informação), para caracterizar a sociedade mundial como sociedade do risco.

Ao final, pareceu-nos que Beck, principalmente, apropriou-se de algumas contribuições de Luhmann (do seu Sociologia dos Riscos) sem no entanto aderir a uma teoria dos sistemas, dentre as quais as principais seriam a questão do risco e perigo, sem trabalhar isso como uma forma no sentido de Spencer Brown, e a questão da decisão como produtora de riscos¹³.

Concluindo a seção, na subseção 1.3 buscamos explicar porque a teoria de Beck, apesar de ainda possuir tanta projeção e adeptos, seria deixada de lado por não ser mais atual. E as razões foram antecipadas nas entrelinhas dos parágrafos anteriores e podem ser aprofundadas na primeira parte dessa pesquisa.

O estudo segue com o tratamento da contratualidade e mais uma vez apresenta, subjacente, uma discussão no âmbito da teoria do conhecimento juntamente com aportes históricos a respeito da modernidade jurídica. A modernidade jurídica aparece como uma ordem jurídica burguesa que rompendo deliberadamente com o passado, com a sociedade tradicional (feudal) faz uso, dentre outros instrumentos, da Lei para institucionalizar as mudanças imprimindo uma outra dinâmica na sociedade. Isso representa a vitória da burguesia contra a nobreza sobretudo, em uma luta que durou alguns séculos.

A par disso, a modernidade jurídica deixou também marcas perenes na dogmática jurídica. E na subseção 2.2 tentamos demonstrar como o conhecimento do direito é construído para poder, sobretudo na derradeira seção, fazer a sua desconstrução. De fato, a observação de segunda ordem é como a desconstrução¹⁴ e a proposta de pensar o contrato de uma outra maneira pareceu mais completa a partir da observação de como funcionam os métodos dogmáticos.

¹³ Dizemos isso baseados em que no seu prefácio ao livro *Sociedade do Risco Mundial*, Beck reconhece que esse livro é uma reação a vários autores e sobretudo a Luhmann, e é nesse livro que vemos esses conceitos aparecerem e serem trabalhados com mais vagar em relação ao seu livro anterior, o paradigmático, *Sociedade do Risco*, em direção a uma nova modernidade. Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 11, onde ao explicar o porquê de seu novo livro ele diz que foi *Soziologie des Risikos* (Sociologia dos Riscos) que motivou sua reação. Aqui é bom ter cuidado para não ser injusto com Beck, risco que assumimos, de mal compreendê-lo, ao manter o foco em Luhmann.

¹⁴ Ver. *Deconstruction as Second-Order Observing*. In: LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited, with an Introduction, by William Rasch. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

Só após esses aportes é que adentramos, ligeiramente, na teoria dos contratos na subseção 2.3. Hoje em dia ao contrato é dada uma ênfase muito grande, reconhecendo nele o seu potencial para concretização do “princípio da igualdade”¹⁵. Nada obstante esse potencial, a verdade é que o contrato, ao contrário do que se deseja, tem valido mais para exarcebar a desigualdade.

Uma parte da culpa de as coisas serem assim se encontra na igualdade formal da lei e nos conceitos abstratos da doutrina que são propícios ao domínio do mais forte, embora, talvez, se possa reconhecer que muita mobilidade social seja possível a partir das possibilidades que o direito privado burguês abre. Tal mudança de vida contudo, acaba dependendo em boa dose de habilidade e sorte. Um de nossos pressupostos fica sendo, assim, o de que a ordem burguesa produz inclusão e exclusão (mais exclusão que inclusão) ao mesmo tempo.

Dentre as distinções com as quais trabalha a teoria dos sistemas uma das mais fundamentais, tanto quanto e talvez até mais que a distinção primitiva sistema e ambiente, é a distinção inclusão e exclusão. Mas não existe nem inclusão nem exclusão completa, total, já que ambas são os dois lados de uma mesma moeda.

Na última seção é que a tese desse estudo é apresentada e desenvolvida: a de que o contrato é uma decisão jurídica, imerso por isso nos paradoxos da decisão e portador de todas as consequências que a teoria da decisão carrega.

Na subseção 3.1 vemos que o direito possui a função de estabilizar expectativas normativas. Nessa função aparece em primeiro plano a norma jurídica, como realizadora dessa função geral de estabilização. Mas noutro plano entendemos, e cremos que seja fácil reconhecer isso, que o contrato também participa dessa função de estabilizar expectativas e esse conjunto permite a atuação do direito como sistema imunológico da sociedade.

A decisão de contratar, ou o contrato como decisão, é assim, uma das maneiras que as organizações, os sistemas psíquicos têm de absorver a incerteza, estabilizar expectativas normativas e tentar tornar o futuro mais previsível. É certo

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. posição 236, anota que “já se observou, em perspectiva filosófica, que o direito dos Contratos teria, ao menos, uma vantagem em relação ao Direito Tributário em um eventual papel de redução das desigualdades”.

que nesse ponto avançado da pesquisa já está assentado que o futuro é imprevisível. Mas aqui se pode aplicar aquilo que Luhmann diz a respeito da complexidade bruta e complexidade estruturada. Não importa quanto conhecimento se tenha, é impossível um conhecimento tão completo que a partir de uma decisão se possa estabelecer exatamente o estado de coisas que virá a ser.

Assumimos a tese de Luhmann de que a positividade do direito está na decisão jurídica que opera conexões de sentido tanto voltadas para o passado (lei, norma, precedentes, regras e princípios) quanto para o futuro (risco e organização)¹⁶. Isso leva a concluir que o contrato, ainda que usando cláusulas bem detalhadas em instrumento escrito, pode mitigar a incerteza mas não a elimina. Como decisão ele gera informação (a decisão sempre porta informação) e cria vínculos entre as partes envolvidas, as quais assumem os riscos de tudo vir a ser de forma diversa do previsto.

Do mesmo modo o contrato deixa excluídos todos aqueles que dele não tomam parte e, sobretudo em contratos de grande vulto, expõe ao perigo de que as intervenções materiais que ele provoca causem danos. Aqui basta pensar nos prejuízos ambientais que as grandes obras representam, ou nas violações contra o direito dos consumidores, de outros vulneráveis como idosos e crianças, nos riscos à saúde etc. Tradicionalmente, parece-nos que, essa abordagem é incluída no estudo da função social do contrato, a qual leva em conta os efeitos externos à relação jurídica contratual.

É um raciocínio que trabalha no esquema de causa e consequência e que por isso exige indagações relativas ao nexos causal etc. Na perspectiva do risco e do perigo isso pode ser trazido para dentro de um raciocínio que parte apenas da perspectiva da inclusão e da exclusão que essa relação produz e que permitiria pensar, sendo a exclusão algo certo de acontecer, eis que gerada simultaneamente

¹⁶ LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 319. Aproveitando a elaboração de Luz e Simioni, supomos que tudo que é dito para a decisão jurídica, pensando na decisão judicial, é válido para outras formas de decisão jurídica, tal qual o contrato. Com Ost veremos que o contrato está no tempo da promessa e sua face é voltada predominantemente para o tempo futuro.

com a inclusão, em formas de trazer para dentro das contratações de vulto todos os excluídos que serão possíveis afetados.

Além desse perigo há o perigo que corre aquele que não pode contratar, como no caso dos seguros ou no caso dos planos de saúde. Essa exclusão não diz respeito aos efeitos externos negativos do contrato mas aos efeitos que se busca ao contratar e um dos casos mais dramáticos relaciona-se com as questões relativas à saúde.

De mais a mais, contratos, como decisão jurídica, estão na auto-poiese dos sistemas organizacionais. Se do ponto de vista das pessoas (físicas, naturais) é impossível não contratar¹⁷ do ponto de vista das organizações isso implica na sua própria existência. Sem a decisão contratual, entre outras decisões, não é possível a existência de organização.

A conclusão que foi retirada disso tudo em conformidade com a teoria dos sistemas de Luhmann e que convidamos o leitor a conferir é a de que o contrato está presente em todas as esferas e sistemas sociais. Assim no direito, economia, saúde, política, amor (contrato de casamento¹⁸) etc ocorrem contratos. Ele serve de acoplamento estrutural entre muitos deles, frequentemente ao mesmo tempo. Mas sua importância avulta quando se trata dos sistemas organizacionais e dos sistemas psíquicos (“pessoas”).

Reconhecemos pois, com Luhmann, a característica contratual de ser um acoplamento estrutural entre economia e direito, o que de certa forma (mas apenas de “certa forma”) parece ecoar a doutrina tradicional que trabalha o contrato como a formalização jurídica de uma operação econômica. Ao lado disso, pensamos que o contrato é uma decisão jurídica, entre outras, dentre as quais a mais saliente é a decisão judicial. Toda decisão produz absorção de incerteza, convola perigos em riscos e provoca inclusão e exclusão.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. posição 874, “o certo é que, hoje, em um cenário de supercontratualização das relações sociais e econômicas, frequentemente o contratante não contrata porque quer, mas porque precisa”.

¹⁸ Existem correntes disputando a “natureza” jurídica do casamento, se é contrato, se instituição ou se é ambas coisas. Para isso ver Tepedino etc. Para nós é interessante ver o casamento como contrato.

Por fim, apesar de a pesquisa ter assumido um aspecto muito complexo a ideia que a permeia não é difícil de apreender. A complexidade das coisas, sobretudo da sociedade moderna, obriga a abstrações teóricas que acabam sempre ignorando muito daquilo que lhe compõe o perfil. Com tantos detalhes postos de escanteio as previsões só poderiam mesmo ser falhas, o futuro só poderia mesmo ser ignoto e a segurança de poder evitar as catástrofes através de engenho e cálculo, uma quimera.

E o contrato é um instrumento de vinculação do futuro que possui potencial para auxiliar na busca de uma sociedade mais igualitária. O caminho para isso não indicamos nesse trabalho, cujo caráter pretende ser mais descritivo que normativo. Somente esperamos que a partir dessa maneira diferente de pensá-lo seja possível descobrir alguns desses caminhos.

Como último alerta registramos que ao estudar o direito sob a ótica da sociologia dos riscos afrontamos um dos princípios mais caros – uma das autodescrições mais arraigadas na mente do jurista, diríamos em linguagem da teoria dos sistemas – do sistema do direito, o de que sua função é a segurança jurídica. Acontece, como se verá repetidamente nesse trabalho, que a segurança é uma ilusão. E isso vale para qualquer segurança, inclusive para a “segurança jurídica”.

Dessa forma a função do direito deve ser coisa diversa de prover segurança e malgrado o princípio da segurança jurídica seja estampado como fundamental, e valha como autodescrição, merece ser reconhecido que, na “realidade”, as coisas não são assim. Por coerência com o referencial teórico dizemos, com Luhmann, que a função do direito é a estabilização de expectativas normativas, uma função que é cumprida, primordialmente, pela norma jurídica mas não apenas por ela, de vez que também é cumprida pelo contrato.

1. A SOCIEDADE MODERNA E A QUESTÃO DO RISCO

There's many a slip 'twixt the cup and the lip (Provérbio)

As preocupações do presente estudo miram o risco no contrato. Antes, todavia, de irmos à abordagem da contratualidade precisamos de uma teoria sobre o risco, de uma ferramenta para aplicar nessa (re)leitura. E antes de aderir a essa ou àquela teoria, uma vez que existem várias, parece útil mencionar, e apenas mencionar, algumas das muitas contribuições que o tema do risco tem recebido, em perspectivas multidisciplinares, e depois deixar assentada qual será a via por que seguiremos.

No catálogo das teorias correntes sobre o risco, Gabe Mithen aponta quatro paradigmas: o antropológico, o da psicologia social, a abordagem governamental (Foucault), além da perspectiva da **sociedade do risco** construída por Beck e secundada por Giddens,¹⁹. Deborah Lupton entende haver três principais perspectivas teóricas – three broad epistemological positions²⁰ – nos escritos sociológicos sobre o risco, a da **sociedade do risco**, a cultural/simbólica e a governamental²¹. E decerto outras poderiam ser encontradas, elucubradas, como faz Denney²² quando indica seis tipos ideais e abordagens para o risco, as posições individualista, culturalista, fenomenológica, **da sociedade do risco**, a pós-moderna e a regulatória.

Várias são as possibilidades de abordagem, como se vê, e a menção de tantas posições com sobreposições e variações terminológicas passa um sentido de confusão. Sem maior preocupação senão a de enumerar essa variedade de

¹⁹ MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 9. Luhmann também inicia seu sociologia dos riscos com a constatação da variedade de abordagens de pesquisas em diferentes áreas e disciplinas, v. LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 1.

²⁰ Tradução livre: “três posições epistemológicas amplas”, DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 13. Mendes informa que não figuram em Lupton a teoria da escolha racional de Ortwin Renn, a teoria crítica de Habermas e a teoria dos sistemas de Luhmann. Cf. MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 22. Certamente que essa observação acredita na possibilidade de se chegar a um rol exaustivo das teorias.

²¹ LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006., p. 11

²² Ver DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 13 quadro p. 15 e 16

descrições, vamos trabalhar separadamente duas abordagens. A da sociedade do risco de Beck (na subseção 1.1) e a da Sociologia dos Riscos de Luhmann (na subseções seguintes, 1.2 e 1.3). Falar em “sociedade do risco” significa acreditar que “Risk has now become the fundamental feature of our society”²³. Se essa denominação é correta, e em que medida, veremos no momento oportuno.

A apresentação da tese da sociedade do risco ao invés de ir diretamente à sociologia dos riscos de Luhmann, cuja teoria endossamos nesse estudo, se justifica por sua influência, “Probably no one writer was more influential in the field of risk theory than Ulrich Beck²⁴” e seu livro *Sociologia dos Riscos* “iria traçar o destino de uma das teorias sociológicas mais debatidas, e que originou toda uma linha teórica baseada na modernização reflexiva”²⁵, como também pelo propósito desse estudo. Ao fazê-lo teremos condições de apresentar algumas das mutações na semântica do conceito de risco, o que ajudará ao iniciarmos o estudo de Luhmann, por possibilitar contrastar as duas posições, e através do contraste entre as duas abordagens, ficará mais claro apontar aquilo que haveria de insuficiente na teoria de Beck fazendo possível indicar onde avança (se é que é possível usar essa expressão) a teoria de Luhmann²⁶ explicitando as razões pelas quais insistimos nessa abordagem.

Além disso, na *Sociologia dos Riscos* de Luhmann somos confrontados com a abstração da linguagem da teoria dos sistemas, de modo que tentar ir lá diretamente é um passo muito largo, um movimento que carece de um interlúdio para que seja compreendido.

Sem espaço, na estreiteza monográfica desse estudo, para apresentar senão traços do pensamento de Beck, a atenção, nessa subseção, precisa se focalizar naqueles aspectos que nos serão úteis, quase operacionais por assim dizer.

²³ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011., p. 19, Tradução livre: “Agora o risco se tornou a característica fundamental de nossa sociedade”.

²⁴ MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 28 Tradução livre: “Provavelmente nenhum outro autor foi mais influente no campo da teoria do risco do que Ulrich Beck”.

²⁵ MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 23

²⁶ Essa escolha desses autores para atender nossos propósitos é interessante, segundo MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 12 “Within contemporary sociology, Beck’s work has been contrasted with the drier and structurally inspired projects of Luhmann and Habermas” Tradução livre: “Na sociologia contemporânea, o trabalho de Beck tem sido contrastado com os projetos, de inspiração estruturalista, mais áridos de Luhmann e Habermas.

Faremos algumas menções sobre a modernidade e seguiremos com a definição do conceito de risco e suas variações semânticas, a transição da sociedade industrial para a sociedade do risco, a relação entre risco, decisão e futuro. Esse esquema poderia ser definido, de outra maneira, com ênfase na forma, do seguinte modo: primeiro estudar risco e incerteza²⁷ (para cuidar do “conceito”), depois risco e perigo (para falar da transição da sociedade industrial para a sociedade do risco) e finalmente risco e decisão (para tratar, sendo tautológico aqui, do risco e suas relações com a decisão e o futuro).

Ao procedermos assim de certa forma seguimos Beck quando ressalta a necessidade de distinguir entre a ameaça e a insegurança e a semântica do risco, a qual vem associada desde o início da Idade Moderna aos conceitos de decisão, insegurança e probabilidade²⁸.

1.1 A “Sociedade do Risco” de Ulrich Beck

Em seu “Sociedade do Risco, em direção a uma nova modernidade”, Beck delinea duas teses que foram muito fecundas para os debates nos anos 90 e que ainda hoje encontram ressonância. A tese do risco e o teorema da individualização²⁹. A exposição do seu pensamento aqui, consiste em aclarar um pouco cada uma dessas duas teses, o que exige que dirijamos o olhar, mesmo que apenas por um breve momento, sobre a modernidade numa perspectiva histórica³⁰.

Tentaremos também uma aproximação conceitual do risco apesar das dificuldades. Segundo Denney “Writers from all positions recognise that risks are

²⁷ Para isso faremos uso de Frank Knight cujo trabalho, debruçando-se sobre a sociedade industrial, alcançou certa notoriedade na investigação dos riscos. Ver KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Cosimo Classics, 2005. Kindle edition posição 85. Sua distinção entre “risco” e “incerteza” se tornou praticamente um dogma. A esse respeito ver LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 1.

²⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016 p. 22

²⁹ “Ulrich Beck’s Risk Society, and indeed the theory of ‘reflexive modernization’ is characterized by two theses: an environmental thesis or the ‘risk thesis’, and an ‘individualization thesis’.” Foreword by Scott Lash, Individualization in a non linear mode. in BECK, Ulrich. BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *Individualization: Institutionalized individualismo and its social and political consequences*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2002, p. VII.

³⁰ Perspectiva que segue os passos de Beck, ou seja, que lança sobre os diversos ‘momentos históricos’ um olhar superficial, que capta apenas alguns contornos. A modernidade, segundo explica Krishan Kumar, é um “conceito de contraste”. KUMAR, Krishan. *Verbete Modernidade* in. OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 473-474.

variable in origin and format”³¹. Portanto o risco não cabe em uma definição singela, e por sua natureza proteica defini-lo pode revelar-se enganoso^{32 33}, uma vez que como assevera Mythen, “[i]n many ways, the concept of risk is beyond concise articulation³⁴”.

Assim, afigura-se mais proveitoso verificar alguns de seus aspectos e como ele pôde servir para caracterizar a sociedade, já que o conceito de risco é fluido e dinâmico no tempo e espaço³⁵, e certamente é tão variado quanto as perspectivas interdisciplinares que se debruçam nessa temática. Uma explicação para as coisas serem assim é que o risco teria uma natureza, um “ser” evanescente, de modo que ao possuir uma realidade peculiar, real apenas enquanto construção social, não dá para apontar para ele. Para Beck o risco é “um estádio intermédio entre a segurança e a destruição”. Uma construção onde o presente deixa de ser determinado pelo passado mas passa a ser determinado pelo futuro.³⁶

³¹ DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 13

³² MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 14-15 diz que “Indeed, ‘defining’ risk may prove to be something of a red herring. Firstly, understandings of risk will differ over time and place (Hinchcliffe,2000; Lash and Wynne, 1992). Secondly, the indeterminate character of risk ensures that perceptions will invariably be contested between individuals and social groups (Caplan, 2000; Fox, 1999). As Luhmann (1993: 71) points out, what are ‘risks’ for some, can be construed as ‘opportunities’ by others.” Tradução livre: “Certamente, ‘definir’ o risco pode se mostrar algo enganoso. Primeiramente, a compreensão do risco irá diferir conforme o local e a época (Hinchcliffe,2000; Lash and Wynne, 1992). Em segundo lugar, o caráter indeterminado do risco garante que as percepções serão invariavelmente contestadas entre indivíduos e grupos sociais (Caplan, 2000; Fox, 1999). Como Luhmann (1993: 71) aponta, o que seja risco para alguns, pode ser interpretado como ‘oportunidades’ para outros.”

³³ Agora uma observação curiosa. Lendo Denney encontramos uma definição concisa de risco em Beck: “Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities induced and introduced by modernisation itself (Beck, 1992: 21). P. 31. Tradução livre: “Risco pode ser definido como uma forma sistemática de lidar com os azares e inseguranças induzidos e introduzidos pela própria modernização”. Esse conceito consta da edição em inglês, na página 21, interpolado entre outros parágrafos que estão presentes em todas as edições que folheamos (português, inglês e alemão) mas que não aparece nem na edição em português que utilizamos para fazer esse trabalho nem na edição alemã que acabamos por consultar para tentar entender essa lacuna no texto que trabalhamos. De qualquer modo, refletir sobre ela não acrescenta muito em relação ao que buscamos nessa pesquisa.

³⁴ Tradução livre: “Em muitos sentidos o conceito de risco está além de uma articulação concisa”. MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 15.

³⁵ Lupton, society and risk in MYTHEN, Gabe.. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006 p. 21

³⁶ MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 24

Pela exigência de simplicidade vale então apenas, na esteira de Mythen³⁷, apenas referir os “pilares do risco” e os dois processos rudimentares que impulsionaram a sociedade do risco: individualização e distribuição de risco.

Mythen esclarece que Beck se vale de uma narrativa histórica abrangente, que envolve o conceito de risco, e que todo o tempo é trazida à tona para demonstrar a transformação da sociedade:

In both *Risk Society* (1992) and *Reflexive Modernization* (1994), the concept of risk is encased within the wider framework of an historical narrative. Broadly speaking, three distinctive epochs are recalled: ‘pre-industrial society’ (traditional society), ‘industrial society’ (first modernity) and ‘risk society’ (second modernity)³⁸.

Nessa linha é interessante notar o subtítulo do livro, “em direção a uma nova modernidade”. Conforme argumenta Mythen, “*Risk Society* (1992) not only delves into the muddy waters of risk, it also provides a reflexion of the modern condition and a sweeping narrative of social configuration”³⁹. São de considerações sobre a modernidade - e, também sobre a pós-modernidade – que esse autor parte. Beck esclarece que o tema do seu livro é o prefixo “pós”⁴⁰, “tudo é pós” alguma coisa, e obviamente que não é tarefa fácil dizer em que consistem as especificidades desse pós anteposto a “moderno”.

A distância que permitiria enxergar com razoável nitidez os contornos da sociedade moderna inexistente quando se tenta dissecar a demasiado complexa “sociedade contemporânea” ou modernidade de agora⁴¹. Se a modernidade é sempre moderna⁴² ou seja, está sempre se reinventando, qualquer tentativa de fixar

³⁷ MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 12

³⁸ Tradução livre: “Tanto em *Sociedade do Risco* (1992) quanto em *Modernização Reflexiva* (1994), o conceito de risco está enquadrado dentro da estrutura mais ampla de uma narrativa histórica. Amplamente falando, são lembradas três épocas distintas: ‘sociedade pré-industrial’ (sociedade tradicional), ‘sociedade industrial’ (primeira modernidade) e ‘sociedade do risco’ (segunda modernidade).” MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004, p. 16

³⁹ Tradução livre: “Todavia, *Sociedade do Risco* (1992) não só mergulha nas águas lamacentas do risco, como também provê uma reflexão da condição moderna e uma narrativa arrebatadora da reconfiguração social.” MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 6

⁴⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, prefácio.

⁴¹ Tanto a nossa sociedade quanto a do século XVIII são modernas, conforme KUMAR, Krishan. op. cit. p. 473

⁴² Ver Jean Clam, “Sim, a Era Moderna pode ser entendida e definida como Modernidade e como aquela que sempre continua moderna. A Era Moderna não envelhece, o que significa que uma sociedade, por mais moderna que seja, sempre sente que está um passo atrás em relação à sua

uma descrição tendencialmente perde de vista os movimentos envolvidos no processo, afinal a modernidade é receptiva ao que é novo. A fotografia que temos dela agora não é a imagem do que ela é no momento seguinte. É notável como o esquema sociedade tradicional – sociedade moderna – sociedade (do risco/pós moderna/diferenciada funcionalmente) é recorrente (em Beck como em Luhmann) e por isso queremos precisar melhor esse ponto.

Krishan Kumar sintetiza a modernidade dizendo que

O Iluminismo do século XVIII não apenas interpôs “medieval” entre “antigo” e “moderno” como fez a identificação crucial do moderno com o aqui e agora. Isso acrescentou nova fluidez ao conceito. Daí em diante a sociedade moderna era a *nossa* sociedade, o tipo de sociedade em que vivíamos, fosse no século XVIII ou no século XX⁴³.

Daí se percebe a equivocidade do conceito. Quando se fala em Modernidade estamos nos referindo ao século XVIII? Nós, no século XXI, somos modernos? Como veremos na seção 2 muitos traços do pensamento da sociedade moderna europeia (séculos XVIII e XIX), sobretudo no Direito, estão bastante vivos ainda hoje no Brasil do século XXI (e alhures), então em muitos sentidos somos modernos. O autor acrescenta que

A sociedade moderna, portanto, carrega, os marcos da sociedade ocidental desde o século XVIII. Foi industrial e foi científica. Sua forma política foi o estado-nação, legitimado por algumas espécies de soberania popular. Atribuiu um papel sem precedentes à economia e ao crescimento econômico. Sua filosofias de trabalho eram o racionalismo (...) e o UTILITARISMO. Em todas essas formas, ela rejeitava não apenas o seu próprio passado, mas todas as outras culturas que não se mostravam à altura de sua autocompreensão. É errado dizer que a modernidade nega a história, na medida em que o contraste com o passado – uma entidade constantemente em mudança – permanece como um ponto de referência necessário. Mas é verdade que a modernidade sente que o passado não tem lições para ela; seu impulso é constantemente em direção ao futuro. Ao contrário de outras sociedades, a sociedade moderna recebe bem e promove a novidade. É possível dizer que ela inventou a “tradição do novo”.⁴⁴

própria modernidade” CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 26

⁴³ KUMAR, Krishan. Verbete Modernidade in. OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 473

⁴⁴ KUMAR, Krishan. Verbete Modernidade in. OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 473. Elena Esposito menciona, em relação à moda, que nos tempos modernos é que ocorre o abandono de formas baseadas na estabilidade e tradição para formas vinculadas à variação e à descontinuidade. (p. 29). Essa “orientação à novidade”, tomar como referência algo instável será desenvolvido melhor na última subseção. Ver subseção 1.3.

Para auxiliar e esclarecer ainda mais a compreensão desse ponto, podemos identificar, com Philip Zelikow, o início da modernidade em meados do século XVIII, por volta do ano 1760⁴⁵, quando o salto populacional ocasionou o que ele chama de grande divisão entre o tradicional e o moderno. Dois mundos com os seguintes contrastes: (1) o mundo tradicional era baseado na energia natural para todos os propósitos “which seemed to be the eternal limits for all of human history up to about 250 years ago” versus um mundo “in which we have manmade energy of entirely new kinds⁴⁶.” (2) “the traditional world is overwhelmingly rural and agricultural”⁴⁷, só uma pequena fração da população (de 10 a 15%) vivia nas cidades, o que começa a se inverter no início da era moderna. (3) durante a maior parte da história humana a renda permaneceu relativamente constante, mas isso muda e desemboca em um mundo onde o crescimento econômico é possível. (4) O quarto ponto vale uma citação mais longa e detalhada:

this fourth point is a little more subtle. People’s lives in traditional world were highly unstable. All kinds of things could happen. Plague, war, famine. But their communities had a stable rhythm about them. Your life was much like your father life, much like your grandfather’s life, much like the lives your children would live. So, there is this reassuring sense that you see very strongly in traditional communities. That even though their personal lives may be unstable, their communities, their ways of life, are highly stable, associated with traditional ritual and ceremonies. Contrast that then, with the world of modernity. A world in which people are living longer lives, maybe even more secure lives. More sheltered from random everyday violence. But the communities they live in are now becoming more unstable. The conditions of life changing more rapidly, the way in which people make a living changing, people moving from one place to the next. So look at the paradox. A traditional world of unstable lives and stable communities to a modern world of more secure individual lives but less stable communities.⁴⁸

⁴⁵ The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018. Avelãs Nunes informa que Toynbee refere esse ano como o início da revolução industrial inglesa pelo início da utilização dos altos fornos de Carron. NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 67.

⁴⁶ Avelãs Nunes aponta no contexto da revolução industrial inglesa a revolução energética causada pela substituição da energia humana e animal por outras formas de energia, “sucessivamente, a energia da água corrente, a energia do vapor, a energia elétrica, o petróleo, a energia nuclear”, p. 63. O início dessa revolução se dá com a descoberta da energia do vapor de água. NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p.68

⁴⁷ Tradução livre: “O mundo tradicional é na maior parte agrícola e rural”. The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018

⁴⁸ The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018. Tradução livre: “esse quarto ponto é um pouco mais sutil. A vida das pessoas no mundo tradicional eram altamente instáveis. Todo tipo de coisas podia acontecer. Peste, guerra, fome. Mas suas comunidades lhes davam um ritmo estável. Sua via era

Vale a pena intercalar aqui a observação de Denney, baseada em Lupton, onde fica nítida a relação entre as transformações da sociedade com as modificações na semântica do risco:

In the premodern period, dangers were associated with disease, war, epidemic and failing harvests. More specifically, the dangers posed by demons, wild dogs, highwaymen, the night, crossroads, lepers and evil portents have been replaced by other different, although equally potentially lethal, dangers.⁴⁹

Beck constata que a

ameaça e a insegurança sempre fizeram parte das condições da existência humana no passado, de certa forma ainda mais do que no presente. A ameaça que as doenças e a morte representavam para o indivíduo e a sua família, bem como a fome e as epidemias para as comunidades eram maiores na Idade Média do que hoje em dia⁵⁰.

(5) no mundo tradicional a fé religiosa é extremamente poderosa envolvendo a vida cotidiana enquanto no mundo moderno há uma fusão em que a fé continua mas “é misturada e desafiada pelos entendimentos emergentes da ciência.” Dando “the sense of human mastery over the environment instead of human submission to the environment”⁵¹. (6) no mundo tradicional era difícil viajar longa distâncias, a maioria das pessoas “were born, lived, died in a radius of maybe 30 to 50 miles – their entire

muito parecida com a vida do seu pai, muito parecida com a vida do seu avô, muito parecida com a vida que seus filhos teriam. Então, há esse sentido reconfortante que se vê bem forte nas comunidades tradicionais. De que mesmo que suas vidas pessoais sejam instáveis, suas comunidades, seus modos de vida são altamente estáveis, associados com rituais e cerimônias tradicionais. Compare isso então com o mundo da modernidade. Um mundo onde as pessoas vivem vidas mais longas, talvez mesmo vidas mais seguras. Mais protegidas da violência aleatória do dia-a-dia. Mas as comunidades em que elas vivem estão agora se tornando instáveis. As condições de vida mudam mais rápido, o modo como as pessoas ganham a vida está mudando, pessoas se mudam de um lugar para o outro. Então, repare o paradoxo. Um mundo tradicional de vidas instáveis e comunidades estáveis para um mundo moderno de vidas individuais mais seguras mas com comunidades menos estáveis”.

⁴⁹ Denney, op. cit. p. 7 Tradução livre: “No período pré-moderno, os perigos eram associados com doença, guerra, epidemia e colheitas fracassadas. Mais especificamente, os perigos colocados por demônios, cães selvagens, salteadores, a noite, encruzilhadas, leprosos e poderes do mal foram substituídos por outros perigos diferentes, embora igualmente potencialmente letais.”

⁵⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016, p. 22. Acabamos de ver, no contraste entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, como do ponto de vista da existência humana havia mais instabilidade no mundo tradicional que no mundo moderno.

⁵¹ Tradução livre: “a sensação de domínio humano sobre o ambiente ao invés de sua submissão a ele”. The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018

life.”⁵² Portanto, “people’s identities, the sense of the community they belong to, their culture, were intensely local.”⁵³ Já no mundo moderno não apenas se viaja mais mas através da informação e da comunicação as pessoas se sentem parte de comunidades mais abrangentes, sua identidade se torna algo como que uma identidade de massas. Finalmente (7) Philip Zelikow aponta que no mundo tradicional embora parecesse haver estados poderosos (Império Persa, Império Espanhol) eles eram agrários e de capacidade administrativa muito limitadas, com modesta habilidade de dar uma ordem e vê-la executada 100, 200 ou 300 milhas adiante⁵⁴.

Desse contraste, bastante nítido neste quadro que trouxemos à colação, parte-se para o entendimento da modernidade de agora (em Beck, isso significa meados da década de 80 do século passado). Notem que nessa comparação entre a sociedade tradicional ou feudal e a moderna usa-se frequentemente o esquema binário “once there was now there is”⁵⁵, que é um esquema ligado ao passado.

Para Beck é preciso fazer a distinção entre duas modernizações, a modernização da tradição (modernização simples) e a modernização da sociedade industrial (modernização reflexiva)⁵⁶. A primeira é a da sociedade industrial. A segunda seria a da sociedade do risco, para a qual se encaminhava a sociedade em meados da década de 80, uma transição então inacabada, afinal, estava-se ali apenas “em direção a uma nova modernidade”.

Conhecendo as feições da sociedade tradicional (feudal) fica nítido porque Beck⁵⁷ afirma que a modernidade desenvolvida teria surgido para anular as limitações impostas pelo nascimento (típicas de uma ordem feudal ou tradicional) e

⁵² Tradução livre: “nascia, vivia e morria em um raio de talvez 30 a 50 milhas durante sua vida inteira”. The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018

⁵³ Tradução livre: “A identidade das pessoas, o senso de comunidade a que pertenciam, sua cultura, eram intensamente locais”. The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018

⁵⁴ The Modern World, part one: Global history from 1760 to 1910. Vídeo: The traditional and the modern. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/modern-world/lecture/EncYY/the-traditional-and-the-modern> Acesso em 08.11.2018

⁵⁵ ADAM, B. Detraditionalization and the Certainty of Uncertain Futures. In *Detraditionalization: Critical reflexions on authority and identity*. Edited by HEELAS, P. LASH, S. & MORRIS, P. Cambridge, Oxford: Blackwell Publishers, 1996. p. 135 Tradução livre: “Antes havia, agora há”.

⁵⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 13.

⁵⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 8 e 9.

oferecer às pessoas uma posição decorrente de suas próprias escolhas e esforços. Veremos sinteticamente três aspectos. A questão das relações de definição, a lógica distributiva, e a distinção entre risco e perigo.

Na descrição da emergente sociedade do risco ele tenta estabelecer uma analogia com o que Marx escreveu sobre a sociedade industrial. Assim é que enquanto Marx falava em relações de produção no contexto da sociedade industrial⁵⁸, Beck fala, em analogia às relações de produção, em relações de definição⁵⁹. Esse é um importante aspecto de sua teoria, o qual é desenvolvido em *Sociedade de Risco Mundial*⁶⁰: o das relações de definição do risco enquanto relações de poder.

O autor explicou assim “a importância desse conceito para compreender o novo desenho político implicado pela sociedade de risco”⁶¹:

É importante que o conceito de relações de definição seja compreendido em um sentido construtivista. Como você disse, aquilo que as “relações de produção” na sociedade capitalista representaram para Marx, as “relações de definição” representam para a sociedade do risco. Ambas concernem às relações de dominação. Entre as relações de definição, estão as normas, as instituições e as capacidades que especificam como os riscos devem ser identificados em contextos particulares; por exemplo, nos Estados-nações, mas também nas relações entre eles.⁶²

Se de um lado a modernidade introduz a insegurança em “todos os nichos” da vida, de outro ela consegue opor a isso um “contrato social”, de seguro público e privado que renova a confiança nas empresas e no governo⁶³. Todavia, “grandes perigos eliminam os três pilares do cálculo do risco”, a monetarização, o controle e a

⁵⁸ MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. diz que “The risk society thesis is an attempt to capture the essence of social experience along the paths previously trodden by Marx, Weber and Habermas.” Tradução livre: A tese da sociedade do risco é uma tentativa de capturar a essência da experiência social junto dos caminhos previamente trilhados por Marx, Weber e Habermas.

⁵⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016 p. 57

⁶⁰ Ver o capítulo II de BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016.

⁶¹ Diálogo com Beck, in BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011p. 368.

⁶² Nesse sentido é que Luhmann diz que vem a primeiro plano a questão de quem decide se um risco deve ou não ser levado em conta, ou seja, a questão de como se procede à seleção do risco a ser ou não ignorado, o que não é uma questão deixada ao acaso. Cf. LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p.3

⁶³ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 62

limitabilidade⁶⁴, o que solapa com a lógica dos seguros privados. Dá para dizer que os perigos criados pela indústria são externalizados pela economia⁶⁵ (a monetarização) mas na sociedade do risco isso vai se tornando mais complicado até chegar a não ser possível mais.

Na fluidez do conceito e no dia-a-dia o vocábulo “risco” evoca frequentemente a ideia de ameaça ou dano⁶⁶.

Achamos valiosas as observações de Lupton de que

In everyday lay people’s language, risk tends to be used to refer almost exclusively to a threat, hazard, danger or harm: we ‘risk our live savings’ by investing on the stock exchange, or ‘put our marriage at risk’ by having an affair. The term is also used more weakly to refer to a somewhat negative rather than disastrous outcome, as in the phrase ‘if you go outside in this rain, you’ll risk catching a cold’. In this usage, risk means somewhat less than a possible danger or a threat, more an unfortunate or annoying event. Risk is therefore a very loose term in everyday parlance. Issues of calculable probability are not necessarily important to the colloquial use of risk. Risk and uncertainty tend to be treated as conceptually the same thing (...).⁶⁷

Notem que conceitualmente, risco e incerteza tendem aí a ser tratados como a mesma coisa porque na distinção entre ambos, em termos knightinianos, o elemento de cálculo é fundamental. Se este falta ou não é tomado em conta os conceitos são usados indistintamente um pelo outro. Podemos perceber aqui a ligação entre risco e incerteza e sua ligação com as anotações anteriores a respeito da modernidade. Verifica-se que enquanto “a **sociedade industrial** transformava as ameaças incalculáveis em riscos calculáveis” formando assim “diversos sistemas de seguros”⁶⁸ na sociedade do risco é diferente, pois “o surgimento da sociedade de

⁶⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 64

⁶⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 182

⁶⁶ MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 12.. “As Lupton (1999^a:8) notes, ‘risk’ is a word that is commonly used to indicate threat and harm.” Tradução livre: Com observa Lupton, ‘risco’ é uma palavra que é comumente usada para indicar ameaça ou dano.”

⁶⁷ LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006, p. 9 Tradução livre: “Na linguagem cotidiana dos leigos risco tende a ser usado para se referir quase exclusivamente a uma ameaça, azar, perigo ou dano: nós ‘arriscamos nossas economias’ investindo na bolsa de valores, ou ‘colocamos nosso casamento em risco’ tendo um caso. O termo também é usado para se referir a um resultado de certo modo negativo ao invés de desastroso, como na frase ‘se você sair nessa chuva você corre o risco de pegar um resfriado’. Nesse uso, risco significa algo menos do que um possível perigo ou ameaça, algo como um acontecimento infeliz ou irritante. Risco é, portanto, um termo bastante solto na conversação cotidiana. Questões de cálculo de probabilidade não são necessariamente importantes para o uso coloquial do risco. Risco e incerteza tendem a ser tratados conceitualmente como a mesma coisa (...)”.

⁶⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 209. Grifo não original.

risco ocorre no momento em que os riscos criados *contornam ou anulam os cálculos de risco do Estado-providência*.⁶⁹” A sociedade industrial, como se percebe vai, pouco a pouco, “através dos perigos criados” involuntariamente se transformando na sociedade do risco e assim fica fora dos limites dos seguros privados⁷⁰. Isso se dá no momento em que a racionalização e os cálculos se revelam inadequados para conseguir dar previsibilidade aos acontecimentos da cada vez mais complexa sociedade.

É preciso desenvolver esses dois pontos.

No século XVIII o aumento de conhecimento trouxe uma expectativa de controle e previsibilidade que ao final iria se revelar decepcionante⁷¹. Foi durante o Séc. XVIII, conforme apostila Lupton, que o conceito de risco começou a se tornar científico com suporte nas novas ideias matemáticas referentes à probabilidade⁷². Segundo essa autora: “[t]he modernist concept of risk represented a new way of viewing the world and its chaotic manifestations, its contingencies and uncertainties”⁷³. E acrescenta, citando Reddy que os modernos eliminaram a indeterminação genuína ou a incerteza com a invenção do “risco”, através do mito da calculabilidade.⁷⁴ Era uma época, sempre consoante Lupton, em que o conceito de risco ainda era neutro, e riscos podiam ser bons ou ruins. Ao final do século XX isso se perde. Seu significado será agora perigo e, como veremos à frente, “[r]isk is

⁶⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 209, grifos originais.

⁷⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 210

⁷¹ Essa expectativa sofreu uma enorme erosão no século XX, quando a “ciência como conhecimento predizível, verificável, a partir de métodos rígidos e objetivos, passou a receber fortes questionamentos”. ROCHA, L.S, AVEZEDO, G. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *RECHTD*. São Leopoldo. V. jul. dez. 2012.

⁷² LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. p. 6. Beck assevera que em 1651, com o nascimento do cálculo da probabilidade (desenvolvido nas trocas de cartas entre Blaise Pascal e Pierre Fermat), houve a primeira tentativa de se controlar o imprevisível. Ver BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 23

⁷³ LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. p. 6. Tradução livre: “O conceito moderno de risco representa uma nova maneira de ver o mundo e suas manifestações caóticas, suas contingências e incertezas”.

⁷⁴ LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. p. 7.

now generally used to relate only to negative or undesirable outcomes, not positive outcomes⁷⁵”.

Podemos agora pormenorizar os outros aspectos teóricos. A sociedade industrial possui em comparação com a sociedade do risco uma outra lógica distributiva. Enquanto a primeira distribui riquezas a segunda distribui riscos. Contudo, essa afirmação não implica a anulação das classes sociais, que seguem mantendo um papel, aliás, a primeira lei da Sociedade do Risco Mundial é a de que o risco de catástrofes persegue os pobres. “A observação de Beck é que no lugar do sistema axiológico da sociedade desigual entra o sistema axiológico da sociedade insegura⁷⁶. O risco possui duas faces, uma que olha a probabilidade de possíveis catástrofes, a outra a vulnerabilidade social a catástrofes⁷⁷”.

Ainda recentemente⁷⁸ Beck resumiria assim esse ponto:

A sociedade de classes nacional baseia-se na distribuição de bens (renda, educação, prosperidade, previdência social, movimentos nacionais de grande escala, como sindicatos). A sociedade de risco mundial baseia-se na distribuição de males (risco climático, risco financeiro, radiação nuclear), que não estão confinados nem no tempo nem por fronteiras territoriais de uma única sociedade.⁷⁹

Desse modo, riscos assim como riquezas são objeto de distribuição e constituem posições de ameaça ou de classe⁸⁰. Além do mais, riscos não obedecem as fronteiras do Estados-nação e, por desconhecerem fronteiras, são globais. Viveríamos então (meados da década de 80) no ponto de convergência de uma sociedade que distribui riscos e riquezas⁸¹, ou seja, no ponto de transição da

⁷⁵ Tradução livre: “Risco é agora geralmente usado para indicar apenas resultados negativos ou indesejados, não resultados positivos.” LUPTON, Deborah. *Sociology and risk*, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. p.8.

⁷⁶ FERREIRA, Fernanda Busanello. O risco nas teorias sociológicas contemporâneas: Beck, Giddens e Luhmann. *Raízes Jurídicas*. Curitiba. V. 7. N. 2. Jul./dez. 2011.

⁷⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 116.

⁷⁸ Pouco antes de sua morte em 2015. Cf. BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁷⁹ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 109

⁸⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 31

⁸¹ Como no conto de Borges, *Loteria da Babilônia*, onde eram sorteados bens e males e a participação na loteria era obrigatória. Com a diferença em que não é o poder organizado (da sociedade civil ou do Estado) que faz essa distribuição mas a mão invisível do acaso.

sociedade de classes para a sociedade do risco, “*não vivemos numa sociedade de risco, mas *tampouco somente* em meio a conflitos distributivos das sociedades da escassez*”⁸². Essa declaração leva às perguntas que são postas na sequência

O conceito de risco tem realmente a importância sócio-histórica que lhe é aqui assinalada? Não se trata de um fenômeno originário de qualquer ação humana? Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam ser nesse caso isolados?

Não é difícil antecipar as respostas desse autor, que é um dos expoentes da tese da sociedade do risco, o certo é que ele mesmo reconhece que a “ameaça e a insegurança sempre fizeram parte das condições da existência humana no passado, de certa forma ainda mais do que no presente”⁸³. “[O]s riscos não são uma invenção moderna”⁸⁴, mas a modernidade tem de agregar um diferencial ao risco, senão não faria sentido falar em sociedade do risco. O autor entende que os riscos deixaram de ser pessoais para se tornar “situações de ameaça global”, para um Colombo (na sociedade medieval) o risco assumia um tom de ousadia e aventura enquanto agora o tom é o da possível autodestruição da vida na terra⁸⁵. A distinção, portanto, do risco atual e seus equivalentes medievais reside na globalidade de seu alcance e nas suas causas modernas⁸⁶. De qualquer maneira em *Sociedade do Risco* (1986), e em outras publicações posteriores Beck “argues that individuals in contemporary western societies are living in transitional period, in which industrial society is becoming ‘risk society’.”⁸⁷

Mas chama a atenção que em *Sociedade de Risco Mundial* Beck seguia fazendo perguntas semelhantes:

Não são os riscos tão antigos quanto a humanidade?

⁸² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p.25.

⁸³ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 22. Vimos acima no contraste entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna como do ponto de vista da existência humana havia mais instabilidade no mundo tradicional que no mundo moderno.

⁸⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25

⁸⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. 25

⁸⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. 26

⁸⁷ Tradução livre: Beck “argumenta que indivíduos nas sociedades ocidentais contemporâneas estão vivendo em um período de transição, no qual a sociedade industrial está se tornando a ‘sociedade do risco’”. LUPTON, Deborah. *Sociology and risk*, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. Como seguimos afirmando: “em direção a uma nova modernidade”.

Não está qualquer vida sob risco de morte iminente? Portanto, não são e não eram todas as sociedades, em todas as épocas. “sociedades de risco”?⁸⁸

Certamente podemos responder sim para todas essas questões. Mas o que Beck vem insistindo, na busca de justificar que apesar desse fato possamos chamar a sociedade contemporânea de sociedade do risco é que os riscos afinal não são tão antigos quanto a humanidade etc se o pensarmos no sentido específico onde “na categoria do risco exprime-se a forma de lidar com a insegurança que, hoje, é frequente não poder ser ultrapassada através de mais conhecimento, mas que resulta precisamente de mais conhecimento.”⁸⁹

A questão do conhecimento leva a que se olhe novamente para o conceito de risco para detalhar sua ligação com o futuro. Podemos, com apoio em Lupton registrar que: “[t]he concept of risk has gained importance in recent times because the dependence of society’s future on decision making has increased, now dominating ideas about the future”⁹⁰.

O risco possui um componente futuro⁹¹. “Os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado”.⁹² Nesse sentido eles apontam para algo que não é real, para um não acontecimento, pois no “momento em que os riscos se tornam realidade (...) transformam-se em catástrofes.”⁹³ Por isso Beck fala em Encenação do Risco Mundial, um tópico que possui estreita ligação com a já mencionada relação de definição. Nesse sentido de sua irrealidade, os riscos se distinguem mais uma vez das riquezas que possuem tangibilidade, realidade⁹⁴. Malgrado, contudo, riscos não sejam outra coisa senão a antecipação de catástrofes⁹⁵, “se as pessoas vivenciam

⁸⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p.58, ali há uma extensa lista de perguntas.

⁸⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 24

⁹⁰ Tradução livre: “O conceito de risco ganhou importância recentemente porque a dependência do futuro da sociedade nas decisões aumentou, dominando agora as ideias sobre o futuro.” LUPTON, Deborah, op. cit., p. 12.

⁹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p.39

⁹² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 40

⁹³ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016p. 31

⁹⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40

⁹⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 133

os riscos como algo real, *eles são reais*.⁹⁶ Gabe Mythen vê nisso um paradoxo (o qual mencionamos ao fazer o contraste entre a sociedade tradicional e a moderna) já que no ocidente os indivíduos vivem mais e melhor enquanto ao mesmo tempo se sentem menos seguros. Ele diz que no nível da percepção “advancements in knowledge have failed to result in a more secure social climate⁹⁷, provavelmente porque “the availability of information about risk has been aided by the diffusion of media technologies.⁹⁸” E nesse contexto faz sentido a hipótese de Beck de que o risco é uma encenação que se desenvolve no palco da sociedade mundial. É a percepção do risco que o cria⁹⁹.

Em “Sociedade do Risco Mundial”, Beck afirma que “Frank Knight e John Keynes foram os primeiros a debruçar-se, de forma sistemática, sobre a incerteza de todas as tentativas para superar racionalmente as incertezas”.¹⁰⁰ Um livro fundamental a respeito do risco é *Risk, Uncertainty and Profit*, de 1921, de Frank Knight no qual o referido autor já distinguia claramente o risco da incerteza. Conforme Mythen essa distinção era conhecimento comum: “The distinction of risk and uncertainty became received wisdom amongst insurers, economists, analysts and technical practitioners in the early and mid twentieth century¹⁰¹.” Knight distingue o risco da incerteza da seguinte maneira: “To preserve the distinction which has been drawn (...) between the measurable uncertainty and an unmeasurable one we may use the term ‘risk’ to designate the former and the term ‘uncertainty’ for the latter.”¹⁰² Assim é que para ele o risco é uma incerteza mensurável, e dessa maneira mitigada, calculada, enquanto a incerteza propriamente dita permanece incomensurável.

⁹⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 95

⁹⁷ Tradução livre: “os avanços no conhecimento falharam em prover um clima social mais seguro”. MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 3.

⁹⁸ Tradução livre: “a informação a respeito do risco tem sido auxiliada pela difusão das tecnologias de comunicação de massa”. MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 3

⁹⁹ Cfr. Com Rescher que afirma que a percepção do risco é diferente do risco em si. In RESCHER, Nicholas. *Risk: a philosophical introduction to the theory of risk evaluation and management*. Washington: University Press of America, 1983, p.7.

¹⁰⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 46

¹⁰¹ Tradução livre: “A distinção entre risco e incerteza tornou-se conhecimento comum entre seguradores, economistas, analistas e técnicos no início e meados do Séc. XX.” Mythen, op. cit., p. 14

¹⁰² KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Cosimo Classics, 2005. Kindle edition, posição 2804.

Por seu turno, em *Sociedade do Risco*, Beck utiliza-se da distinção entre riscos (criados pelo homem) e perigos (existentes na natureza), conforme aponta Mythen “Drawing upon a fairly light historical contextualisation, Beck differentiates between ‘natural hazards’ and ‘manufactured risks’”¹⁰³.

Beck também ensaia uma classificação dos riscos¹⁰⁴ em crises sociológicas, crises financeiras globais e ameaças terroristas. No que concerne a individualização ele fala em riscos biográficos.

Essa constatação leva o autor a se questionar sobre se haveria um critério operacional (seguro, acrescentaríamos) para distinguir entre riscos e perigos. Haveria uma fronteira a separar riscos calculáveis de perigos incontáveis¹⁰⁵?

(...) existe, na Europa, um choque entre duas tendências históricas contrárias: um elevado nível de segurança, baseado no aperfeiçoamento de normas e controlos técnico-burocráticos, e a propagação de perigos nunca vistos na História que escapam completamente à rede do direito, da tecnologia e da política¹⁰⁶.

Esses perigos, continua Beck, levam a tentar extorquir das instituições promessas que elas não estão em condições de cumprir. A sociedade se vê confrontada entre a autodestruição e a capacidade de recomeçar por velhos perigos e novos riscos que ela própria criou e precisa buscar controlar, impedir¹⁰⁷.

Finalmente destacamos que

Os riscos baseiam-se sempre em decisões, portanto, pressupõem uma possibilidade de decisão. Eles resultam da transformação de incertezas e perigos em decisões (e forçam decisões que, por seu lado, criam riscos¹⁰⁸).

O problema da decisão é fundamental para o presente trabalho e aqui começamos a tê-lo em conta.¹⁰⁹ Frank Knight já alertava para a relação que existe

¹⁰³ Tradução livre: “Apoiando-se em uma contextualização histórica bastante frouxa, Beck diferencia entre ‘perigos naturais’ e ‘riscos manufaturados’.” MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004. p. 16

¹⁰⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 39

¹⁰⁵ Essa ideia de riscos serem calculáveis e perigos serem incalculáveis, incontáveis é um dos pontos em que a tese de Luhmann vai de encontro à de Beck.

¹⁰⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016. p. 65

¹⁰⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 102

¹⁰⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016., p. 208. E Beck acrescenta, em nota de rodapé, que existe consenso nessa matéria, mencionando dentre diversos autores o próprio Luhmann. Todavia, a parte isso, mesmo nesse ponto há uma grande divergência entre os dois pensamentos.

¹⁰⁹ Embora esse conceito será usado no sentido de Luhmann, tomado do contexto da teoria dos sistemas.

entre conhecimento e comportamento (e a decisão é uma espécie de comportamento/conduta ou ação)¹¹⁰. Além disso, há aí nesse excerto o germe de uma ideia que também merecerá atenção mais tarde, a ideia de monetarização dos riscos que acopla organizações e sistemas sociais como o direito e a economia, saúde etc. Basear o risco nas decisões nos leva ao último ponto de exposição do pensamento de Beck.

Até o momento falamos da tese do risco, agora, brevemente, precisamos mencionar algo sobre o teorema da individualização e falar algo sobre o risco biográfico. Em Beck umas das passagens mais claras a esse respeito é a seguinte:

Como consequência, abrem-se as comportas da subjetivização e individualização dos riscos e contradições social e institucionalmente produzidos. Para o indivíduo, as posturas institucionais determinantes já não são apenas os eventos e circunstâncias que lhes sobrevêm, mas incluem *também as consequências das decisões tomadas*, que precisam ser reconhecidas como tais e assimiladas. (...) Se anteriormente o que lhe afetava era um “golpe do destino”, sob a forma de intervenção divina ou natural, por exemplo, guerra, catástrofes naturais, morte do cônjuge, em suma, um evento pelo qual ele não aceitava qualquer responsabilidade -, agora tais eventos representam muito mais um “fracasso pessoal”, desde a reprovação num exame até o desemprego ou o divórcio¹¹¹.

É o fardo que a modernidade lança sobre os homens livres das amarras que o nascimento lhe impunha na sociedade estratificada. Nesse ponto, pré-moderno, da sociedade estratificada, o conceito de risco excluía a ideia de culpa humana e de responsabilidade¹¹². A saída do determinismo trouxe como consequência a atribuição de culpa ao próprio indivíduo pela sua condição. É a destradicionalização das formas de vida, geradora de angústias, para falar concisamente.

A necessidade humana de segurança não consegue afastar a ubiquidade do risco mas cria uma rede discursiva que chega a fazer crer que o ideal de proteção e segurança são atingíveis e que a função de um sistema social como o Direito seria justamente a segurança jurídica.¹¹³

¹¹⁰ Veremos mais detalhes sobre a decisão na última seção desse trabalho.

¹¹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 200

¹¹² Como nota Lupton, LUPTON, Deborah. Sociology and risk, in MYTHEN, Gabe. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. p. 5.

¹¹³ Bandeira de Mello afirma a função do Direito de dar segurança jurídica. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11 e seguintes.

A tese do risco busca identificar a modernidade (sempre a busca de definir a modernidade e a pós-modernidade) com a perda das certezas que a calculabilidade do risco pareceu ter trazido.

A guisa de recapitulação foram trabalhados três aspectos: risco e perigo, risco e incerteza e risco e decisão. Como visto os riscos seriam criados pelo homem (manufaturados ou consequência de decisões) e os perigos estariam presentes na natureza ou no ambiente. Assim os riscos estariam envolvidos com a questão da decisão. De outro lado, a invenção moderna do risco pretendeu eliminar a insegurança (que aparece como um componente da matéria heterogênea que configura os riscos). Seria sobre esse aspecto, ligado à ideia de calculabilidade que se trabalha sob a forma do risco e segurança. Para Beck, como se percebe, risco e perigo diferenciam-se no momento em que se toma uma decisão que opera a transformação de um no outro. “O perigo (ou ameaça) incalculável se convola em risco, calculável”. É em meio a essa narrativa, que observa a sociedade em transformação, que medra o discurso sobre a sociedade do risco.

1.2. A Sociologia dos Riscos de Niklas Luhmann

Quando em 1990 Luhmann lançou Sociologia dos Riscos trouxe uma visão bastante diferente da visão de Beck que vimos discutindo acima. A principal diferença, que engendra as demais, consistiu em uma mudança semântica do próprio conceito de risco. Após inquirir a etimologia do risco e repassar algumas abordagens interdisciplinares ele conclui que o problema do estudo do risco não tira vantagem de nenhuma delas, em suas palavras:

We have to shift the theory to the level of second-order observation. But this makes demands on concept formation inadequately served by both interdisciplinary discussion and the etymology and conceptual history of the term.¹¹⁴

Luhmann parte da assunção, fundamental em toda a sua teoria sociológica, de que “every observer has to make use of a distinction¹¹⁵” para que possa indicar

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 14. Tradução livre: “Devemos deslocar a teoria para o nível da observação de segunda ordem. Mas isso traz exigências para a formação do conceito que são inapropriadamente atendidas tanto pela discussão interdisciplinar quanto pela etimologia e formação conceitual do termo”.

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 14 Tradução livre: “cada observador precisa utilizar-se de uma distinção”.

aquilo que ele deseja. É então que ele prepara o caminho para introduzir o aspecto talvez mais inovador para o tema do risco, pois até agora “*it is widely held that the concept of risk is to be determined as a counter-concept to security*”¹¹⁶, uma forma do risco que passa a ser uma variante da forma desejado /indesejado¹¹⁷, aparecendo o risco como aquilo que se precisa evitar e a segurança como aquilo que se quer atingir. Infelizmente, contudo, o risco não pode ser contornado. Devemos perguntar se “no es a su vez riesgoso hablar de ‘sociedad del riesgo’ y despertar así aversiones al riesgo riesgosas”¹¹⁸.

Se é verdade que o risco é ubíquo (como afirmado na subseção 1) então ele é inescapável e é realmente arriscado tentar evitá-lo. Elena Esposito leciona: “Thus, risk can never be avoided. I risk if I choose to take the opportunity and then things go wrong, but I also risk if I prefer to abstain, and then lose the gain”¹¹⁹.

Aquele esquema de observação (a segurança como contraconceito), de qualquer maneira, torna possível calcular todas as decisões do ponto de vista do risco envolvido e possui a virtude incontestável de universalizar a consciência do risco¹²⁰, de modo que “it is not only by chance that since the seventeenth century the topics of security and risk have matured in a process of mutual interaction”¹²¹. Mas isso, conclui Luhmann, leva à questão de se pode haver situações nas quais seja possível escolher entre risco e segurança¹²².

Muitas pressupostos enganosos têm nascimento aqui. Como por exemplo, o de que há a possibilidade de se ter certeza sobre o que ocorre quando se evita o risco

Uma vez assumida como referencial teórico principal desse estudo a obra luhmanniana, também endossamos a tese de que toda observação pressupõe uma distinção.

¹¹⁶ Tradução livre: “É amplamente sustentado que o conceito de risco deve ser determinado como um contraconceito para segurança.” LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 18.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017.p. 19

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 866

¹¹⁹ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011., p. 32 Tradução livre: “Assim, o risco não pode nunca ser evitado. Eu arrisco se escolho pegar a oportunidade e então as coisas dão errado, mas eu também arrisco se prefiro me abster, e então deixo de ganhar.”

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 20

¹²¹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p.20 Tradução livre: “não é por acaso que desde o século dezessete os tópicos sobre segurança e risco se desenvolveram em um processo de interação mútua.”

¹²² LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p.. 20

(a oportunidade perdida), a possibilidade de existir suficiente informação disponível para a tomada de decisão etc. Tudo isso porque se está aqui no nível da observação de primeira ordem. Por isso, a elevação da observação para a observação de segunda ordem é o primeiro passo do movimento luhmanniano para a descrição do risco. O segundo é o manejo explícito da forma risco e perigo, distinção cuja introdução merece citação integral:

To do justice to both levels of observation, we will give the concept risk another form with the help of the distinction of risk and danger. The distinction presupposes (thus differing from other distinctions) that uncertainty exists in relation to future loss. There are then two possibilities. The potential loss is either regarded as a consequence of the decision, that is to say, it is attributed to the decision. We then speak of risk – to be more exact of the risk of decision. Or the possible loss is considered to have been caused externally, that is to say, it is attributed to the environment. In this case we speak of danger.¹²³

Acontece, portanto, uma mudança considerável de paradigma. A certeza em relação a uma perda futura é banida, e essa perda agora passa a ser sempre potencial. O acento recai em que se a perda potencial for consequente à decisão falamos em risco da decisão, caso contrário, em perigo se sua atribuição for feita ao ambiente. Riscos são portanto aspectos da observação de decisões¹²⁴, uma questão de atribuição. Essa é uma vantagem da substituição do esquema risco/segurança pelo risco/perigo, e que se relaciona com o conceito de atribuição. Consoante destaca Luhmann, o direito e a economia sempre estiveram preocupados com o problema da correta atribuição, como no caso do direito a atribuição do dano ao seu causador¹²⁵.

Sabemos que a modernidade inventou a “tradição do novo” (Krishan Kumar). Jean Clam parece concordar com isso quando diz que “A predisposição positiva, frequentemente entusiástica, de acolhimento do novo que está chegando se transforma em disposição para o pré-acolhimento da novidade emergida, antecipada

¹²³ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 21-22. No mesmo sentido com relação à atribuição do risco à decisão e do perigo ao ambiente v. LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareño. Ciudad de México: Herder, 2017. p. 372

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 104. “Risks are aspects of the observation of decisions, including observation by the decision maker himself (self-observation)”. Tradução livre: “Riscos são aspectos da observação de decisões, incluindo a observação pelo próprio tomador da decisão (auto-observação).”

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 24

– e precipitada.¹²⁶” Todavia, a comunicação da sociedade diante desse novo está equivocadamente “convicta de poder neutralizar os riscos que possivelmente espreitam nos limiares da emergência do novo”¹²⁷. É o equívoco de tal convicção que Luhmann demonstra em sua obra.

Luhmann destaca a ubiquidade da insegurança (verdadeira condição estrutural) e a impossibilidade de evitá-la:

a insegurança é e continua sendo uma condição estrutural. [afinal de contas] Com o sacrifício de toda e qualquer insegurança, a estrutura também se suspenderia pois a sua função reside precisamente em possibilitar a reprodução autopoietica apesar da imprevisibilidade. Nessa medida, com a formação estrutural sempre surge também uma medida necessária para tanto de insegurança, e se poderá constatar, não sem uma alegria maliciosa, precisamente junto a formações estruturais fanáticas por segurança como a burocracia e as ordens jurídicas, como é que, com o acréscimo da burocratização e da juridicação, também se multiplica a insegurança.¹²⁸

A insegurança no âmbito da teoria geral dos sistemas é uma condição estrutural. O direito, malgrado seu afã por segurança (assim como as burocracias) também necessita de uma porção de insegurança para formar suas estruturas. Isso fica evidente quando na parte final do texto citado se nota que quanto mais tentam escapar da insegurança mais envolvidos nela se encontram.

Esse tipo de insegurança que ele menciona tem relação com as estruturas e com o tempo, ou seja com a autopoiese do sistema, afinal o risco é um cálculo em termos de tempo¹²⁹.

A burocracia é interessante para nossa pesquisa apesar de não haver muito espaço para aprofundamentos. Relaciona-se tanto com o direito quanto com as organizações e partilha com eles a aversão ao risco. “Bureaucratic behavior is

¹²⁶ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.36

¹²⁷ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 36. Sobre esse ponto é fácil imaginar situações onde o novo traz ameaças insuspeitas como no caso de novos medicamentos e alimentos transgênicos. Mas a sociedade costuma ter uma postura otimista em relação a tais riscos ao imaginar que poderá contorná-los ou revertê-los.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016a. p. 325. Mas o que nos fez querer iniciar o ponto com essa específica citação é que ela traz à tona dois sistemas que estão presentes nessa pesquisa. Sistemas de duas ordens diferentes. De fato ao mencionar “formações estruturais fanáticas por segurança” o exemplo que ele dá são as burocracias e as ordens jurídicas, e a primeira nos remete às organizações e a segunda, claro, ao direito da sociedade.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 11

notoriously risk-averse. The overriding rule is never to permit surprises”, escreve Luhmann, em *Sociologia dos Riscos*¹³⁰, e pensamos que a segurança é realmente um dos elementos que sempre surge nos discursos que buscam uma justificativa da burocracia.

Luhmann atribui o fato de risco e perigo não serem distinguidos, de ter havido essa sinonímia entre os termos, à falta de cuidado na formação de conceitos¹³¹, que quando distinguidos era tomando em consideração se a pessoa entrava ou não voluntariamente em uma situação de risco, com relação à percepção de riscos ou à vontade de assumi-los, eles nunca eram distinguidos como questão de determinação da forma do conceito de risco¹³².

A distinção risco e segurança bem como a distinção risco e perigo são construídas de maneira assimétrica¹³³. Nos dois casos o risco é o aspecto normal da vida e o contraconceito (segurança ou perigo) atua apenas de maneira reflexiva, elucidativa. No esquema risco/segurança os problemas são uma questão de medição. No caso de risco/perigo apenas no que concerne ao risco a tomada de decisão assume um papel.

A ligação entre risco e decisão (mas não entre perigo e decisão) é tema sobre o qual paira certa concordância hoje em dia, conforme destaca Lupton:

Risks, in their contemporary meaning, are fundamentally based on decisions, principally made by organizations and political groups, that consider Techno-economic advantages and considerations of utility¹³⁴.

Mais a frente, em *Sociologia dos Riscos*, Luhmann precisa melhor a questão da atribuição do risco às decisões tomadas e a do perigo ao ambiente¹³⁵. Decisões que sempre são tomadas em um contexto de insegurança e que transformam perigos em

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 189.

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 22

¹³² LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 22

¹³³ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. Cf. p. 23 e seguintes de onde retiramos todo esse parágrafo.

¹³⁴ Tradução livre: “Riscos, em seu sentido contemporâneo, são fundamentalmente baseados em decisões, principalmente tomadas por organizações e grupos políticos, que consideram as vantagens tecno-econômicas e considerações de utilidade.” LUPTON, Deborah. *Risk*. New York and London: Routledge, 2005. p. 67. Luhmann entende também que uma maneira de abordar uma relação social conta na definição como risco (a relação vista como objeto de uma decisão) ou perigo (a relação vista como um fato natural). LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010. p. 88

¹³⁵ No Capítulo 6 Tomadores de decisão e afetados. LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 101 e seguintes.

riscos¹³⁶, que podem ser mais ou menos seguras mas nunca completamente livres de riscos¹³⁷. Cabe agora verificar as possibilidades teóricas dessa distinção. Conforme Luhmann:

The distinction risk/danger is, in our conceptual terms, the ‘form’ of risk, the making of a boundary, to cross which is to find oneself in the opposite position with completely different conditions and connection options¹³⁸.

A primeira consequência que Luhmann extrai daí é a de que a depender de se o futuro é visto do ângulo do risco ou do perigo teremos diferentes formas de solidariedade social¹³⁹ e a atribuição de culpabilidade será regulada de modo diferente¹⁴⁰. Em um mundo com bilhões de seres humanos que tomam decisões todos os dias, os mercados e as hierarquias jogam um importante papel em absorver e distinguir conjuntos de decisões¹⁴¹. Isso é importante porque “Humankind’ cannot decide” (a humanidade não pode decidir), todos não podem sempre participar em todas as decisões¹⁴² e é por esse motivo mesmo trivial que ganha importância a distinção entre decisores e afetados pelas decisões.

Ganha importância nesse contexto o sistema econômico e seu meio (simbolicamente generalizado) de comunicação, o dinheiro, pois a função, tanto de um quanto a do outro, é a provisão do futuro, poder satisfazer necessidades ainda indeterminadas.¹⁴³ Mas se a economia ganha importância, inclusive face a monetarização do risco, já que o dinheiro pode comprar tudo¹⁴⁴, o que ocorre porque

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareño. Ciudad de México: Herder, 2017. p. 372

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareño. Ciudad de México: Herder, 2017. p. 373

¹³⁸ Tradução livre: “A distinção risco/perigo é, em nossos termos conceituais, a “forma” do risco, a delimitação de uma fronteira, cujo cruzamento leva-nos para uma posição oposta com condições e opções de conexão totalmente diferentes”. LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 101.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. ibidem.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 102

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 104.

¹⁴² LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 105.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareño. Ciudad de México: Herder, 2017. p. 371

¹⁴⁴ Ou quase tudo, Esposito acredita que antigamente o dinheiro podia comprar mais coisas que hoje em dia, como por exemplo, um lugar no céu, mulheres e amizade. ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 44

a economia traduz o risco em suas próprias operações, de forma que com o contrato de seguro, por exemplo, o perigo não se transforma em segurança, mas em risco.¹⁴⁵

A grande chave para entender o risco, segundo Esposito é o tempo, ele é o problema real¹⁴⁶. Aliás, Luhmann também já anotara que o risco é um cálculo em termos de tempo¹⁴⁷. O tempo traz problemas que somos obrigados somente a indicar aqui sem arriscar, se assim podemos dizer, a aprofundar pois faltaria espaço e tempo (!) nesse trabalho. Mas podemos dizer com Esposito que o tempo nos dá muita liberdade porque não existe e assim não pode resistir a nossas construções¹⁴⁸. Seu grande enigma é existir como algo que inexistente, que apenas existe para o sistema, o que move o foco do Mundo para o observador¹⁴⁹.

Mas a principal lição que vale registrar é que a liberdade de decisão é dada pelo tempo,¹⁵⁰ de maneira que o futuro, embora siga sempre sendo desconhecido é ligado às nossas decisões¹⁵¹. Não podemos ter, dizia Luhmann¹⁵², suficiente conhecimento do futuro, nem mesmo daquele que nossas decisões gera. Mas as decisões marcam uma diferença produzida por elas mesmas entre passado e futuro¹⁵³. Como o ser humano não sabe que necessidades terá no futuro, possuir dinheiro é uma forma de garantir que o que quer que se venha a necessitar se poderá obter. O crédito também é uma operação (contratual) que permite traduzir a confiança em termos temporais e vincular o futuro.

Em síntese podemos dizer, aproveitando também as averbações da subseção precedente, que a segurança é um valor caro à sociedade, às organizações e aos

¹⁴⁵ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 38

¹⁴⁶ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.4

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p.11

¹⁴⁸ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.18

¹⁴⁹ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.21

¹⁵⁰ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.24

¹⁵¹ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.25

¹⁵² LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p.12

¹⁵³ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010. p. 89

seres humanos mas que só se atinge em termos muito relativos. O aspecto normal da vida é o risco. Como valor reflexivo (o outro lado da forma, da distinção) podemos ter a segurança e traduzir o risco em termos de cálculos e probabilidades ou o risco, quando teremos então o acento na existência ou não de uma decisão.

Com Luhmann o risco volta a ter um aspecto positivo, pois é o ponto de vista de quem escolheu estar, “vivenciar”, aquela situação. O aspecto negativo recai assim no perigo que corre aquele que é afetado por situações nas quais se encontra sem ter adentrado por decisão própria. Isso fica claro se tivermos em mente que no esquema anterior (Com Beck, por exemplo) a alternativa ao risco era a segurança, logo, havendo uma opção segura não valia a pena assumir riscos. Quando o contraconceito passa a ser o perigo, todavia, e já não há alternativa segura o risco é que passa a ser “o desejado” e o perigo “o indesejado”.

1.3. Sociologia dos riscos ou Sociedade do Risco?

Vamos partir nesta última parte de uma afirmação um pouco problemática de François Ost, onde ele coloca Beck e Luhmann em um mesmo contexto teórico:

Luhmann et Beck, deux théoriciens de la société du risque, convergent sur ce point : alors que le « danger » vient en quelque sorte de l'extérieur, le « risque », quant à lui, est un produit dérivé, un effet pervers ou secondaire (comme on parle des « effets secondaires » indésirés des médicaments) de nos propres décisions¹⁵⁴.

Primeiro problema é que Luhmann não é um teórico da “Sociedade de Risco”, ao teorizar sobre a Sociedade ele critica mais de uma vez as adjetivações como Sociedade da Informação ou Sociedade do Risco. Para ele trata-se de autodescrições da sociedade mas nem o risco nem a informação se prestam a dar uma explicação ou um esclarecimento cabal do sistema social.

Segundo problema nessa afirmação de Ost está em que as noções de risco e perigo, em Beck e Luhmann, não são convergentes. Conforme conclui Busanello: “Enquanto BECK e GIDDENS compreendem o risco em oposição à ideia de segurança, Luhmann estabelece o risco em oposição ao perigo, colocando a

¹⁵⁴ Tradução livre: “Luhmann e Beck, dois teóricos da sociedade do risco, convergem sobre esse ponto: enquanto o perigo vem de alguma forma do exterior, o risco, quanto a ele, é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário (como quando se fala dos efeitos secundários, indesejados dos medicamentos) de nossas próprias decisões.” OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 271

segurança como uma ficção operativa do sistema”¹⁵⁵. Se fosse assim poderíamos ter tratado os dois autores conjuntamente de maneira complementar.

Pudemos ver, das subseções anteriores como sobre um mesmo tema e com manejo de conceitos próximos, iguais apenas no nome, duas contribuições tão diversas podem ser colacionadas.

No início dos anos 80 a semântica¹⁵⁶ do risco ainda era fundamentalmente ligada à ideia de segurança, e o risco se estendia ubiquamente em uma variedade de atividades, práticas e experiências sociais¹⁵⁷. Assim é que no fim da década de 80 parecia apropriado falar em Sociedade do Risco, ou, com algum deslocamento, em “Cultura do Risco” para tentar alcançar uma mais efetiva crítica social¹⁵⁸. É o contexto da Sociedade do Risco, portanto.

De partida dissemos (na subseção 1.1) que aderimos à contribuição luhmanniana. Nesta subseção, após ter dado uma ideia de como Luhmann e Beck desenvolveram seus trabalhos nesse tema, tentaremos mostrar o porquê. Já vimos que é enganoso acreditar que são contribuições convergentes.

Em A Sociedade da Sociedade, Luhmann expressa o seguinte a respeito da insuficiência do uso da palavra “risco” (como também da palavra “informação”) como designativo da sociedade moderna (“sociedade do risco” ou “sociedade da informação”): “(...) las descripciones de la sociedad moderna optaron por las características espectaculares que podrían emplearse en forma propagandista – aunque, precisamente por eso, sólo fueron capaces de aprehender fenómenos particulares”¹⁵⁹.

Ele enfatiza que a redução da complexidade da sociedade a um único aspecto é insuficiente, logo o risco não basta para a caracterização pois seria só um fenômeno particular da sociedade. Essa crítica ele estende às descrições da sociedade como capitalista ou industrial, que não fazem senão adotar uma

¹⁵⁵ FERREIRA, Fernanda Busanello. O risco nas teorias sociológicas contemporâneas: Beck, Giddens e Luhmann. *Raíces Jurídicas*. Curitiba. V. 7. N. 2. Jul./dez. 2011. p. 143.

¹⁵⁶ Semântica em todo esse trabalho compreendida como “*il patrimonio concettuale della società*”. BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 201.

¹⁵⁷ Mythen et al. p. 1, Introduction Thinking Beyond the risk society. In. *Beyond the risk society*.

¹⁵⁸ Scott Lash, Risk Culture, in ADAM, Barbara. BECK, Ulrich. VAN LOON, Jost. *The risk society and beyond*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 47.

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 862

característica dominante em um sistema funcional e tomá-la como algo decisivo, dominante¹⁶⁰. Assim é que risco não serve, não presta para caracterizar toda a sociedade.

O próprio Beck em seu último e inacabado livro, “A metamorfose do Mundo, novos conceitos para uma nova realidade”, declara, que por não saber responder a uma pergunta, “simples mas necessária”: “Qual é o significado dos eventos globais que se desenrolam diante de nossos olhos na televisão?”, foi obrigado a declarar falência!¹⁶¹

Certamente sua tese do risco não daria conta do problema que ele descreve no prefácio de *Metamorfose*, com sua linguagem vívida de costume, assim: “O mundo está louco. Para muitas pessoas, isso é verdadeiro em ambos os sentidos da palavra: o mundo saiu dos eixos e enlouqueceu” e assevera que “O objetivo deste livro é tentar compreender por que não compreendemos mais o mundo”.¹⁶²

Obviamente ele não faz nenhuma concessão a outras abordagens teóricas: “Não havia nada - nem um conceito, nem uma teoria – capaz de expressar a perturbação desse mundo em termos conceituais, tal como exigido pelo filósofo alemão Friedrich Hegel¹⁶³”.

E bem explicitamente agrega que “as grandes teorias de um Foucault, um Bourdieu ou um Luhmann, bem como as teorias da escolha racional, a despeito de todas as suas diferenças, têm uma coisa em comum: elas se concentram na reprodução, e não na transformação, que dirá na metamorfose de sistemas sociais e políticos.¹⁶⁴”

Sim, nesse derradeiro Beck, transformação é menos que metamorfose para expressar esse estado de confusão, e tampouco palavras como mudança, evolução ou revolução¹⁶⁵ dão conta da tamanha confusão que é a empreitada de tentar compreender um mundo que enlouqueceu. Por isso ele saca o conceito de

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 862.

¹⁶¹ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 15

¹⁶² BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 11.

¹⁶³ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 15.

¹⁶⁴ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 71

¹⁶⁵ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 15

metamorfose, que indica também, em nossa leitura, um estado de transição. Enquanto na sociedade do risco o mundo seguia rumo a uma nova modernidade agora (no século XXI, em 2015) o mundo encontra-se em metamorfose. De certa maneira, o mundo (a sociedade) parece sempre estar em direção a algo.

Na falta de uma teoria adequada, então, ele começava a esboçar a teoria da metamorfose: “A teoria da metamorfose vai além da teoria da sociedade de risco mundial: ela não trata dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas dos efeitos colaterais positivos dos males.¹⁶⁶”

Apesar de decretar a autofalência Beck não abandona, pelo menos não por completo, a autodescrição¹⁶⁷ da sociedade de risco mundial. E também segue trabalhando com uma primeira e uma segunda modernidade, como vimos (na subseção 1.1). O caso parece mais de acoplar uma prótese para dar conta das insuficiências da teoria do risco.

Ao retomar o tema do risco, no capítulo de *La Sociedad de la Sociedad* que cuida das autodescrições da sociedade, Luhmann tem em vista exatamente a Sociedade de Risco de Beck e afirma que a fórmula, ou slogan, sociedade do risco, se aproveita da falta de nitidez do conceito de risco e principalmente da falta de distinções claras¹⁶⁸, o que ele explica assim: “[r]iesgo es también, en certa medida, todo aquello que puede salir mal. Como concepto opuesto si piensa en seguridad, aunque a la vez se reconoce que no hay seguridad en un sentido libre de riesgos.¹⁶⁹” Ora, fazendo assim o conceito de risco passa a ser no sentido ordinário “un concepto universal que no excluye nada, sino que se marca tan sólo a sí mismo en el contexto de su propia forma.¹⁷⁰”

A teoria dos sistemas tem a vantagem de colocar na conta das “autodescrições do sistema no sistema” todo o tipo de tentativa integradora da sociedade a partir de

¹⁶⁶ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 16.

¹⁶⁷ Estamos falando luhmannianamente aqui.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 865

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 866.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 866

algum conceito, tal como contrato social, natureza, perfeição¹⁷¹, ou como no caso que estamos vendo risco ou informação.

No que concerne à “falta de distinções claras” e ao problema implicado no fato de risco ser tomado como conceito universal que nada exclui gostaríamos de destacar o quão grande é o problema acrescentando mais uma lição de Luhmann

Do ponto de vista da técnica na construção da teoria, um conceito apenas pode ser usado quando ele torna visível aquilo que ele exclui. No pensamento de variáveis da sociologia (empírica bem com na de Parsons) esse entendimento não se realiza. Ele é encoberto pelos valores da extrema variável que autorizam qualquer tipo de valores intermediários, ou seja, não excluem nenhuma combinação, e nem se excluem uns aos outros.¹⁷²

Todos os riscos ecológicos, nucleares que entram na formulação da tese do risco são percebidos por Luhmann no modo como a sociedade se vê, em *Ecological Communication*, nas primeiras linhas ele estabelece que “Contemporary society feels itself affected in many different ways by the changes that it has produced in its own environment”¹⁷³. Ser afetada pelas mudanças que realizou é um dos sentidos da reflexividade em Beck.

Society has thus become alarmed as never before, without possessing however, the cognitive means for predicting and directing action because it not only changes its environment but also undermines the conditions for its own continued existence¹⁷⁴.

Para Luhman:

Riesgo sería un lema para la autodescripción de un sistema que con sus decisiones limita el ámbito posible de variación del futuro sin ser capaz de determinar su propio futuro. Todo presente-futuro será resultado de la evolución. O para formularlo de manera paradójica: sobre el futuro no decide la decisión sino la evolución. Pero si se quiere representar esto en la situación de decisión que se ha producido una vez perdida la confianza en las capacidades de obrar y reconocer errores, entonces riesgo es la descripción adecuada de ello¹⁷⁵.

¹⁷¹ Ver LUHMANN, Niklas. Inclusão e exclusão in: DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 15

¹⁷² DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 17-18

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 1. Tradução livre: “a sociedade contemporânea se vê afetada de maneiras muito diferentes pelas mudanças que ela mesma produziu em seu ambiente.”

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 1. Tradução livre: “Assim, a sociedade tornou-se alarmada como nunca antes, sem possuir entretanto, os meios cognitivos para prever e dirigir a ação porque ela não apenas modifica o seu ambiente mas também solapa as condições de continuação de sua própria existência”.

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 866

Denney compila algumas críticas à tese de Beck sobre o risco. A despeito de por um lado “Beck’s writings have been enormously influential in defining the parameters of debates about risk.”¹⁷⁶ De outro

His work has theoretical offshoots into many areas, and it’s difficult to think of a sociological text in the last two decades that has created as much controversy as *Risk Society* (1992). Beck has probably had more detractors than supporters, and criticising Beck has, in itself, become a significant sociological preoccupation.¹⁷⁷

Em síntese as críticas da abordagem de Beck relacionam-se, conforme Denney, (1) com sua incapacidade de tomar conhecimento completo da complexidade de situações específicas de risco, (2) sua falha em termos históricos, pois foca “too heavily on risk, which is but one aspect of the social world”¹⁷⁸ (3) seu pessimismo com relação ao risco, que falha em levar em consideração

the subtle differences in the way people experience and explain risk. *Risk society* fails to capture the fluidity of risk, which is elusive and constantly changing its form” e (4) com Luhmann “the rhetoric of public protection is now greater than the real risk faced by individuals.”¹⁷⁹

Diante desses problemas é que julgamos a alternativa luhmanniana de abordagem mais exata e operacional apesar das dificuldades que lhe são inerentes. Por essa razão abandonamos aqui as lições de Beck e seguimos na trilha da Sociologia dos Riscos. Ao analisar, na última parte dessa pesquisa, o contrato à luz dessa contribuição sobre o risco teremos que completar esse quadro com outros detalhes a respeito da decisão e trazer outros conceitos da teoria dos sistemas autopoieticos.

¹⁷⁶ DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 32. Tradução livre: “Os escritos de Beck foram bastante influentes para a definição dos parâmetros dos debates sobre o risco.”

¹⁷⁷ DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 32. Tradução livre: “Seu trabalho tem ramificações teóricas em muitas áreas, e é difícil pensar em um texto sociológico nas últimas duas décadas que tenha criado tanta controvérsia como *Sociedade do Risco* (1992). Beck, provavelmente, tem mais detratores que apoiadores, e criticá-lo tornou-se, em si mesmo, uma preocupação sociológica significativa”.

¹⁷⁸ Tradução livre: “Foca pesadamente no risco que não é senão um dos aspectos do mundo social”. Crítica que parece se aproximar da opinião de Luhmann acima mencionada.

¹⁷⁹ DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005. p. 32-33.

2. O CAPITALISMO E A DOGMÁTICA JURÍDICA: O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO

Rubião fitava a enseada (...). Olha para si, para as chinelas (umas chinelas de Túnis, que lhe deu recente amigo, Cristiano Palha), para a casa, para o jardim, para a enseada, para os morros e para o céu; e tudo, desde as chinelas até o céu, tudo entra na mesma sensação de propriedade. (Quincas Borba).

Deixando de lado, por um momento, a questão do risco iniciamos o estudo da contratualidade. O objeto dessa seção é o contrato em sua manifestação jurídico-econômica. Em um momento em que se fala de contratualização das relações sociais (ou pancontratualismo)¹⁸⁰, ou seja, no qual se percebe que “o contrato está por toda parte” e que deveria ter destaque na concretização dos “valores fundamentais do ordenamento”¹⁸¹, a proposta de abordagem que nossa pesquisa oferece pode permitir pensar o contrato como fator de inclusão e de legitimação das relações jurídicas.

O estudo do direito dos contratos, bem como o do direito das obrigações, costuma ser conduzido de maneira abstrata, em um plano lógico de racionalidade, com uso de conceitos e classificações, no sentido de que o contrato é apresentado como um produto da razão, neutro, o qual seria o mesmo em qualquer época e lugar. Como se no século XVIII os jusfilósofos houvessem realmente decifrado a “essência mais íntima” do contrato. A lição de San Tiago Dantas ilustra vivamente o que pretendemos destacar:

A teoria dos contratos tem sido considerada, tanto nos sistemas derivados do direito romano, como nos derivados da *common law*, uma das partes mais estáveis e perfeitas do direito civil. Dependendo, menos do que outras, dos particularismos de cada época e sociedade, pôde ela alcançar – como o direito das obrigações, em que se integra – a unidade e a racionalidade, que lhe têm permitido adaptar-se, sem derrogação de princípios ou modificações de sistema, a novas exigências econômicas e a diferentes condições de convívio social¹⁸².

¹⁸⁰ Ver SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. Posição 198, a expressão pancontratualismo é de Francesco Galgano.

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. Posição 207

¹⁸² DANTAS, F.C DE SAN TIAGO. Evolução contemporânea do direito contratual. In: DANTAS, F.C. de San Tiago. *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 13

Ao estudar a contratualidade costuma-se levar em conta o que os últimos duzentos anos de teoria do direito erigiu, em um estudo que remonta sobretudo à Alemanha, por tanto que nosso direito está impregnado do pensamento europeu do século XIX. Toma-se essa doutrina como se ela pudesse dar conta das necessidades e complexidades da modernidade do século XXI.

De fato, essa construção é tomada como ponto de partida, ou nem tanto a construção, como resultado de um processo, mas o próprio método da dogmática, os procedimentos e técnicas que permitem chegar a ela. Assim, ao estudar a contratualidade nos importa tanto o conteúdo (suas abstrações e axiomas: autonomia da vontade etc) como também a metodologia que está envolvida e que lhe permitiu o surgimento.

Trata-se de um pensamento que, na linha do que Dantas escreveu, valoriza os raciocínios abstratos, as classificações, e que se apresenta como desvinculado de qualquer realidade social e por isso mesmo apto a reger qualquer realidade.

Uma das manifestações mais visíveis da influência europeia em nosso direito é a existência de uma parte geral no Código Civil (influência da Pandectística alemã), mas não somente pela codificação se fazem notar influências. Também a doutrina nacional, e cremos mesmo que não se poderia esperar que fosse diferente, apoia-se muito na doutrina europeia em matéria de direito privado, a qual carrega as marcas modernas. O direito dos contratos foi deveras “forjado sob a influência decisiva do pensamento liberal e voluntarista consagrado com a Revolução Francesa”¹⁸³.

Tentaremos inserir esse estudo em um contexto que dará um aspecto menos abstrato, mais tangível, conduzindo-o a partir de considerações históricas do surgimento do capitalismo e do desenvolvimento da dogmática jurídica, desde logo apontando o papel determinante que a ordem capitalista desempenha no entendimento e na construção do direito moderno, burguês. O direito é um dos instrumentos mais eficazes do manejo do poder pelos grupos dominantes. E a contratualidade mesmo querendo ser a-histórica e científica (no sentido de não ideológica) carrega em si a ideologia capitalista. Só depois dessas considerações, ao final da seção, é que apresentaremos os traços da dogmática contratual cuja

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. Posição 213

análise e crítica será feita na derradeira seção, a partir de considerações sobre o risco.

A proposta é trabalhar a contratualidade a partir da história das ideias jurídicas e da função da Dogmática.

Se consideramos a Dogmática um “agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos”¹⁸⁴ fica saliente como pode ser um objeto confuso embora passível de ser organizado a partir de sua história, sem no entanto haver necessidade de irmos muito longe. Podemos nos contentar em partir da modernidade e dentro da modernidade averiguar um pequeno conjunto de escolas e tendências, ou antes, de nomes, que trabalharam na construção da ciência do direito na tradição românica.

Nesse trecho de Ferraz jr. encontramos um panorama histórico da Dogmática dentro da tradição românica:

A verdade é que nos países de tradição românica o conhecimento do Direito tomou, inicialmente, a forma de uma técnica elaborada que os romanos chamaram de *jurisprudéntia*, caracterizada como um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando sempre, fórmulas generalizadoras que constituiriam as chamadas doutrinas. Na Idade Média, sobretudo na época dos glosadores, àquela técnica jurisprudencial acrescentou-se ainda, como um ponto de partida para qualquer discussão, a vinculação a certos textos romanos, especialmente o *Código Justinianeu*, o que foi dando às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética, base da Dogmática Jurídica. Com o advento do Racionalismo, nos séculos XVII e XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença nos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. No entanto, foi no século XIX que as grandes linhas mestras da Dogmática Jurídica se definiram. A herança jurisprudencial, a herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica, tal qual a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social¹⁸⁵.

O excerto, malgrado longo, permite fazer alguns destaques. De início chamar a atenção de que outras vertentes jurídicas, como a *common law*, estão de fora de nosso campo investigativo. Veremos a importância que os textos romanos e seus fragmentos (Digesto, Pandectas) tiveram no Direito Europeu. Veremos, de outro lado, que o entendimento da Dogmática Jurídica contemporânea passa pelo

¹⁸⁴ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 124, ou ao invés de agrupamento “o encontro não muito organizado de tendências”, ibidem, p. 81

¹⁸⁵ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 10-11.

reconhecimento de que sua marca é o fenômeno da positivação¹⁸⁶. Esses pontos iremos detalhar.

Mas o texto citado informa ainda que desde Roma os problemas jurídicos são pensados como conflitos a serem decididos por autoridade.

Na verdade, por detrás da diversidade de nomes, posições e tendências, explica Larenz, vislumbra-se certa identidade de problemática: conceito, validade, positividade, normatividade, determinação ontológica do Direito e participação do legislativo, judiciário e da doutrina na conformação do direito¹⁸⁷, ao que poderíamos acrescentar, com Ferraz Jr, o problema da decidibilidade.

Simioni afirma que a decisão jurídica se constitui no núcleo prático das preocupações teóricas do direito, de tal modo que aquilo que já foi chamado de “metodologia jurídica” agora se denomina “teoria da decisão”¹⁸⁸. Assim é que ao executarmos essa tarefa veremos que a noção de decidibilidade aparece como uma linha guia nesse trajeto de ideias por ser o problema que a Dogmática se propõe a resolver.

O Direito enquanto conhecimento científico importa a uma variedade de ciências, como perceberam há muito tempo seus estudiosos. Gustav Hugo, citado por Ferraz Jr, propunha uma divisão tripartida do conhecimento juscientífico, da seguinte forma: (1) Dogmática Jurídica, que responde à questão do que deve ser reconhecido como de direito; (2) Filosofia do Direito, que responde à questão de se é racional o que seja de direito, e (3) História do Direito, que indaga como aquilo que é de direito se tornou de direito¹⁸⁹. Nossa preocupação nesse estudo é com a dogmática mas vale advertir, como faz o próprio Hugo, que essa tripartição, contingente como toda classificação, não é rigorosa e poderia ser pensada como

¹⁸⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 84.

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 5

¹⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 24. E o professor conduz o seu Curso de Hermenêutica seguindo a abordagem, ao longo da evolução da dogmática, que é dada à interpretação, à decisão e à argumentação jurídicas.

¹⁸⁹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 55, trata-se um autor dos setecentos, cuja divisão tripartida é baseada em Kant. Mas um autor do século XX, Karl Larenz, de certa maneira corrobora esse pensamento quando escreve “Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência (‘dogmática jurídica’).” *Metodologia*, p. 261, o importante é o reconhecimento de que o Direito interessa a, e comporta, mais de uma disciplina jurídica.

uma bipartição na medida em que se tem em conta que na (1) Dogmática e na (2) Filosofia há uma ligação com o presente enquanto na (3) História não há. E por outro lado a (1) Dogmática e a (3) História são históricas enquanto a Filosofia não é¹⁹⁰.

Desse modo a Dogmática Jurídica é histórica, é algo que tem fundamentalmente em si a história¹⁹¹, e possui uma ligação com o presente, na medida que se convola em uma tecnologia, mas não em uma mera técnica!¹⁹², para uso profissional, cada vez mais massificante¹⁹³. Tudo depende do critério classificatório: ter ou não ligação com o presente; ser ou não histórica etc.

Isso decorre da complexidade do objeto “Direito”, conforme nota Larenz, que faz com que distintas ciências particulares a ele se reportem bem como a filosofia. E acrescenta:

A metodologia jurídica [podemos ler aqui, a Dogmática Jurídica] não pode existir sem a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o juiz contentar-se com uma ‘correta’ (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio ‘justa’ – e em que é que se pode reconhecer se uma decisão é ‘justa’¹⁹⁴.

Na verdade, se de um lado é certo que a Dogmática realmente se ocupa de um problema de Decisão, de outro dá para afirmar que ela se ocupa dele, ao menos em parte, porque antes existe um problema de “lacunas” no sistema de Direito¹⁹⁵. Para preencher essas lacunas é que é preciso decidir e também criar teorias que ajudam a decidir pela (correta) aplicação desta ou daquela norma, entre esta ou aquela (correta) interpretação dos fatos, ou entre essa ou aquela teoria¹⁹⁶. A pretensão é ser um método para a correta decisão.

¹⁹⁰ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 55

¹⁹¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 55

¹⁹² FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 123

¹⁹³ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 9. Raffaele De Giorgi diz que “História e sistema são os instrumentos dos quais a reflexão científica se serve para elevar o direito positivo a um patamar filosófico”. Legitimidade, p. 46.

¹⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 4

¹⁹⁵ Seja um sistema interno, normativo, seja um sistema externo, o sistema será sempre lacunoso e paradoxal.

¹⁹⁶ Simioni, Colisões de 2º ordem, p.

Três ideias conduzem os argumentos dessa seção. Primeiro que a ordem jurídica moderna é uma ordem jurídica burguesa, o que justifica nossas incursões pelo capitalismo. Segundo, e conexo a esse fato, ao analisarmos a Dogmática teremos em conta a advertência de Carvalho de que “Entre o *Code Civil* e a pandectística alemã não há, no fundo, uma diferença de projetos: servem aos interesses da mesma e única classe”¹⁹⁷. Isso justifica por que, de par com considerações históricas do pensamento juscientífico, são úteis também considerações a respeito do capitalismo e da consolidação da burguesia como classe dominante. Tais considerações históricas servem para contextualizar esses projetos de modo que consigamos enquadrar o contrato nas relações capitalistas e capturar sua função. E em terceiro lugar, o reconhecimento de que a prática jurídica contemporânea é carregada ainda do pensamento da modernidade do direito.

As considerações nessa ordem destacam, pouco a pouco, como o contrato (e também como a lei e o Direito) funciona, nessa ordem jurídica burguesa, como instrumento de exclusão e de desigualdade.

2.1. A ordem jurídica burguesa e a dogmática

Falávamos acima (na seção 1) da modernidade e da sociedade industrial. Antes, entretanto, que a sociedade fosse industrial para depois receber, devida ou indevidamente¹⁹⁸, o epíteto de “sociedade de risco” ela já era uma sociedade capitalista¹⁹⁹. A ordem capitalista, explica Avelãs Nunes com apoio em Marx, saiu das entranhas da ordem feudal. Seus elementos constitutivos provieram do que ficou da dissolução da ordem econômica feudal, na “longa luta da burguesia contra o feudalismo”²⁰⁰. Uma luta com várias batalhas, algumas revoluções e que remonta para além da Revolução Francesa e da Revolução Industrial.

Tigar e Levy, no enalço da gênese dos “principais elementos da ideologia jurídica burguesa” nos informam que

¹⁹⁷ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 43

¹⁹⁸ Ver seção 1.3.

¹⁹⁹ OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 723

²⁰⁰ Cf. NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 43 e 47, essa “longa luta” é expressão tomada de Engels.

Inicialmente, pensávamos que os principais elementos da ideologia jurídica burguesa houvessem emergido nas revoluções inglesa e francesa e que nossa principal ênfase devia ser colocada nos séculos XVII e XVIII. Descobrimos, no entanto, à medida que passamos a consultar fontes primárias e secundárias na Europa e nos Estados Unidos, que a luta da burguesia até a vitória final de fato começara séculos antes, nos levantes urbanos do século XI. A história desses levantes não só constitui um emocionante capítulo na luta pela liberdade humana, mas modificou nossos pontos de vista sobre a relação entre direito e revolução²⁰¹.

Para fazer um quadro d’“O Direito e a Ascensão do Capitalismo” os autores passaram 800 anos em revista²⁰². A vantagem de ir tão longe no tempo é que se torna possível compreender como a conquista do poder político é sacramentada através do direito. Os autores registram também que os registros do Banco Medici (por volta de 1450) revelam “uma compreensão refinada de todas as técnicas contratuais que iriam preocupar os redatores do Código de Napoleão 350 anos mais tarde”²⁰³, código que é um verdadeiro paradigma da modernidade jurídica.

Uma classe antes marginal (a dos mercadores) consegue de pouco em pouco o reconhecimento de seus direitos e passo a passo consegue impor os seus interesses até a conquista definitiva do poder político.

Na passagem do feudalismo para o capitalismo o instituto do contrato funcionou como “mola propulsora da revolução burguesa”²⁰⁴. “Jurisconsultos burgueses, aliás, sentiam grande prazer em dizer que a evolução do feudalismo para o capitalismo fora realizada através do artifício do contrato”²⁰⁵.

Tiger e Levy prosseguem dizendo que nessa afirmação, “encontrada em todos os juristas filósofos burgueses desse período” existe “uma importante verdade histórica e uma séria falsidade analítica”²⁰⁶. Houve uma reavaliação dos dois

²⁰¹ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 14

²⁰² TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 266

²⁰³ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 212. Isso dá uma noção do quão vetustas são as técnicas contratuais.

²⁰⁴ Pelo menos assim asseguram Tiger e Levy. Cf. TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 211.

²⁰⁵ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 211.

²⁰⁶ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 211-212. “A verdade histórica é que um sistema de relações sociais burguesas bem desenvolvido, como o que atingiu a maturidade por volta de 1800 na Inglaterra e na França, possuía uma base contratual bem desenvolvida”. E a “falsidade analítica é a afirmação de que as relações sociais burguesas surgirão, quaisquer que seja as condições

institutos fundamentais do direito privado, propriedade e contrato, no que respeita à regulação das “relações jurídicas entre as pessoas”. Enquanto no feudalismo a propriedade mediava essas relações no capitalismo os “laços que uniam os diferentes elementos dessa sociedade eram quase exclusivamente bilaterais (...) isto é, contratuais”²⁰⁷. Segundo Avelãs Nunes

a nobreza se vê arruinada, na exata medida em que a propriedade da terra se degrada como forma e fonte de riqueza, perdendo assim a posição dominante de que gozava desde os alvares da civilização²⁰⁸.

“O contrato – para trabalhar, vender, mesmo casar – subiu para primeiro plano”²⁰⁹. A verdadeira riqueza deixa de ser a propriedade de terras e passa a ser a titularidade de papéis de crédito. Com a desmaterialização, a riqueza fica mais facilmente mobilizável dando novas possibilidades ao comércio²¹⁰.

Luhmann acredita, no sentido da noção histórica que estamos tratando, que na Idade Média “la política y la economía dependían del recurso a la propiedad de la tierra”, que era uma instituição que reunia em si variadas vantagens estruturais mas que, contudo, ainda na Idade Média sofre “un acelerado proceso de erosión de esta unidad debido al rápido desarrollo de la economía de dinero”²¹¹, que faz com que a terra passe a ser “requerida ahora como garantía de crédito y todo esto modifica las formas jurídicas de la propiedad”, que passa a ser valorada como fonte de receitas e fundamento de crédito.²¹² A propriedade sofre um golpe em sua dignidade, perdendo sua centralidade política (sua relevância para o poder) e econômica no mesmo momento em que o contrato passa ao primeiro plano.

materiais, em todos os casos em que for suficientemente desenvolvida a ideia jurídica de livre contrato.”

²⁰⁷ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 211.

²⁰⁸ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 27

²⁰⁹ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 211.

²¹⁰ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017. p. 27.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 321

²¹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 321

Da parte da burguesia seu poder político é a resultante de seu poder econômico. Nesse sentido é que o *Code Napoleon* era um código dos fortes e que desconhecia os interesses dos débeis²¹³. A luta por liberdade, igualdade e fraternidade ao final não pretendia e talvez não tivesse como deveras incluir todas as pessoas. Segundo Tigar e Levy,

Todos os grupos que desejam introduzir uma mudança radical numa sociedade – e os primeiros empresários desejavam exatamente isso – inicialmente submetem a teste as instituições vigentes de poder a fim de verificar até que ponto elas se curvam e, em seguida, atacam diretamente os órgãos do poder estatal, criando seu próprio aparato de força pública, com novas leis e injunções destinadas a garantir seus próprios interesses.²¹⁴

Partimos da ideia de que um dos aparatos da força burguesa, além, claro, da lei e ao seu lado, é aquilo a que chamamos dogmática jurídica (que “serve ao mesmo projeto de poder”), que privilegia o mais forte, um pouco precisamente por seu caráter abstrato, que permite acessar cientificamente o direito desconsiderando a concretude das relações sociais.

A discrepância da lei, em seu discurso sobre igualdade, mas que vale como instrumento de desigualdade, não escapou à doutrina brasileira. Só que há até pouco tempo não produziu nenhuma reação contra tal estado de coisas, Dantas reconhecia que:

O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a tôdas as combinações de interêsse; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de tôdas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas²¹⁵.

Vê-se que, malgrado reconheça a falta de proteção aos socialmente mais fracos, o autor se concentra no lado positivo e entende que houve, todavia, muitas oportunidades bem como o direito contratual conseguiu aumentar a segurança nas transações. Além do mais, “os socialmente fortes” surgiam de todas as camadas sociais, “aceitando riscos e fundando novas riquezas”. Recentemente, Anderson

²¹³ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 71

²¹⁴ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 15

²¹⁵ DANTAS, F.C DE SAN TIAGO. Evolução contemporânea do direito contratual. In: DANTAS, F.C. de San Tiago. *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.14

Schreiber²¹⁶ escreveu que em pleno século XXI o direito a igualdade ainda é um tema à espera de concretização e pergunta qual o papel dos contratos nesse contexto²¹⁷.

Muito da prática e da teoria jurídicas brasileira, dissemos, fincam raízes no século XIX. A positivação do Direito desenvolve um importante papel nesse contexto. A dogmática seria fruto de uma dupla abstração (a da sociedade e a das normas) e vai ocupar-se com a função das classificações, com a natureza dos conceitos²¹⁸.

Foi no século XIX, com a escola da Exegese na França, que a tarefa do jurista tornou-se tipicamente dogmática, o que em finais daquele século descambou para o positivismo legal, que tinha duas características destacadas: a autodelimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da estatalidade do direito²¹⁹.

A Escola da Exegese, na França oitocentista, é uma dessas fontes que ainda hoje conformam o entendimento jurídico no Brasil.²²⁰

Após a vitória burguesa, no marco da Revolução Francesa de 1789, as ações dos revolucionários foram no sentido de acabar com os privilégios, “odiosos”, de que gozavam as classes dominantes de então, sobretudo a aristocracia rural e o clero.

A chamada Escola da Exegese, que teve lugar na França do início do século XIX, foi parte do projeto iluminista francês, um movimento fortemente ideológico que pretendeu operar uma desconexão com o passado²²¹.

O direito teve um papel fundamental nesse rompimento com a tradição “porque a lei escrita permitia exatamente essa desvinculação com o passado histórico”²²².

²¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle.

²¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle. Posição 195

²¹⁸ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 13

²¹⁹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 72

²²⁰ Simioni afirma, por exemplo, que a Escola da Exegese não teve um fim mas apenas sofreu um declínio subsistindo ainda em nossos dias e seus vestígios produzem forte influência nas expectativas de segurança com relação à interpretação, argumentação e decisão jurídicas. ²²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 49

²²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 29

Para instituir uma nova sociedade era preciso primeiro sacudir a velha ordem²²³. Aqui podemos nos referir àquela moderna “Tradição do novo” de que falávamos na seção 1 deste estudo. E nesse sentido podemos entender porque Ost afirma que os institutos fundamentais da modernidade têm suas faces voltadas para o futuro, para o tempo da promessa, são “vontade e instituição”, são ruptura:

Tout la modernité juridique (Constitution, loi, traité, contrat), se pensera désormais dans la forme de la promesse: promesse publique, promesse privée, convention, accord, contrat social, contrat civil. Sans cesse leur interprétation oscillera entre les deux pôles de la figure prométhéenne: la volonté et l'institution, la rupture de l'instantané et la continuité de la durée.²²⁴

Com a positivação do Direito e sua identificação com a lei ocorre a libertação da Dogmática de tudo que é estável: parâmetros imutáveis ou duradouros, premissas materialmente invariáveis etc, e passa-se para a “institucionalização da mudança e da adaptação através de procedimentos cambiáveis, conforme as diferentes situações.²²⁵” O que vai ao encontro do que Luhmann diz sobre o “fator historicamente novo da positividade do direito” ser “a *legalização de mudanças legislativas*, com todos os riscos que isso acarreta”²²⁶.

A lei era então a tradução da razão iluminista²²⁷ e o Code Civil era todo o Direito, possuía todas as respostas. Se ele não abordasse uma questão o significado era claro: não se cuidava de uma questão de direito²²⁸.

O surgimento da Dogmática, ou a sua configuração tal qual a conhecemos hoje, é portanto, um acontecimento do século XIX e sua marca contemporânea relaciona-se com o fenômeno da positivação do Direito²²⁹.

²²² ²²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

²²³ OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 255

²²⁴ OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 163 Tradução livre: “Toda a modernidade jurídica (Constituição, lei, tratado, contrato), se pensará frequentemente na forma da promessa: promessa pública, promessa privada, convenção, acordo, contrato social, contrato civil. Sem cessar sua interpretação oscilará entre os dois polos da figura prometiana: a vontade e a instituição, a ruptura da instantaneidade e a continuidade da duração.”

²²⁵ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 85

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 9

²²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 31

²²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 35.

²²⁹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.

Simioni ensina que enquanto os jusnaturalistas buscavam mais justiça material e correção moral os positivistas buscavam mais segurança e mais previsibilidade formal. E o pós-positivismo seria então uma tentativa de mediação entre as posições do jusnaturalismo e do positivismo²³⁰.

A Dogmática teria, então, se desenvolvido à sombra do Direito Privado, em uma sociedade que por ser “pouco complexa” (ao menos em comparação com a atual) apresentava “sensível redução dos problemas a conflitos individuais”²³¹.

Outro dos frutos dessa sociedade “pouco complexa” foi a Pandectística²³². A Pandectística alemã do século XIX vai de Savigny a Puchta e a Windscheid, e é um pensamento com a pretensão de ser estritamente científico (não ideológico como o pensamento jurídico francês) e que buscava, dessa forma, ser o contraponto ao sistema de ideias do Direito Natural.²³³ Ao expor a metodologia de Savigny, Larenz principia exatamente com essa observação:

quem se acostumou a ver a Escola Histórica do Direito, que Savigny ajudou a fundar, sobretudo na sua oposição às escolas ‘filosóficas’ do jusnaturalismo tardio ficará decerto surpreendido ao ler nas sua lições de Inverno de 1802 que a ‘ciência da legislação’ – como aí se designa a ciência do Direito – é ‘primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica’ e que ambas as coisas se devem unificar porque a ciência do Direito tem de ser ‘a um só tempo e integralmente, histórica e filosófica’²³⁴.

Larenz esclarece que Savigny entendia o termo filosófico como sinônimo de sistemático, pois para ele a filosofia não é necessária sequer como simples conhecimento prévio. Assim é que no elemento filosófico da ciência do Direito não se aceitam os princípios jusnaturalistas “mas apenas a orientação” do Direito no sentido de “uma *unidade imanente pressuposta*” por ela. Isso (essa unidade) é

²³⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 23 e 24.

²³¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 83

²³² Não cabe aqui trazer anotações, mesmo que breves, do itinerário do pensamento jurídico descrevendo as muitas escolas e tendências que surgiram e que disputaram a correção de seus métodos e motivos. Para isso ver, Simioni, Larenz, Sampaio. *Pandectae, Digesto, Digestia* é a coleção de fragmentos dos juriconsultos romanos incluídos no *Corpus Iuris* de Justiniano. Cf. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. Verbete Pandectas, p. 586. Muitas obras, de autores importantes da época, traziam a expressão “Pandectas” no seu título. É o caso de Puchta (*Lehrbuch der Pandekien*) e de Windscheid (*Lehrbuch des Pandektenrechts*).

²³³ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 39.

²³⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9 e 10.

comum, segundo a explicação de Larenz a respeito do pensamento de Savigny, à ciência do Direito e à filosofia²³⁵. De qualquer maneira, apesar de sua oposição ao racionalismo Savigny acabou por acolher o pensamento sistemático racionalista.

Com o termo Pandectística buscamos, um tanto imprecisamente, designar tanto a Escola Histórica quanto a Jurisprudência dos Conceitos, que dela se derivou.

Nesse sentido, a Pandectística alemã, abrange um número ilustre de jurisconsultos, como Savigny (principal representante da Escola Histórica), Ihering, Puchta (Principal nome da Jurisprudência dos Conceitos), que debruçados sobre o direito romano trabalharam a Dogmática Jurídica. Larenz nos informa que Savigny, que ajudou a fundar a Escola Histórica, foi o primeiro a apresentar uma metodologia²³⁶ após o ocaso do Direito natural moderno.

A Escola Histórica, que teve lugar na Alemanha em fins do século XVIII e início do século XIX, pretendia criticar o racionalismo iluminista com base no mote de que nele sobrou razão teórica e faltou razão prática²³⁷. Assim é que a par das questões teóricas, isto é, relacionadas com a verdade, deveriam ser indagadas questões práticas, ou seja, relacionadas com a correção normativa²³⁸, nesse sentido a Escola Histórica buscou construir critérios práticos de orientação à decisão jurídica²³⁹.

Assim, podemos entender o primado que o problema da decisão jurídica começa a assumir já no século XIX para a ciência dogmática do direito. A função da dogmática, segundo Tércio Sampaio, consiste “no controle de consistência de decisões tendo em vista outras decisões; em outras palavras, no controle de consistência da decidibilidade.²⁴⁰” Essa é a nota característica do pensamento dogmático, sua unidade é mantida pela referência ao problema da decidibilidade, que é sua questão fundamental²⁴¹.

Ele continua, com fundamento em Theodor Viehweg:

²³⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 10

²³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 6.

²³⁷ Ver SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 51-52.

²³⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 58

²³⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 60

²⁴⁰ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 100

²⁴¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 96

Neste sentido, seu problema não é primordialmente uma questão de verdade, porém de decidibilidade. Os enunciados da Dogmática têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem consequências perturbadoras²⁴².

Costumamos ver a dogmática jurídica como imbricada com o sistema da ciência, cujo meio simbolicamente generalizado de comunicação é a verdade²⁴³. Melhor dito, a dogmática é sinônimo de jurisprudência (ciência do direito). Mas Ferraz Jr. ao dizer que seu problema primordial não está nas questões de verdade acaba deslocando a dogmática para o sistema do direito.

Segundo ele, é por meio de problemas e soluções que se move o pensamento Dogmático. “A decidibilidade é um problema e não uma solução²⁴⁴”. Nesse sentido ele é bastante “concreto”, ligado às necessidades práticas da tomada de decisão judicial. Segundo Ferraz Jr, por envolver uma questão de decidibilidade, a Dogmática se apresenta como pensamento tecnológico²⁴⁵. E o pensamento tecnológico embora possua algumas proximidades com o pensamento científico *stricto sensu* dele se afasta na medida em que os problemas que o pensamento tecnológico se propõe a indagar visam um fim prático (possibilitar decisões) e nessa medida exigem

uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos.²⁴⁶

Não se trata, portanto, de uma atividade contemplativa, voltada à especulação, mas de uma atividade prática, voltada à ação. O problema da decisão exsurge entre outras razões por ser o sistema normativo lacunoso (incompleto).

²⁴² FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 89

²⁴³ Fazemos estas observações com suporte na teoria dos sistemas autopoieticos.

²⁴⁴ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 123. Em outra passagem ele anota: “Problemas têm uma capacidade de mobilizar uma série de soluções. Afinal, enquanto questões abertas, eles passam a exigir do homem uma atividade específica. Ora, se o homem planeja e decide, isto o leva a uma situação ambígua: de um lado, nota-se a relação tornada meramente pragmática do homem com o mundo, pois aquele, vendo nesse apenas um problema, transforma a sua ação basicamente em decisão, ou seja, numa opção hipotética que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no seu bom funcionamento (...), FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 69-70.

²⁴⁵ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 90

²⁴⁶ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 91

Essa noção que acabamos de apresentar, retirada de Ferraz Jr., já nos bastaria para as necessidades dessa subseção. Temos aí sintetizadas duas das características básicas que ele assinala à dogmática: sua aproximação ao pensamento tecnológico, e o princípio da inegabilidade dos pontos de partida²⁴⁷, e ambos remetem ao problema da decisão, que nesse autor ainda está intimamente relacionado com o problema da ação²⁴⁸.

Aliás, é essa ligação ao problema da ação (do agir, do decidir) que permite a afirmação de que a dogmática é criptonormativa (ou seja, apresenta-se como ciência mas possui um fundo oculto prescritivo, que é o que lhe importa).

Com respeito a inegabilidade dos pontos de partida avulta a diferença entre o pensamento dogmático e o pensamento zetético²⁴⁹, pois no ponto onde a dogmática necessita “interromper as indagações” para permitir a ação, a zetética continua indagando; ou em outra formulação: diante de uma questão, a dogmática focaliza a resposta, a zetética a própria questão²⁵⁰, problematizando, assim, os pontos de partida da argumentação jurídica e dessa maneira opondo-se ao princípio da inegabilidade.

No que diz respeito ao seu método, podemos, concluindo, dizer que o pensamento Dogmático possui uma concepção própria de sistema (herança jusnaturalista), com duas características: (1) a de um sistema jurídico fechado e sem lacunas (logo, completo) e (2) decorrente da primeira, a ideia de sistema como método de pensamento, ao qual se ligam o procedimento construtivo e o dogma da subsunção. O procedimento construtivo deriva as regras de um princípio ou de um

²⁴⁷ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 83. A terceira característica ou função básica seria a viabilização das condições do juridicamente possível. A ideia da inegabilidade dos pontos de partida é luhmanniana como se vê desse trecho de Larenz: “Luhmann afirma, em primeiro lugar, que para a ‘compreensão usual’ do termo ‘dogmática’ é característica uma ‘interdição de negação: a não negabilidade dos pontos de partida das cadeias de argumentação.’”. op. cit. p. 320.

²⁴⁸ Malgrado alguma influência luhmanniana, que se nota ora aqui ora ali, Tércio Sampaio, nesse livro, não adota (ao menos em sua inteireza e atualidade) o pensamento de Luhmann, como se pode notar de suas anotações nas páginas 102-104, na adoção da ação como unidade da sociedade e sobretudo a decisão como ação (como teremos de detalhar mais a frente), e por falar de comunicação ainda como transmissão de informação.

²⁴⁹ Outra denominação que o Prof. Tércio Sampaio traz com base em Theodor Viehweg. FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 93

²⁵⁰ Encontrar a citação. E o jurista deve conseguir versar esses dois modos de pensamento.

pequeno número de princípios e a subsunção opera ao modo do silogismo, com premissa maior, menor e conclusão ²⁵¹.

A modernidade trouxe, então, a Lei para o primeiro plano, institucionalizou as mudanças, inventou, em resumo, a “tradição do novo”. Duzentos anos depois aí estão alguns dos “objetos inchados e deformados por uma propaganda bissecular” de que fala Grossi²⁵², entre os quais certamente se conta a lei (legicentrismo, legolatria), e isso acaba por desembocar em uma “dogmática meta-temporal e ainda muito absolutizada na mente do jurista”²⁵³.

À mudança institucionalizada veio juntar-se as categoriais racionais-abstratas da dogmática. Multiplicando os riscos, lançado todo o peso agora, como já sabemos, sob os indivíduos, que ganharam em liberdade mas não conseguem alcançar a igualdade material. Veremos na sequência como o conhecimento dogmático constrói as suas categorias jurídicas.

2.2. A dogmática jurídica e as classificações (*genos technique*)

Chamaremos, com Luhmann, ao método da dogmática de “*genos technique*”. Géne do grego, classes²⁵⁴. Para ele se trata de uma das mais importantes ferramentas de observação da “velha tradição europeia”, que “enables one to comprehend the world in the form of classifications”²⁵⁵. Trata-se de um modo de compreender o Mundo e o Direito do qual deliberadamente Luhmann se afasta²⁵⁶. Ele afirma “El derecho no lo determinamos a partir de cierto tipo de normas, es decir,

²⁵¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 72-75. Podemos mencionar, com De Giorgi, duas consequências importantes que se ligam ao que acabamos de anotar, primeiramente que o direito positivo aparece também como produto da atividade científica, e ainda, que a epistemologia se reduz à metodologia de construção do sistema. Legitimação, p. 47

²⁵² GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 18.

²⁵³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 19.

²⁵⁴ LUHMANN, N. Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts. In *Detraditionalization: Critical reflexions on authority and identity*. Edited by HEELAS, P. LASH, S. & MORRIS, P. Cambridge, Oxford: Blackwell Publishers, 1996. p. 62

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. The paradoxo form. In: BAECKER, Dirk. *Problems of form*. Translated by Michael Irmscher, with Leah Edwards. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 15-26. p. 22, in. Problems of form. Tradução livre: “permite-nos compreender o mundo na forma de classificações”. Ver ainda: HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 81, onde o autor explica que “Segundo as regras da lógica, a definição faz-se pela indicação do género e da diferença específica.”

²⁵⁶ O que nos traz de volta àquela discussão sobre a diferença entre ontologia e epistemologia.

no de acuerdo a un cosmos ordenado por esencias que se estructura según los géneros y las especies.²⁵⁷”

A tradição europeia trabalha sobre ontologias ao passo que os construtivistas de um modo geral, e Luhmann em particular, trabalham sobre considerações epistemológicas. Ao organizar o mundo em gêneros e espécies o pesquisador se depara com essências, encontra (deveras, cria) fundamentos últimos etc.

Para que, na última seção, possamos reconstruir algumas noções do direito, evitando a compreensão através de ontologias ou essências com sua classificação hierárquica do mundo, e utilizando uma compreensão baseada na observação de segunda ordem vamos aprofundar um pouco essa tradição ontológica.

Trata-se, a *genos technique*, da arte de distinguir, chamada de *diairesis* que assume uma forma particular de dialética²⁵⁸. Segundo Luhmann, Platão em “O Sofista” ensina que a divisão das coisas em classes pertence à ciência da dialética, e acrescenta que essa divisão dominou o pensamento europeu até Kant²⁵⁹. Assumimos que é dessa maneira que opera a dogmática jurídica. Ela se assenta numa técnica de conhecimento, antiga e arraigada, que utiliza-se do método dedutivo, e consiste em primeiramente dar a definição para em seguida proceder “à classificação hierárquica em gêneros e espécies (método da Dogmática)”²⁶⁰.

De outro lado, a teoria luhmanniana parte de uma distinta teoria do conhecimento, parte da protológica²⁶¹ de Spencer Brown, a qual procede mediante distinções e indicações.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.p. 94

²⁵⁸ Luhmann op. cit. A dialética, conforme Ferraz Jr., é a arte das contradições, e ao ensinar a discutir possibilitava que se chegasse aos primeiros princípios da ciência (Função Social, p. 28), para Aristóteles, ainda segundo o autor, os discursos dialéticos eram apenas os discursos verbais que formavam o **discurso comum**. Luhmann também vai no mesmo sentido: “Thus *diairesis* is obviously viewed as a strictly speculative, visionary synthesis of different things into one group that can be distinguished. And this is even offered as Science (episteme) for free people; one could almost say: as a civic Science.”. Tradução livre: “Assim, a *diairesis* é vista, obviamente, como uma síntese visionária, estritamente especulativa de coisas diferentes em um grupo que pode ser distinguido. E isso é até mesmo ofertado como ciência (episteme) para pessoas livres, poder-se-ia quase dizer: como uma ciência cívica.” LUHMANN, Niklas. The paradoxo form. In: BAECKER, Dirk. *Problems of form*. Translated by Michael Irscher, with Leah Edwards. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 22

²⁵⁹ LUHMANN, N. Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts. In *Detraditionalization: Critical reflexions on authority and identity*. Edited by HEELAS, P. LASH, S. & MORRIS, P. Cambridge, Oxford: Blackwell Publishers, 1996. p. 62

²⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39

²⁶¹ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006

Azevedo ilustra a maneira como são construídas as definições. Suas reflexões sobre a distinção entre a ideia de negócio jurídico e a definição de negócio jurídico ajudam a refletir sobre o contrato, ele inicia assim suas ponderações:

Na verdade, há muitas vezes, a propósito do negócio jurídico, confusão explícita ou implícita, entre o conceito e as formulações doutrinárias sobre o próprio conceito. “Conceito” é ideia e “formulação do conceito” é a definição que se dá, o entendimento que se tem. Ora, quando se afirma que o conceito de negócio jurídico – ou, como também se diz mais corretamente, sua teoria – surgiu com o Iluminismo e foi desenvolvido pela Pandectista alemã do século passado, acaba por se confundir a ideia do negócio jurídico com a sua formulação daquela época. A partir daí, a crítica de que o negócio jurídico é conceito “abstrato”, artificial, doutrinário, torna-se inevitável²⁶².

Aproveitamos essas conclusões com respeito ao negócio jurídico para o contrato. O autor pretende que não é o conceito de negócio jurídico que é abstrato, artificial etc, mas sua formulação. De igual maneira, podemos dizer que a afirmação recorrente de que “o contrato tem as suas raízes na teoria elaborada pelos jusnaturalistas holandeses e alemães do século XVII”²⁶³ precisa ser entendida não como referente às operações econômicas realizadas na prática, isso obviamente já existia antes, segundo Azevedo até mesmo em sociedades primitivas. Essa afirmação respeita somente à sua “formalização jurídica” através do sistema do direito, ou seja, das leis, das sentenças etc.

Azevedo diferencia conceito (ideia) e definição. Para ele quando se fala em conceito, o que se quer indicar é a ideia, não como algo abstrato, “que só exista na cabeça”, mas uma realidade concreta. Então, no caso, de negócio jurídico, se se quiser apontar o momento em que surgiu esse conceito a resposta será desde “todo o sempre, porque ‘negócio jurídico’ não é conceito criado pela doutrina – conceito técnico – e sim conceito real, concreto, próprio do homem vivendo em sociedade”²⁶⁴.

Ao contrário, é possível apontar o momento ou pelo menos um período em que surgiu a definição doutrinária do negócio jurídico. O negócio jurídico teria surgido na modernidade, com o iluminismo. Antes disso, porém, não é que não havia negócios jurídicos, não existia ainda a sua “definição” doutrinária²⁶⁵.

²⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43.

²⁶³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9

²⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43

²⁶⁵ Azevedo aponta a primeira formulação de negócio jurídico na obra de Nettelblad, em 1749.

Na esteira da exposição desse civilista, é possível, amparado na lição de Biondo Biondi, mostrar como a definição de contrato (e de negócio jurídico) é alcançada através de abstrações sucessivas:

O negócio jurídico é uma categoria abstrata elaborada pela doutrina moderna – sobretudo, alemã, da qual deriva o termo (*Rechtsgeschäft*) – com base nos elementos que os tipos de negócios singulares apresentam. É uma categoria muito ampla que compreende figuras jurídicas várias e heterogêneas: casamento e contrato, adoção e testamento, aceitação e renúncia de herança etc. A noção de negócio jurídico é uma fase de abstração em matéria de atos jurídicos. Da venda realizada entre A e B, e entre C e D (figuras concretas), se sobe à noção de compra e venda (primeira abstração); considerando, depois, a compra e venda, a locação e outras figuras similares, se atinge uma segunda abstração, que determina a noção de contrato; considerando, ainda, os contratos e os outros atos jurídicos, como por exemplo o testamento, o casamento, a aceitação de herança, se atinge uma ulterior abstração, constituída precisamente pelo negócio jurídico.²⁶⁶

Mas Azevedo vai um pouco além, pois não concorda que as coisas se deem exatamente assim. Quando ele distingue definição de conceito fica claro que o propósito é estabelecer que na verdade não são as abstrações que levam ao conceito mas o inverso, porque já se tem o conceito é que se pode chegar às abstrações²⁶⁷, ele inverte, portanto, essa lógica.

Sua argumentação se sustenta na classificação de Regis Jolivet com relação à perfeição das ideias, em: ideias adequadas e inadequadas, claras e obscuras e distintas e confusas. Para uma ideia ser clara ela precisa ser suficiente para fazer reconhecer seu objeto. Para ser distinta ou nítida precisa revelar as notas características que compõem o seu objeto. Uma ideia pode, portanto, apesar de clara, ser confusa. Dessa maneira é que ele pode afirmar que qualquer povo sempre teve a ideia clara de negócio jurídico ainda que confusa²⁶⁸, por não possuir ainda todas (ou pelo menos as principais) as suas notas características. Quando juristas e filósofos elaboram um conceito eles nada mais fazem, se bem compreendemos o pensamento de Azevedo, senão conferir nitidez a uma ideia já existente²⁶⁹.

²⁶⁶AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43

²⁶⁷AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44.

²⁶⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44

²⁶⁹E se a ideia é já existente, notem que não se trata de construção. Trata-se antes de descoberta. Não é uma maneira de ver as coisas é questão de descobrir a verdade.

Ora, com base nessas anotações que acabamos de fazer o conceito de contrato é uma segunda abstração nesse jogo de taxonomia jurídica (a primeira seria a noção de compra e venda, doação etc) e o negócio jurídico por sua vez se atinge com uma terceira abstração.

Orlando de Carvalho colaciona críticas às formas como os Códigos modernos organizam a matéria fincados nessas abstrações, típicas da Pandectística, as quais se manifestam sobretudo em uma parte geral (como é o caso do Código Civil Brasileiro). Abaixo um trecho, crítico desse proceder, trazido por Carvalho da exposição de motivos do Código Civil Húngaro:

A noção, as espécies, a formação, a modificação, a execução e a extinção dos negócios jurídicos, encontram-se em conexão estreita com o regime dos contratos: realmente, o negócio jurídico não é mais do que uma abstração artificial deduzida dos elementos constitutivos do contrato quando postos no mesmo plano dos casos anômalos dos negócios jurídicos unilaterais. Ora, essa abstração não tem em conta que a realidade a regular é, na maioria das vezes, o contrato. Em lugar de estabelecer o contrato como ponto de partida, estabelecendo as regras deste último para as completar em seguida com as regras respeitantes aos casos anômalos dos negócios jurídicos unilaterais, esta concepção parte da construção abstracta do negócio jurídico. O seu ponto de partida não é, pois, a regulamentação de um fenómeno real e típico, mas uma forma jurídica abstracta.²⁷⁰

Ocorre uma alienação do direito com respeito à realidade e ele se encontra a trabalhar e a discutir abstrações. Essa abstração tão incutida nos códigos modernos descamba para o favorecimento do mais forte e deixa o mais vulnerável ao desamparo da lei.

Paolo Grossi afirma, no mesmo sentido, que “O Código fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo “ter” e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (...)”²⁷¹.

E contrato funciona nesse quadro como instrumento de inclusão e exclusão. Por detrás da suposta proteção indistintamente conferida a todas as pessoas está protegido somente aquele que tem o poder de fazer valer os seus direitos: o burguês.

O *homo jurídico* do Código de Napoleão (marco da modernidade jurídica), afirma Orlando de Carvalho, citando Gabriel Marcel, não era tanto o homem abstrato

²⁷⁰ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 70.

²⁷¹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 130

dos enciclopedistas mas o burguês devorado por suas possessões, sedentário e proprietário²⁷², e prossegue afirmando que no Code iniciou-se a “linhagem dos grandes códigos civis de tradição antropocêntrica”²⁷³. De se notar que há algum tempo iniciou-se uma reação contra esse exagerado individualismo das grandes codificações, movimento a que se designa frequentemente como repersonalização do direito civil²⁷⁴.

A repersonalização do direito civil persegue sobretudo a igualdade material. Faz isso inserida em uma concepção essencialmente positivista do direito com o uso e o abuso da distinção entre princípios e regras. Confere-se aos princípios uma natureza normogenética e a doutrina e o judiciário passam a extrair cada vez mais normas que seriam somente manifestações do princípio em questão.

Merece uma menção (na seguinte subseção) esse esforço da doutrina que é uma maneira de apresentar também a contratualidade mais tradicional juntamente com algumas de suas releituras que nos pareceram relevantes para nossa pesquisa.

Mas cremos que se “[o] direito contratual não apareceu de repente e se consolidou devido à justiça axiomática de seus princípios”²⁷⁵, o desenvolvimento da contratualidade com o foco na distinção entre regras e princípios terá pouco poder para realizar a igualdade material. Tiger e Levy prosseguem:

O campo em que operam os contratos é limitado pelo sistema de relações econômicas, sistema este, por seu turno, determinado pelo nível de tecnologia, a força de classes opostas e, de modo geral, pelo estado de desenvolvimento dos meios de produção. Ter acesso a uma sofisticada teoria contratual não constitui garantia da presença do conjunto de forças necessário para colocá-la em vigor.²⁷⁶

E assim é porque muitos outros fatores (econômicos, sociais e institucionais) contam para a realização de qualquer programa que o direito se proponha a cumprir ou problema que a doutrina deseje ajudar a resolver.

Se a observação de segunda ordem na teoria do contrato (como veremos na seção 3) também não possui nenhuma garantia de indicar uma solução para esse

²⁷² CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 33

²⁷³ CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981. p. 35

²⁷⁴ Cf. CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981.

²⁷⁵ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 212

²⁷⁶ TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 212

problema da desigualdade, pelo menos ela permite fazer uma descrição acurada que talvez nos aproxime de outras possibilidades de solução.

2.3. O Contrato na doutrina tradicional

Enzo Roppo se esforça em distinguir o aspecto jurídico do contrato de seu aspecto econômico. Ele tece muitas ponderações a respeito da “realidade econômico-social” que subjaz ao contrato,²⁷⁷ há o contrato, conceito jurídico, mas há também o contrato operação-econômica. Ao tratar o tema dessa maneira, parece-nos que ele sugere que o lado econômico não seria uma construção social ao contrário de sua formalização jurídica.

Assim o contrato, espécie do gênero Negócio Jurídico, é instrumento de circulação de riquezas, ao mesmo tempo em que é também gênero que abriga as diversas espécies contratuais. Em direito o gênero indica a “natureza jurídica” e possibilita declarações do tipo “é da essência da compra e venda o ser um contrato bilateral oneroso”, ou como diz Enzo Roppo²⁷⁸ entender o conceito do contrato em sua “natureza íntima”.

Para Roppo, o “conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica”²⁷⁹, pois “falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediatamente – para a ideia de operação econômica²⁸⁰”. É para adquirir coisas, criar vínculos, circular a propriedade que se contrata.

O autor italiano aduz que a

formalização jurídica dá vida a um fenómeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios

²⁷⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7.

²⁷⁸ . ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7

²⁷⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7. Chamamos atenção para o vocabulário utilizado. Quando Roppo se refere a uma “essência” ainda mais “íntima” do contrato vemos aqui, como de costume aliás, o pensamento veteroeuropeu, que perpassado por “ontologias” indaga da natureza ou essência das coisas. Assim, quando o jurista fala de essência ele esconde que na verdade está construindo uma realidade e dá a entender que “apenas encontrou”, em suas investigações a fonte do ser do contrato, no caso as operações econômicas.

²⁸⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8

estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias (...)²⁸¹

E conclui, nessa distinção, que o contrato-conceito jurídico é distinto do contrato-operação econômica e que a formalização jurídica nunca será um fim em si mesma mas será sempre construída com vistas e em função da operação econômica²⁸².

Portanto a função dos contratos é a circulação de riquezas²⁸³, e Roppo chega a ser categórico e, coerentemente, estabelece: “Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que *onde não há operação económica, não pode haver nenhum contrato.*”²⁸⁴ Mas esse pensamento estreita o escopo contratual. Podemos conceder que quase sempre há operações econômicas envolvidas nos contratos mas não só à economia serve o contrato. O casamento é um exemplo disso e malgrado possua seus efeitos econômicos não dá para dizer que casar seja uma operação econômica.

O contrato moderno apresenta duas fases. Na primeira adere aos “valores iluministas da liberdade e igualdade”, na segunda, mais recente, admite maior ingerência na autonomia privada através de regras interventivas²⁸⁵. Em sua primeira fase o regime do contrato está de acordo com a concepção das necessidades da nova classe burguesa em ascensão²⁸⁶, já na segunda fase as questões focam a igualdade material.

Dessa primeira fase herdamos uma tríade de princípios aos quais a segunda fase acrescentou outros três. Uma boa síntese dos dogmas, ou na linguagem jurídica corrente, princípios, da contratualidade no Brasil é apresentada por

²⁸¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9

²⁸² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9

²⁸³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10

²⁸⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. 11. Grifos originais.

²⁸⁵ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

²⁸⁶ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 148.

Tepedino et al da maneira seguinte: o direito contratual clássico se assenta sobre três pilares, decorrentes da liberdade contratual, que são o “da autonomia privada, o da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), e o da relatividade dos pactos²⁸⁷. Esses princípios seriam afetados e alterados qualitativamente pelos “novos” princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico financeiro entre as prestações e a função social do contrato²⁸⁸. Essa tríade principiológica tenta colocar certos freios e controlar a liberdade contratual, que quando exercida sem peias configura instrumento de subjugação das pessoas.

A aplicação dos novos princípios desfigura o contrato em sua concepção liberal-burguesa que no Brasil, por exemplo, vigorou pelo menos desde o Código Civil de 1916, na qual a liberdade contratual se estampava com todo vigor, trazendo assim outros elementos de incerteza a relação contratual.

Foi a pandectista alemã, como visto, que erigiu cientificamente (professoralmente) a categoria do contrato, que assim como o direito das obrigações tornou-se uma categoria a-histórica²⁸⁹ e neutra. Naturalizou-se assim, embora hoje (e faz um certo tempo já) estudos conduzidos sob uma base predominantemente positivista de interpretação conforme à constituição, sejam críticos a isso e passaram a apontar as falhas e insuficiências dessa abordagem, remodelando os institutos de direito civil. Trata-se como se vê da atualização de outras potencialidades, de outras combinações de elementos, que se apresentam agora como necessárias em vista de a sociedade ter-se diferenciado funcionalmente, ter ficado mais complexa²⁹⁰.

Günther Teubner critica o reducionismo da contratualidade ao sistema econômico: “a doutrina dominante (...) entendeu, durante os últimos 200 anos, que o contrato comercial é o modelo de qualquer atividade contratual, ignorando de forma sistemática, tradições alternativas do pensamento contratual²⁹¹.” Para a

²⁸⁷ TEPEDINO, G. (Coord.) et. al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6

²⁸⁸ TEPEDINO, G. (Coord.) et. al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 7.

²⁸⁹ Tepedino, *Obrigações*.

²⁹⁰ Com base em Luhmann se pode falar em atualização da realidade pela combinação de elementos. Chegando a um resultado semelhante (qual seja, a revisão dos conceitos da dogmática) Tercio Sampaio fala da atuação do método zetético por oposição ao dogmático. Mas considerando que essa revisão não pode ser tão constante a ponto de ninguém mais conseguir identificar um instituto do direito é certo que a revisão se consolida em novos dogmas que logo terão de ser revistos em um movimento dialético sem fim.

²⁹¹ Policontextualidade p. 272-273.

demonstração do ponto ele recorre à interpretação de um afresco, do Bom e do Mau Governo, de 1338 de Ambrogio Lorenzetti²⁹²:

(...) o direito privado- simbolizado pelo *vinculum juris* que une todos os aspectos da sociedade – liga os homens com o domínio político orientado para o bem comum, que ampara as relações jurídicas privadas com seu poder e está a disposição para sua imposição, sendo que essa força, por sua vez, é legitimada pela relação contratual.

Um vínculo de direito “**que une todos os aspectos da sociedade**” ressaltando sua não limitação ao aspecto econômico. De fato, o contrato não pode ser apenas uma troca econômica protegida pelo direito²⁹³.

Registramos que existe a ideia nítida de contrato traduzida numa fórmula jurídica bem como existe outrossim uma realidade extrajurídica, que no caso é a realidade econômica, onde existe o contrato ainda que de forma confusa²⁹⁴. Colocando dessa forma parece que a realidade econômica é “mais real” do que a realidade jurídica, pois essa existe em função daquela. Ou, talvez seja mais exato dizer que existem aspectos econômicos e jurídicos do contrato (entre outros aspectos identificáveis), que possuindo uma existência na vida real, são tomados pela economia e pelo direito e ali recebem uma definição mais nítida de seus contornos, em suas “formulações”.

O que Teubner e Lopes Jr. propõem é uma releitura sistêmica do contrato que tome em conta a sociedade policontextural, abandonando de certa forma o binômio tensivo que reside na dicotomia entre público-privado. O contrato seria mais que mero ato de pagamento e mais que uma obrigação jurídica temporal²⁹⁵.

Entremeado nas relações sociais e onipresente o contrato é vital para as organizações como para as pessoas. Sem contratar as pessoas não conseguem se realizar, sem contratar as organizações não podem existir e isso tudo vai muito além do aspecto meramente econômico.

²⁹² Talvez não tão inusitada se atentarmos quantos juristas têm feito uso da mesma figura. Ost. Guadalini.

²⁹³ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

²⁹⁴ Sistemicamente diríamos que existe um evento (o contrato) que é significado e ressignificado dentro de cada sistema social.

²⁹⁵ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

3. O CONTRATO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Again, the discovery we all have to make for ourselves is the following postulate: *the environment as we perceive it is our invention*. (Heinz von Foerster)

Vimos nas seções anteriores o tratamento sistêmico do risco e noções a respeito da contratualidade buscando inserir ambos os estudos no contexto histórico da modernidade.

Foi apresentada uma sistematização, certo vocabulário na seção 2, que fala em “natureza”, “essência” e que por esse motivo não se encaixa bem em uma teoria dos sistemas que observa apenas operações, só-efetuações²⁹⁶. No lugar de essências colocamos acontecimentos ou eventos. Como dito, não estamos preocupados em revelar a natureza jurídica do contrato. Acreditamos que é inapropriado esse uso de palavras ou dito de outro modo, não existe a “natureza jurídica”, a não ser como autodescrição do sistema. E é nesse sentido que o contrato será uma operação, comunicação, decisão, que são uma mesma forma de dizer o mesmo, já que toda decisão é uma operação e uma comunicação no sistema.

Esperamos precisar nessa seção que o contrato é uma decisão e aproveitar no que couber o que a teoria da decisão jurídica tem elaborado para a decisão judicial.

Sustentamos, então, que o contrato seja visto sob a ótica da decisão. A decisão jurídica é uma operação que se encerra em uma estrutura recursiva, ao lado da interpretação e da argumentação jurídica. Além disso, as decisões estruturam as organizações (Luhmann, 2010), um tipo de sistema que se destaca na sociedade e que depende de uma medida de insegurança para existir.

A decisão jurídica, segundo propomos, delimita o espaço do risco e do perigo ao mesmo tempo em que inclui os contratantes em uma relação jurídica excluindo todos os não contratantes dessa relação. Se em certo sentido se pode conceber a

²⁹⁶ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

decisão como a conversão da incerteza em risco²⁹⁷ nossa hipótese é a de que isso vale também para o contrato.

O contrato é um instrumento fundamental para monetarização do risco e o sistema econômico é o último recurso contra os riscos que vêm de todas as direções²⁹⁸. As anotações precedentes (na seção 2, sobretudo na subseção 2.3) sobre a sobrevalorização do aspecto econômico não significa que se deve menoscar o papel da economia. Valem mais, tais anotações, contra o excesso que essa visão carrega e que compromete a percepção do contrato de forma mais adequada.

O risco na verdade não é eliminado pelo sistema econômico (já sabemos de sua insistência), apenas se dá uma compensação financeira a ele. Para dizer isso de forma mais exata com a terminologia com que temos nos esforçado nesse estudo diríamos que o perigo e a insegurança/incerteza assumem a forma de risco a partir da decisão que se toma.

Já vimos também, na seção anterior, que o direito como instrumento de dominação de uma classe burguesa se convola em fator de exclusão e o contrato não escapa de participar desse mister. Agora pensaremos como a teoria dos sistemas autopoieticos lida com a exclusão.

Cuidando do risco na Sociedade Contemporânea, De Giorgi dá um exemplo dramático no qual a monetarização do risco mediante os contratos provoca exclusão. Nos EUA o governo passou para as organizações privadas os instrumentos e estruturas para a proteção civil após a catástrofe de Nova Orleans²⁹⁹ de modo que, na próxima catástrofe, “quem não tem condições de pagar o helicóptero de salvamento, tristemente se afogará com móveis da casa onde vivia. O argumento é: maior eficiência! A realidade é: maior exclusão!³⁰⁰”.

De modo que se expõe a perigos aquele que não possui condições de contratar. O contrato é exclusivo/inclusivo, decerto que o pancontratualismo não significa que as pessoas contratam o tempo todo e tudo aquilo que necessitam. O

²⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción e introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1997.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 175.

²⁹⁹ Quando a cidade teve 80% da área inundada pela passagem do furacão Katrina. Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/08/1674841-veja-nova-orleans-destruida-pelo-katrina-e-reconstruida-apos-dez-anos.shtml>.

³⁰⁰ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. V.9, n.1 p. 37-49, Mar./Jun.2008

não poder contratar é uma forma evidente de exclusão. Não possuir condições de contratar significa na maioria das vezes insuficiência de recursos financeiros. Os exemplos que vamos repetindo são os do contrato de seguro e os dos planos de saúde. Vamos registrar, como de costume, o nosso roteiro nessa última seção.

Luhmann³⁰¹ entende que o contrato (bem como a propriedade) é um acoplamento estrutural³⁰² entre o sistema econômico e o jurídico. Partimos dessa ideia mas ao mesmo tempo entendemos que não apenas ali o contrato serve de acoplamento estrutural e que ele pode ser um acoplamento entre outros sistemas, por exemplo, entre o sistema da saúde e o direito e a economia, o amor etc³⁰³. Em qualquer caso será sempre, e antes de tudo, uma decisão.

Se estabelecemos que o contrato é uma decisão jurídica deveremos considerar primeiro que ele cria uma vinculação com o futuro participando, dessa maneira, da função de estabilização geral normativa. O futuro é o campo onde medra a insegurança e a incerteza. Segundo Rocha, o direito, do ponto de vista dogmático, é um mecanismo para controle e garantia do passado, de um ponto de vista crítico ele pode ser “uma promessa ou algo que aponta para o futuro”.³⁰⁴

Se extrairmos todas as implicações do que acabamos de dizer sobre o contrato, como acoplamento estrutural e como decisão jurídica, dentro do referencial teórico dos sistemas autopoieticos podemos considerá-lo: 1) uma decisão, 2) uma comunicação da sociedade, 3) um evento, isto é, uma operação sem nenhuma duração, 4) um acoplamento estrutural, 5) que provoca sempre e ao mesmo tempo a inclusão e a exclusão, 6) que gera assim também desigualdade 7) e que irradia “efeitos” em diversos sistemas sociais, organizações e sistemas de interação, ou em termos mais precisos, um evento que irrita diferentes sistemas, ou seja, que é trabalhado como informação no âmbito de variados sistemas, 8) que delimita espaços arriscados de espaços perigosos.

Essa decomposição analítica do que implica ser uma decisão é a base para as considerações, bastante preñes de sentidos que tentaremos acompanhar

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

³⁰² Abaixo esclareceremos o que é um acoplamento estrutural.

³⁰³ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. V.9, n.1 p. 37-49, Mar./Jun.2008. Nesse artigo, como temos visto, De Giorgi mostra o contrato acoplado saúde, economia e direito.

³⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo. DUARTE, Francisco Carlos. Coordenadores. *A construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012. p.18

desenvolver abaixo. A ordem em que apresentamos as noções acima não é o mais importante.

Nesse emaranhado de conceitos encontramos às vezes maneiras diferentes de dizer o mesmo, ou aspectos que estão interligados dentro da arquitetura luhmanniana.

As subseções seguintes tentarão esclarecer com maior profundidade o que são os acoplamentos estruturais e o que são decisões. Esses conceitos merecem maior atenção. Também importa contrastar, ainda que *en passant*, a função do direito em Luhmann e nas nossas descrições usuais do direito. Queremos afastar da noção que se tem da função do direito qualquer traço que o ligue a uma suposta segurança jurídica ao mesmo tempo que indicamos qual a participação do contrato na função do direito.

Os demais conceitos receberão uma abordagem apenas lateralmente. As questões são tão emaranhadas que fica complicado separá-las radicalmente e não devemos nos estender nos conceitos mais básicos dessa teoria, como comunicação ou evento. As distinções exclusão/inclusão e igual/desigual também requerem alguma atenção. Elas são como os efeitos que identificamos no “ato” (decisão) de contratar tanto quanto o vínculo que o contrato estabelece com o ignoto futuro.

3.1. A função do direito em Niklas Luhmann

O propósito do direito, sua função, o para quê serve, pode ser indicado de maneiras diferentes. Hespánha fala nas seguintes funções sociais do direito: a) estabelecer a igualdade entre os cidadãos, b) de elemento racionalizador da interação social (Habermas), c) fator de segurança, d) fator de eficiência (Posner) e e) instrumento de domínio de um grupo social³⁰⁵. Mello entende servir a adaptação social³⁰⁶, Bandeira de Mello entende ser a segurança jurídica³⁰⁷. Outros, como

³⁰⁵ Cf. HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

³⁰⁶ MELLO, M.B de. *Teoria do Fato Jurídico*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

Lopes Jr., entendem que a função do direito é impedir a tendência totalitária dos demais discursos jurídicos³⁰⁸.

Quanto à adaptação social, é um conceito que Pontes de Miranda³⁰⁹ utilizava no sentido de Darwin, de adaptação ao meio, pois as condições físicas e suas consequências é que determinam muitos traços dos grupos sociais, sociedades. A vemos, como Foerster, um procedimento de trivialização, no sentido de tornar um comportamento previsível. As crianças no seio da família ou na escola estão inseridas em institutos de trivialização, que as conformam de maneira que podemos esperar quais serão seus comportamentos. Ela tem a ver com a previsibilidade da conduta.

Com relação à segurança, Hespanha adiciona que “[p]or muito longínquas que as questões possam parecer, a legitimação democrática do direito relaciona-se também com a segurança que ele garante à vida social, com a previsibilidade que ele empresta aos acontecimentos futuros”³¹⁰.

Bandeira de Mello segue, em sentido próximo ao do jurista português, afirmando que “[e]sta *previsibilidade* ensejada pelo Direito é um requisito conatural a ele, pois disto depende o cumprimento de sua *razão de existir*: induzir os homens a se comportarem de um dado modo, e não de outro, para que possa ser organizada satisfatoriamente a vida social”³¹¹. Seu argumento se fecha assim:

Portanto, é a segurança, a estabilidade, o que condiciona a ação humana. Essa é a normalidade das coisas. Daí que o Direito não poderia alhear-se disto. Não teria sequer como prosperar a não ser apoiado sobre esta base estrutural. Eis por que o *princípio da segurança jurídica* é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida³¹².

Não é difícil flagrar em Bandeira de Mello expressões que denotam a tradicional base ontológica: “razão de existir”, “princípio fundamental”, “conatural”,

³⁰⁸ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 167.

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo I. Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 187

³¹⁰ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 202 e seguintes. p. 202.

³¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11, grifo no original.

³¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 12.

“sua base”, “ponto de partida”. Não há nenhum problema nisso, porém, no presente estudo, como sabido, nos posicionamos a partir do modo de pensar epistemológico.

Dentro do tópico que trata da função do direito como um “fator de segurança”, Hespanha inclui Luhmann³¹³, sobretudo, assim nos parece, por suas ideias a respeito da redução de complexidade do mundo a partir da “criação de sistemas que fomentem a previsibilidade e, assim, reduzam o risco e aumentem a confiança”³¹⁴. A segurança, todavia, para Luhmann, é apenas uma ficção operativa do sistema.

O direito deve possuir, para Luhmann, uma única função embora seja possível haver subfunções. Sua função é a estabilização de expectativas normativas, permitir saber quais expectativas possuem e quais não possuem resguardo social³¹⁵: “[I]a norma la consideramos, más bien, como una de las formas de la función general de estabilización, que adquiere cualidad jurídica porque esta distinguida dentro del sistema del derecho.”³¹⁶.

A pergunta que colocamos e desenvolvemos é se o contrato seria ao lado da norma jurídica uma, dentre outras, dessas formas que cumprem a função geral de estabilização no sistema do direito. A resposta parece positiva seja a partir da teoria dos sistemas autopoieticos seja a partir das abordagens mais tradicionais, pois adaptação social e segurança jurídica geram estabilidade.

A decisão também reduz o escopo de possibilidades futuras, e sempre é possível pensar o contrato como uma maneira de vincular o futuro e cuja vinculação mesma reforça expectativas e cria estabilidades.

³¹³ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópico do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 202 e seguintes.

³¹⁴ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópico do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 210. Bem analisadas, as considerações de Hespanha a respeito de Luhmann parecem um pouco discrepantes do que realmente disse Luhmann, mas o que importa é mostrar como são variadas as funções que podemos assinalar ao direito e anotar que há quem entenda que a “redução de complexidade” pode se relacionar com a segurança.

³¹⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 91. Ver citação de Sociologia do direito. Nessa concepção parece ser possível acomodar tanto a adaptação social quanto a segurança jurídica uma vez que a expectativa normativa se liga com elas.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 94.

Possivelmente em razão dessa estabilidade é que, no livro *Sistemas Sociais*, Luhmann acentua que o Direito funciona como um sistema imunológico do sistema social³¹⁷.

Ele também gera essencialmente certezas para expectativas de comportamento não autoevidentes. Mas essa função da generalização da expectativa, em face de expectativas de comportamento arriscadas, parece estar ligada ao sistema imunológico da sociedade. (...). Vê-se esse nexo entre direito e sistema imunológico de maneira mais clara quando se observa que o direito é formado *em meio a uma antecipação de conflitos possíveis*. A perspectiva de conflito extrai das expectativas cotidianas formadas maciçamente aquelas expectativas que se ratificarão em caso de conflito.³¹⁸

No final, ter no direito uma espécie de sistema imunológico não é outra coisa senão reafirmar a função de estabilização de expectativas normativas, a qual o contrato também cumpre. Conflitos de natureza econômica (do sistema econômico) são decididos pelo direito. Parece que na imunologia dos sistemas sociais também se encaixa muito bem a concepção de que o direito deve frear a tendência totalitária dos demais sistemas.

Aproveitando dessa função premonitória e imunológica do direito, que lhe reconhece a teoria dos sistemas, sugerimos que o contrato dela participa. Fazemos isso ao estender algumas das afirmações feitas ao direito em geral para a área específica do Direito dos Contratos.

Começamos com a seguinte passagem e pelo conceito de acoplamento estrutural:

(...) aun cuando el sistema de derecho se encuentre estructuralmente acoplado con el sistema político y con el sistema económico por medio de instituciones (Constitución, propiedad, contrato), esto no representa ninguna garantía de una coordinación invariante en el tiempo, sino, tan sólo: garantía de una suficiente especificidad para el reconocimiento de sorpresas multifacéticas.

Los acoplamientos estructurales, **con su doble efecto de inclusión y exclusión** hacen más fácil la concentración de la irritabilidad; lo mismo que preparan, en el ámbito de sus posibilidades, para las contingencias³¹⁹.

Luhmann parte da noção de que alguns institutos fundamentais da modernidade jurídica³²⁰ são acoplamentos estruturais. Trata-se de acontecimentos,

³¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016a. p. 424

³¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016a p. 425; Ver também na página 429 a frase o tempo é um multiplicador de contradições.

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 318 grifamos.

de eventos, que produzem inclusão e exclusão. Sobre esse conceito de acoplamento leciona Esposito et al.

Con un concetto di Maturana, si indica con accoppiamento strutturale la relazione tra un sistema e i presupposti ambientali che devono essere dati perché esso possa proseguire nella propria autopoiesi. (...) Quando tra due sistemi si verifica un accoppiamento strutturale, esso non porta mai ad una fusione tra di essi o ad un coordinamento stabile delle rispettive operazioni. L'accoppiamento strutturale si realizza in corrispondenza ad un evento [v.evento], che scompare nel momento stesso della sua apparizione (...) Un'unica comunicazione può costituire un elemento di più sistemi di funzione, senza che con questo si annulli la loro differenziazione; un'offerta in chiesa, ad esempio, è nello stesso tempo un'operazione del sistema econômico e del sistema religioso, ma ha conseguenze differenti nei diversi sistemi coinvolti: il suo significato religioso non coincide con quello economico³²¹.

O acoplamento estrutural se realiza em correspondência a um evento que desaparece no próprio instante em que aparece. Acoplamentos estruturais são, contudo, diferentes de acoplamentos operacionais no que respeita a sua duração, já que estes últimos não possuem uma “duração considerável”³²².

Mas devemos notar que se o acoplamento estrutural possui, *a contrario sensu*, uma duração considerável, o evento que lhe corresponde não, pois esse evento *scompare* (desaparece) no mesmo momento de sua aparição. Então parece contraditório dizer que o contrato é um evento e um acoplamento estrutural ao mesmo tempo, já que “o tempo” (a temporalização) deles são diferentes (um fugaz, o outro permanente).

É possível conciliar as duas posições da seguinte maneira. Ocorre que enquanto “acordo de vontades” o contrato é realmente um evento, que possui uma história, portanto, irrepitível (uma confirmação ou reafirmação de vontades seria um outro evento, ou, usando a teoria da ação, um outro ato/conduita). Mas a vinculação

³²⁰ Pelo menos alguns deles, como o contrato e a constituição, como diria Ost.

³²¹ BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 31-33, Tradução livre: “Com um conceito de Maturana, se indica com acoplamento estrutural a relação entre um sistema e os pressupostos ambientais que devem ser dados para que ele possa prosseguir em sua própria autopoiesis. Quando entre dois sistemas se verifica um acoplamento estrutural, isso não importa nunca na fusão entre eles ou em uma coordenação estável entre suas respectivas operações. O acoplamento estrutural se realiza em correspondência a um evento [v. evento] que desaparece no mesmo momento em que aparece. Uma única comunicação pode constituir um elemento de muitos sistemas sem que com isso se anulem as suas diferenciações, uma oferta na igreja, por exemplo, é ao mesmo tempo uma operação do sistema econômico e do sistema religioso, mas com consequências diferentes nos sistemas envolvidos: seu significado religioso não coincide com o seu econômico.

³²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.p. 675

para o futuro que ele provoca, a estabilização de expectativas, isso é o que lhe dá a permanência, “uma duração considerável”, e uma posição de acoplamento estrutural.

Aqui transparece a tentação de fazer uma leitura da dogmática tradicional usando as lentes da teoria dos sistemas, porém não é isso o que ocorre. Essa impressão surge de se falar em contrato (declaração ou acordo de vontades) e instrumento (escrito), memória, do contrato e na sequência identificar o primeiro com um evento, uma comunicação e o segundo com um acoplamento estrutural. Essa impressão é enganosa, todavia, embora nos pareça haver essa distinção entre contrato manifestação de vontade e contrato instrumento escrito e uma “quase” correspondência entre o primeiro e o evento e o segundo e o acoplamento estrutural.

O importante é que o contrato realiza o acoplamento estrutural entre diversos subsistemas sociais³²³. O tipo de acoplamento estrutural que a sociedade institui para “enlazar entre sí sus subsistemas y, al mismo tiempo, para limitar dicho enlazamiento” depende da forma de diferenciação da sociedade³²⁴. Somente quando na segunda metade do Século XVIII se reconhece a não identidade entre os sistemas econômico e político é que as instituições adquirem “la forma que hace posible un acoplamiento estructural de los subsistemas³²⁵.”

Com isso a diferenciação funcional surge como pressuposto de possibilidade dos acoplamentos estruturais. A teoria dos sistemas é fundada na distinção sistema e ambiente), com base naquela protológica da forma de Spencer Brown. A teoria de Luhmann é notável por se basear nessa lógica e na subseção seguinte recorreremos a mais duas distinções para completar nossa base de especulação.

Finalmente, para encerrar tenhamos em consideração que o direito regula a sociedade regulando a si mesmo, e por esse motivos os conflitos na sociedade, isto

³²³ LOPES Jr. valendo-se da teoria de Macneil afirma que os contratos não são “simples acoplamentos estruturais entre o direito e a economia mas um ato complexo de congruência entre sistemas comunicativos”. Cf. LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157.

³²⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 319

³²⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 322

é, nos demais sistemas sociais, são reconstruídos dentro do direito como conflitos de expectativas. Demandas não nascem jurídicas, elas precisam ser juridicamente reinventadas³²⁶. Ou como diz Ost, explicando o processo penal, o direito não se limita, em sua forma e linguagem socializadas, a repetir o passado, ele o regenera³²⁷.

Dessa maneira é que um evento social pode vir a ter relevância para mais de um sistema. Como no exemplo de Esposito a respeito do pagamento do dízimo na igreja (processado como informação, tanto no sistema religioso e econômico, como talvez no jurídico), e o contrato cuja relevância jurídica e econômica (dentre outras) nem carece mais ser ressaltada.

3.2. Desigualdade e Exclusão.

Para tratar da questão da desigualdade dentro desse referencial introduzimos mais duas distinções. Já vimos a forma risco e perigo. Veremos agora mais duas: inclusão/exclusão e igual/desigual. Começando com a distinção igual/desigual temos que:

Hasta la segunda mitad del siglo XVIII – en la que prevalece una perspectiva económica – la propiedad y el contrato se justifican todavía apelando a la naturaleza. Si se observa con mayor cuidado, en ambos casos, resulta válido, en cierta medida, esquema igual/desigual como la distinción que hace operativo lo que la naturaleza exige. En relación a la propiedad se afirma que la creación de los seres humanos há sido, certamente, una creación de seres iguales entre sí, a saber: sin 'bienes'; pero que el desarrollo de la sociedad, en consideración de ventajas mayores, conduce a la *desigualdad*. La desigualdad se justifica, en parte, por razones políticas (necesidad de una diferenciación entre gobernantes y gobernados.) Por el contrario, en el caso del pensamiento contractual se mantiene la *igualdad* de los contratantes, teniéndose en mente con esto la igualdad de la libertad para una decisión volitiva (aunque, por supuesto, no la igualdad de las relaciones de propiedad.³²⁸

Comparando com o que anotamos na seção 2 a respeito da igualdade do contrato notamos que o esquema, naturalizado, igual/desigual presta-se a justificar

³²⁶ LOPES JR. Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 155.

³²⁷ OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 14

³²⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 322-323.

tanto a propriedade como o contrato, mas isso ocorre de maneira assimétrica, pois nossa sociedade consegue combinar admiravelmente desigualdade da propriedade e igualdade dos contratantes³²⁹.

Diz-se que, naturalmente, os seres humanos nascem iguais mas aos poucos vão se desigualando à medida em que a sociedade se desenvolve. Chega o momento em que existem seres humanos com bens e seres humanos sem bens e tudo conforme a natureza das coisas.

Com relação ao contrato, porém, uma vez atingida a distinção proprietário/não proprietário, mantém-se a ideia de igualdade entre os contratantes apesar da diferença nas relações proprietárias. A igualdade reside no momento decisório não no aspecto material, é apenas uma igualdade formal.

Paulo Grossi cita uma passagem de Anatole France que traduz magistralmente o que é a igualdade formal: “la majesteuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain »³³⁰

O contrato (4) provoca sempre inclusão e exclusão. Retomamos agora dois trechos, um onde Luhmann asseverou que acoplamentos estruturais possuem um efeito duplo, de exclusão e inclusão³³¹ e outro onde ele destaca o esquema igual/desigual³³². Em qualquer caso “[c]omo siempre, también en el caso del acceso al derecho, tales acoplamientos privilegian a las clases altas³³³”. Acreditamos ser possível extrair as seguintes possibilidades desse referencial quando relacionamos o contrato e o risco. Primeiro os riscos inerentes ao próprio contrato que dizem respeito

³²⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 323.

³³⁰ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.128. Tradução de Arno dal Ri Júnior: “a majestosa igualdade das leis, que proíbe ao rico e ao pobre de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas e de roubar o pão.”

³³¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 318

³³² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 243.

³³³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 320. Quando faz essa afirmação Luhmann está cuidando da sociedade com a diferenciação primária estratificada mas tais arrazoados se encaixam também na sociedade diferenciada funcionalmente.

à sua execução, e que dependem das ulteriores operações, cuja operação de pagamento, como derradeira operação seria o atingimento do fim visado pelas partes.

Mas uma outra proposta de leitura do contrato, olha aquilo que ele inclui e aquilo que ele exclui, é descrição do contrato, como oportunidade para os contratantes (como Dantas já percebera), que faz com que eles assumam, nessa perspectiva um risco. Todavia, o contrato, vencida a ideia da sua relatividade, produz além dos efeitos entre as partes efeitos na sociedade e para todos esses envolvidos que não decidiram o contrato é um perigo ou, às vezes, são os terceiros que aparecem como um perigo ou ameaça para a relação contratual.

Normalmente, nesse tipo de contrato, onde se pode falar de função social, o vulto dos negócios costuma ser de maior monta. O exemplo paradigmático é o de Azevedo³³⁴ com o contrato de fornecimento. Em seu parecer ele busca responder se os postos que usam determinada bandeira (Ipiranga, Shell etc.), mesmo sem cláusula de exclusividade expressa, estão obrigados a comprar sempre da marca cuja bandeira utilizam. Sua resposta é positiva, o que é equivalente a dizer que a cláusula de exclusividade está presente seja explícita seja implicitamente pelo mero uso da marca. A outra questão é saber se, violado o contrato, a distribuidora pode demandar apenas os postos revendedores ou se podem também demandar as demais distribuidoras que não eram partes na relação contratual. A resposta também foi positiva para essa questão e uma das bases que Azevedo se apoia para sustentar seu ponto é a função social do contrato, que se destina a integrar os contratos em uma ordem social harmônica.

O contrato deve ser considerado integradamente, portanto, nunca isoladamente da sociedade, e essa integração ajuda a entender um pouco da dinâmica do risco e do perigo, uma vez que está vencida há muito tempo a ideia de que o contrato só beneficia ou prejudica as partes.

De uma perspectiva da forma do risco em Luhmann (esquema risco/perigo) podemos relacionar os incluídos na relação contratual com o risco (embora também possa haver perigo para os contratantes que não exercem plenamente sua liberdade

³³⁴ Cf. (Parecer) Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

contratual, sobretudo nos contratos de adesão, quando não podem decidir sobre o conteúdo da pactuação, apenas decidir se firmam ou não o pacto). De outro lado, os afetados pelo contrato, excluídos da relação contratual, estão relacionados com o perigo. Isso fica mais evidente em contratos que produzem grandes modificações no meio ambiente, na sociedade.

Quando se diz que o contrato é um (3) evento, uma só efetuação. Isso decorre de ser ele uma decisão e uma ação, uma ação³³⁵. A decisão é, como a ação um evento, isto é, um elemento sistêmico sem duração própria³³⁶. O contrato é, assim, um evento e não um objeto. O instrumento escrito do contrato é um objeto que remete a esse evento, sua memória. Há consequências graves aqui inclusive para a operação de observação, pois, em primeiro lugar

To perceive an event requires more information, *cet. par.*, than to perceive an object, since it involves at least the perception of two objects at different points in time, a comparison of their patterns, and a conclusion that the later pattern is a modified state of the earlier one rather than a wholly different pattern³³⁷.

Luhmann adere a essa tese, de que a observação de eventos é mais custosa, e sua concepção tem na comunicação um “acontecimento, definição que melhor se aproxima da ideia de efemeridade. A comunicação quando se realiza logo se desfaz, surge e desaparece; o que a constitui como forma absolutamente fugaz”³³⁸.

A função social dos contratos enxerga os efeitos externos do contrato (externalidades) em um esquema de causa e efeito. O contrato como decisão arriscada elabora esses efeitos em uma perspectiva de inclusão e de exclusão.

3.3. Decisão jurídica e contrato

³³⁵ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareno. México: Herder, 2017. p. 382

³³⁶ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareno. México: Herder, 2017. 387

³³⁷ KUHN, Alfred. *The logic of social systems: A unified, deductive, system-based approach to social systems*. San Francisco, Washington, London: Jossey-Bass Publishers, 1976, p. 160-161. Tradução livre: “Perceber um evento requer mais informação, tudo estando igual, do que perceber um objeto, uma vez que isso envolve ao menos a percepção de dois objetos em diferentes pontos do tempo, uma comparação de seus padrões, e a conclusão de que o último padrão é um estado modificado de um estado anterior ao invés de um padrão totalmente diferente.”

³³⁸ ROCHA. L.S, AVEZEDO, G. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Rechts*. São Leopoldo. V. jul. dez. 2012. p. 197

O contrato é (2) comunicação e também (1) decisão. Se os riscos são aspectos da observação de decisões e o contrato é uma decisão cuja observação revela riscos.

Confrontaremos um problema, que aparece sob a forma do paradoxo, e que se opõe às questões que envolvem a decidibilidade, o problema da indecidibilidade.

Os seres humanos se veem constantemente compelidos a decidir³³⁹. Na sociologia, escrevia Luhmann em 1988, costuma-se trabalhar com a distinção entre conduta e ação, distinção na qual a pergunta que se faz é a respeito da voluntariedade ou não do “movimento próprio”, ao passo que se se trabalhasse com a distinção entre ação e decisão a ênfase seria no sentido próprio da ação ou no entendimento de se esse sentido é pensado como uma escolha entre alternativas com base em algum critério³⁴⁰.

Tais esquemas contribuem à delimitação das disciplinas. Luhmann ensina que com a ajuda do conceito de ação a sociologia pôde delimitar-se deixando para a biologia e à psicologia o conceito de conduta e para as ciências econômicas e outras disciplinas que cuidam de modelos normativos de decisão correta o conceito de decisão³⁴¹.

Conforme Rocha:

A teoria dos sistemas é uma teoria originalmente ligada (Talcott Parsons, *The Social System*, 1951) aos processos de tomadas de decisões, e estes são voltados à noção de Tempo. Decidir é fazer, é participar do processo de produção do futuro e, por isso, decidir é produzir Tempo. Decidir na teoria dos sistemas também é produzir uma diferença. A decisão é, portanto, fundamental para o entendimento de qualquer relacionamento mais direto com o problema do Tempo e, nessa linha de raciocínio, a Constituição pode ser um critério jurídico fundamental para o controle do Tempo³⁴².

Como dizíamos, no estudo da decisão jurídica, Luhmann traz à tona um problema emergente da complexidade do ambiente de decisão e que na verdade se trata de um paradoxo, na síntese de Simioni: “a decisão jurídica precisa decidir o

³³⁹ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareno. México: Herder, 2017. p. 377. Curioso notar, acostumados com a obra posterior de Luhmann, ele iniciar falando que os “seres humanos” se veem compelidos à decidir. Ainda mais com todo o esforço que ele fará para retirar a ênfase do homem como único sistema de referência.

³⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareno. México: Herder, 2017. p. 377

³⁴¹ LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareno. México: Herder, 2017. p. 378

³⁴² ROCHA, Leonel Severo. DUARTE, Francisco Carlos. Coordenadores. *A construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012. p.21

indecidível³⁴³". Essa afirmação, que se assemelha a uma aporia tem razão de ser porque em uma sociedade complexa a incerteza bruta do ambiente deve ser transformada em incerteza estruturada em alternativas de decisão para depois se tornar em certeza, após a decisão que escolheu uma das alternativas³⁴⁴. Ora, se isso é assim, precisamos reconhecer que nem a escolha do que se deve considerar como alternativas nem a subsequente escolha da alternativa "exata" são atos necessários, mas contingentes, que sempre poderiam ser de outra forma.

O paradoxo da decisão jurídica relaciona-se, portanto, com a mencionada incerteza (bruta) do ambiente e com a incerteza (estruturada) das alternativas de decisão, esse trecho vale a citação integral:

A decisão jurídica transforma a incerteza bruta do ambiente em uma incerteza estruturada na forma de alternativas que ela mesma decide serem alternativas igualmente possíveis. Mas a própria seleção das alternativas de decisão já é uma decisão. A decisão então decide sobre o seu próprio decidir. Decide sobre o que ela mesma já havia decidido. Ela escolhe uma alternativa dentre as alternativas que ela mesma decidiu tratar-se de alternativas. Este é o paradoxo da decisão: decidir o indecidível, decidir sobre sua própria impossibilidade de decisão, decidir pela escolha de apenas uma alternativa em detrimento das demais alternativas que a própria decisão decidiu tratar-se de alternativas possíveis.³⁴⁵

Notem a superposição sequencial de decisões. Uma primeira decisão leva às alternativas enquanto a outra, derradeira, as elimina. Após a decisão que constrói as alternativas as alternativas não são mais vistas como produto de uma decisão. Dessa forma a decisão transforma incerteza em risco. Como vemos, ela não se apoia em nenhuma necessidade, surge da contingência e é contingente. "A única certeza", escreve Simioni, "que a decisão pode ter é que ela está decidindo sobre condições de incerteza. Está decidindo sob condições arriscadas – se diz hoje."³⁴⁶

Desse modo, o risco é inerente ao contrato. Sejam lá quais incertezas ele substitui o fato é que ao contratar assumem-se riscos, outros riscos. Contudo, esse é o **ponto de vista** dos participantes da relação contratual. Tradicionalmente, no direito o risco não é entendido como um problema seu, mas como um problema

³⁴³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 722.

³⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.p. 722

³⁴⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

³⁴⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 724

econômico, político, administrativo, que lhe é externo, que não tem a ver com sua especificidade decisória³⁴⁷.

Simioni ensina que Luhmann observa a sociedade como formas de comunicação funcionalmente diferenciadas e que “[c]ada sistema disponibiliza uma racionalidade diferente para as decisões”³⁴⁸. O direito estrutura essa comunicação através do código da diferença direito e não direito. Para esse autor, com base em Luhmann:

Um evento qualquer da sociedade pode ser observado em termos de verdade e falsidade (código da ciência), como também pode ser observado em termos de pagamento e não pagamento (código da economia) e igualmente pode ser observado em termos de governo ou oposição (código da política) ou entre informação nova e redundância (código dos meios de comunicação de massa), entre outros inúmeros contextos de significação possíveis. **Mas se esse evento for observado em termos de direito ou não direito, então já se está fazendo referência ao sistema jurídico da sociedade.**³⁴⁹

Assim, conforme leciona Simioni, “torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais”³⁵⁰. Fora dos tribunais, portanto, extrajudicialmente, multiplicam-se as decisões jurídicas. Como só uma parte dos conflitos sociais chega ao judiciário, a decisão judicial é meramente uma pequena parcela, malgrado importante (cuja acentuada importância está na organização que a possibilita), das decisões jurídicas que acontecem na sociedade.

Dada a imbricação entre economia e direito e o pancontratualismo que vigora em nossa sociedade, cada compra e venda, por exemplo, é decisão econômica (sempre envolve o código pagamento/não pagamento) e é também decisão jurídica, pois observa o código direito/não direito.

No gênero decisão jurídica o contrato aparece como uma espécie das mais importantes, seja pela sua presença maciça seja pelos potenciais que realiza. E sendo decisão/comunicação produz potencialidades de sentido simultaneamente³⁵¹

³⁴⁷ LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 325

³⁴⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.. 712.

³⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. 712, grifamos

³⁵⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 712

³⁵¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 713.

pois, o contrato, enquanto um “evento qualquer da sociedade” pode ser observado diversamente por mais de um sistema funcional.

Isso porque podemos transitar, “como observador externo”³⁵² do sistema jurídico para o sistema econômico e verificar o contrato como decisão jurídica (direito/não direito) ou como decisão econômica (pagamento/não pagamento) tendo por certo que ele é ambas as coisas simultaneamente, entre outras possibilidades.

Com esse fundamento conclui-se que a decisão jurídica é toda decisão baseada no código direito/não direito, independentemente do seu endereço, isto é, independentemente de ter sido a decisão tomada dentro do âmbito das instituições, organizações legais do sistema jurídico (como tribunais, procuradorias, advocacia etc.)³⁵³. E decisão judicial aquela espécie de decisão jurídica tomada no âmbito da organização central do sistema jurídico, o Tribunal, ou seja, a decisão do juiz.

Dissemos na seção I que o risco passou a ter um sentido negativo em dado momento de sua história mas com Luhmann ele volta a ter um aspecto positivo. Por isso que os participantes da relação veem as vantagens contratuais enquanto os afetados pela relação só veem as desvantagens, o lado negativo.

O contrato provoca concomitantemente o oposto daquilo que é visado. Inclui uma pessoa no sistema de saúde, mas deixa milhares de fora. Provoca perigos ao meio ambiente que foram assumidos como riscos somente pelos empresários envolvidos. Quem não participa da relação contratual não tem expectativa de lucros, nem outra vantagem tangível, mas comumente sente as desvantagens, os ônus. Quando uma forma aumenta ambos os lados aumentam³⁵⁴.

Uma teoria unificada do contrato como decisão jurídica é complicada de alcançar. Pois há contratos cujo potencial (e a exclusão que provocam) não vai ao ponto de atingir diretamente terceiros. Outros contratos já ameaçam consumidores, meio ambiente etc.

Mas essa perspectiva de análise permite indagar, no primeiro caso, como podemos permitir maior acesso (mais igualdade) a contratos fundamentais, às

³⁵² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014., p. 712

³⁵³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 713.

³⁵⁴ Aproveitando o texto de De Giorgi vemos como o incremento do conhecimento faz crescer o não conhecimento. Cf. DE GIORGI. Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. V.9, n.1 p. 37-49, Mar./Jun.2008. Quanto mais se sabe mais patente fica o que não se sabe.

vezes, como no exemplo de Nova Orleans, vitais. No segundo caso, como podemos incrementar a legitimidade das intervenções que o contrato provoca na esfera de terceiros.

A teoria dos sistemas não costuma ter caráter normativo, a pretensão de indicar caminhos. Comumente repousa em um nível descritivo e o ponto a que chegamos é, nesse aspecto, satisfatório.

Mas podemos imaginar algumas respostas para os problemas mencionados. Para a questão da inclusão daqueles que não possuem condições financeiras materiais há sempre a possibilidade de diminuição de desigualdades por meio da redistribuição das rendas, o que passa pelo sistema tributário, e aumenta a presença do Estado. Nisso o exemplo do governo americano no caso de Nova Orleans vai na contramão, abandonando os vulneráveis à própria sorte.

No que respeita ao segundo caso, a solução seria trazer para o momento decisório contratual as pessoas atingidas. Contudo, dá para imaginar os novos problemas que isso traria, a burocratização dos negócios etc. principalmente se os atingidos pudessem impedir a celebração de acordos. De outro lado, ganharia eficiência a questão de compensação pelos prejuízos porventura causados que poderiam ser mais profundamente discutidos simplificando as demandas judiciais.

Decerto que essas questões apontam para outras investigações que vão além da proposta deste estudo, cuja pretensão era apenas descrever o contrato do ponto de vista da decisão a partir da referência aos riscos e perigos de que ele é portador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...) when one looks at “real” time, there’s a very big difference between the forward and backward directions, as we all know. Where does this difference between the past and the future come from? Why do we remember the past but not the future? (Stephen Hawking)

Vimos nessa pesquisa que o tema do risco permite múltiplas abordagens e seguimos o caminho iniciado por Luhmann. Deixamos algum registro sobre a tese da sociedade do risco, cujo grande expoente é Ulrich Beck, por ser uma concepção que ganhou notoriedade, talvez porque seja convincente dizer que nossa sociedade, em 80 como agora, é uma sociedade do risco³⁵⁵. Afinal de contas, e repetimos muito isso, o risco está em toda parte, é ubíquo e ineliminável, assim como os paradoxos, e chega a ser arriscado tentar evitá-lo.

Contudo, a presença constante do risco não basta para qualificar a sociedade como “do risco”, conforme desejava Beck, cuja tese funciona no velho esquema risco-segurança o qual o esquema risco-perigo veio substituir. O contraponto do risco migrou da segurança para o perigo.

Essa substituição foi um processo de desconstrução da noção tradicional de risco que Luhmann realizou deslocando-se da observação de primeira ordem (observação de objetos) para a observação de segunda ordem (observação de distinções).

A sociedade moderna e industrial criara o conceito de risco em contraponto ao de segurança. Era uma sociedade otimista com os avanços da ciência e da capacidade de domínio do homem sobre o ambiente, bem como com a possibilidade de prever com acuidade o futuro. Só na sociedade contemporânea sociólogos, como Beck, perceberam que não era justificado esse otimismo.

³⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 5. Luhmann diz que a função de alertar a sociedade sobre os riscos é preenchida sem nenhuma reflexão atualmente.

Todavia, se a sociedade está perpassada por riscos, isso, embora não autorize chamá-la “sociedade do risco”, permite concluir que o contrato (um evento ou objeto na sociedade) está imerso no risco, como tudo o mais³⁵⁶.

O conceito de risco é um conceito moderno. Porém, falar em modernidade, exige o esclarecimento do período a que nos referimos, pois a sociedade contemporânea muitas vezes é chamada de moderna, afinal a modernidade “não envelhece”. Então falamos, aproximadamente, em sociedade moderna para designar a sociedade que vai do século XVII até final do século XIX e sociedade contemporânea para designar a sociedade mundial que vai do século XX até o momento presente. E nosso estudo se desenvolve, na esteira dos sociólogos mencionados, no intermitente cotejo entre o moderno e o contemporâneo.

Esposito diz que a popularidade do risco reside predominantemente em sua urgência com o futuro. Ao passo que formulações tais como sociedade industrial, capitalista ou moderna, incluindo as versões com o prefixo pós (sociedade pós-industrial, pós capitalista ou pós-moderna) definem o presente com o olhar para o passado, a sociedade do risco o define com o olhar para o futuro³⁵⁷.

Nada obstante, fosse para falar de risco fosse para falar de contrato não pudemos escapar de voltar ao passado, há cerca de duzentos anos, na Europa, e conferir que ideias circulavam então. Há um motivo evidente para tanto: essas ideias ainda circulam, muitas vezes em versões diferentes, aprimoradas, mas montadas sobre aquela base. Sobretudo no direito a presença das noções modernas ainda é muito marcante e o contrato é um bom exemplo do que estamos afirmando.

Nesse caminho alguns paradoxos foram surgindo. Frank Knight já percebia em 1921, por exemplo, que a teoria econômica partia da noção da possibilidade de um conhecimento perfeito de dada situação para fazer suas previsões. Acreditar na existência de condições ideais simplifica muito a realidade. Existem condições ideais certamente no mundo das ideias, mas na realidade temos, conforme Luhmann,

³⁵⁶ Do mesmo modo que uma dissertação, como está, que cuida do contrato e do risco no contrato também assume vários riscos: perder-se no tema, ser mal compreendida, tomar um caminho equivocado, expressar-se confusamente, enfim, ter feito más escolhas etc. etc.

³⁵⁷ ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 3-4. No original: “The popularity of risk relies predominantly on the urgency of the future. Compared with other formulas, like those of industrial society, capitalistic society or modern society, with their respective ‘post-’ formulations (post-industrial, post-capitalistic or post-modern) that define the present by looking backwards, the risk society defines itself by looking forward.”. Só ressalvamos que a denominação “sociedade do risco” é inadequada conforme vimos expondo.

complexidade bruta e complexidade estruturada, o que interdita o acesso ao que virá a ser. Sem conhecimento completo o futuro é desconhecido, inseguro e arriscado. Conseguimos no máximo enxergá-lo enfiadamente, como que por uma fresta, e construir dessa visão nossas expectativas.

Além do mais, eis o paradoxo, de nada adianta procurar acumular informação ou conhecimento com vistas à tomada de decisões, pois com o aumento do conhecimento aumenta conjuntamente o não-conhecimento, de maneira que nunca existirá informação suficiente para decisões perfeitas, para “a” decisão correta³⁵⁸. E, se houvesse, nem haveria decisão. Pois a não necessidade (o não determinismo) das situações é que torna possível escolher entre alternativas, todas igualmente passíveis de escolha e por essa razão indecidíveis. A incerteza nunca é eliminada.

Por isso Luhmann alertava que não se pode admitir que haja um cálculo racional quando há tantas causas para as coisas darem errado de múltiplas maneiras³⁵⁹. Daí o mito da calculabilidade que surgiu na era moderna no contexto da sociedade industrial. Como em toda decisão da sociedade os efeitos da decisão jurídica são incalculáveis e incontroláveis³⁶⁰.

A conclusão que mais impressiona seria a queda do mito da segurança jurídica. Para que houvesse segurança, de um modo geral, seria necessário prever o futuro de uma maneira tão exata quanto uma lembrança. Na esteira de Hawkings diríamos, seria preciso que nos lembrássemos do futuro da mesma maneira como nos lembramos do passado. Como isso não é possível, toda a sociedade e todo o sistema do direito estão imersos nos riscos que as decisões provocam.

O tempo do contrato e o tempo do risco são ambos voltados para o futuro. Sabemos isto: que as decisões de agora determinam o futuro mas como esse futuro será não sabemos.

Da mesma forma que fizemos com o risco, também fizemos no que toca ao contrato, pois também a modernidade jurídica, principalmente os séculos XVIII e XIX, deixou uma herança teórica forte, uma marca duradoura que ainda consegue

³⁵⁸ O contraponto a essa insegurança inerente encontra-se no estudo das organizações e decisões como os dois lados de uma distinção. Só que não aprofundamos esse ponto.

³⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017. p. 12.

³⁶⁰ LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 325.

determinar o pensamento jurídico, no Brasil e no mundo. Reconhecemos, com Paolo Grossi, que vêm desse período muitas de nossas mitologias jurídicas.

De qualquer maneira, tomando por certo que a “contratualização das relações sociais” é uma realidade, um fenômeno contemporâneo, o contrato como decisão e como instrumento de realização da igualdade merece uma atenção especial.

Nos séculos XVIII e XIX veio a jurisprudência (ciência do direito) a se fixar sobretudo em um modelo de pensamento dogmático, o qual, segundo entendemos, entra na crítica que Luhmann faz à velha tradição europeia. O método jusdogmático organiza o conhecimento do direito através de classificações, que ao se tornarem cada vez mais abstratas, vão se afastando da realidade. O exemplo marcante da abstração desmedida foi a escola denominada jurisprudência dos conceitos.

Tanto Roppo quanto Azevedo reconhecem existir uma realidade econômica sobre a qual o direito se debruça para realizar suas formulações abstratas. Azevedo chama a essa “realidade” de ideia e afirma que a ideia de contrato (na verdade, ele fala em negócio jurídico, que está num nível mais abstrato que o contrato) sempre existiu, clara mas confusa, e a realização da pandectística alemã foi somente dar-lhe nitidez através de formulações, as quais foram acusadas de deteriorar para aquela referida abstração demasiado distante da realidade.

Tradicionalmente se considera o contrato uma veste que recobre as operações econômicas. Roppo dizia que ele é a formalização jurídica de uma operação econômica. Não estava errado nisso. Assinalamos que mais recentemente propôs-se que o contrato seja um discurso, um interdiscurso³⁶¹, dentro de uma perspectiva sistêmica, uma forma discursiva, um intertexto.

A teoria dos sistemas observa-o como um evento que provoca irritações em vários sistemas, entre eles o econômico e o jurídico, assumindo significados diversos em cada um. É o conceito de acoplamento estrutural. Propusemos que o contrato seja pensado como uma decisão jurídica entre outras, e como decisão permite conexões do passado com o presente e do presente com o futuro.

Embora decisões em geral, e a decisão de contratar em particular, não possam determinar exatamente o que virá a ser, por conta da complexidade, ela produz vínculos com o futuro. Reconhece-se que não é mais o acaso, o místico ou o sobrenatural que conduzem o futuro mas as decisões.

³⁶¹ É o caso de Dalmir Lopes Jr. como visto.

Só que elas são realizadas no âmbito de um “cegueira cognitiva” com respeito ao porvir, e os riscos, então, não são vistos como riscos, mas como externalidades, problemas não jurídicos, “questões atribuídas a outras instâncias de decisão”³⁶². O direito consegue seguir assim acreditando no controle e na segurança.

Nesse sentido o contrato também permite reduzir de algum modo a arbitrariedade do porvir mas sem ditá-lo. Fixa expectativas e facilita com isso a observação de como os eventos se dão.

Expectativas normativas possibilitam precisão na observação de eventos na medida em que apontam para os eventos esperados (através da contratação, por exemplo). Observar eventos é mais complexo que observar objetos e os contratos permitem que essa observação aconteça de maneira menos arbitrária ao cumprir sua função de fixar expectativas normativas descendo do nível abstrato das normas para a concretude do caso que regula.

Discutimos que o contrato é um instrumento presente em praticamente todos os âmbitos das relações humanas e que ele conecta diversos sistemas sociais, transformando perigos em riscos. A conexão mais destacada se dá entre o sistema econômico e o sistema jurídico, e não é à toa que sempre se enxergou por detrás das formulações do direito a realidade econômica. Os eventos do sistema econômico, com seu próprio tempo e sua própria codificação são reproduzidos dentro do sistema do direito³⁶³, que também possui seu tempo e sua codificação.

O contrato como decisão nos obriga a uma aproximação com a teoria da decisão a qual foi desenvolvida primeiramente dentro da ciência econômica e dentro da teoria das organizações. Luhmann, ao ligar a organização com a decisão, compõe uma outra forma³⁶⁴. Mas as teorias da decisão sempre mantiveram o foco

³⁶² LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 325-326.

³⁶³ Segundo LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016. p. 330, a decisão jurídica “parece não estar preparada para enfrentar seus próprios riscos e perigos, a não ser mediante um isolamento cognitivo baseado em regras metodológicas estritamente formais, que reconstruem a complexidade bruta dos casos e problemas do mundo prático na forma de uma complexidade estruturada, isto é, na forma dos ‘casos’ jurídicos. Para os quais, então, a decisão pode decidir com a ‘segurança’ de considerar todas as questões relevantes – mas com o risco sempre presente de considerar irrelevante todo o restante da realidade.”

³⁶⁴ Ver LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. Jul/Dez.2016. Infelizmente não pudemos detalhar nessa pesquisa a forma da decisão.

na questão da racionalidade da decisão fosse em um esquema de meios e fins ou em um esquema hierárquico³⁶⁵. Ao invés disso, Luhmann percebe que a insegurança é uma condição de possibilidade para a própria decisão, se o futuro fosse conhecido não haveria o que se decidir e não haveria organização³⁶⁶.

O problema é que quando se reconhece a inerência da insegurança e do risco a racionalidade se torna apenas mais uma das mitologias da modernidade. De outro lado, a decisão segue sendo fundamental para as organizações e para as “pessoas”.

Na releitura do contrato sob a ótica do risco encontramos outras distinções as quais nos levaram em seu encaixe, sobretudo a distinção igual/desigual. E a seguimos porque em algum momento³⁶⁷ a doutrina parece ter assinalado ao contrato³⁶⁸ a missão de dar concretude ao valor igualdade.

Surge um problema complicado de apreender com respeito à intenção de fazer do contrato um instrumento de fomento da igualdade. É, entretanto, apenas uma questão do observador, e por conta dele essa pesquisa não avança para aspectos normativos, os quais costumam sugerir a solução para os problemas com que se depara, contentando-se apenas em descrevê-los.

É que, pela lógica de distinções e indicações, os dois lados da distinção aumentam ao mesmo tempo. Referimos que o não conhecimento aumenta com o conhecimento. Se isso é certo o mesmo teria de valer para o risco/perigo, para a inclusão/exclusão e para a igualdade/desigualdade.

Com respeito ao risco/perigo isso não parece ser problemático porque estamos lidando com eventos e a complexidade de combinações entre os elementos permite o incremento simultâneo. Com relação a inclusão/exclusão por lidarmos, em princípio, com objetos a extensão dessa lógica parece apresentar mais dificuldades. Em Luhmann o tema da exclusão aparece sobretudo com respeito aos sistemas parciais da sociedade e a exclusão da sociedade em geral seria um fenômeno somente marginal³⁶⁹. Da mesma maneira que com o risco aumenta o perigo, o

³⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010.

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010. p.222 e 223.

³⁶⁷ Ver. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle.

³⁶⁸ Mais que ao direito tributário, o qual também teria entre outras funções a de supostamente realizar a igualdade.

³⁶⁹ DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 36.

aumento da igualdade não aumentaria simultaneamente a desigualdade? A pergunta parece um paroxismo, lembra um disparate.

Se pensarmos no aumento do conhecimento percebemos logo que ele revela espaços de desconhecimento e assim permite que o desconhecido aumente com ele. Só que esse incremento do conhecido/desconhecido se desenvolve em um espaço infinito. No caso da igualdade, se pensamos em um conjunto finito (habitantes da cidade afetada pelo furacão, pessoas que não conseguem suprir as necessidades básicas) o aumento de um é a diminuição do outro. Se a lógica fosse aplicada aqui a situação seria a de que quanto mais pessoas são salvas do desastre mais pessoas não são salvas e não é isso o que ocorre.

Mas talvez essa seja uma visão míope, concedemos que algumas desigualdades podem ser reduzidas mas toda a desigualdade não pode ser eliminada, isso acabaria com a própria distinção. Aquela desigualdade que se consegue afastar gera outras desigualdades, em outros aspectos e lugares. Registramos que inicialmente os homens eram iguais e despossuídos mas aos poucos a diferenciação foi acontecendo e chegou ao ponto onde havia proprietários e não proprietários. Aqui não devemos simplificar em demasia observando apenas um tipo de exclusão e de desigualdade quando na verdade elas se multiplicam, há muitas exclusões e muitas desigualdades.

Dessa maneira, vemos que há uma oscilação do observar, como é comum nos paradoxos, mas queremos firmar que mesmo nesse caso o aumento de uma engendra o aumento da outra. Todavia, não devemos ficar à mercê da característica paralisante dos paradoxos, no sentido de que se a desigualdade também é insuperável não adianta lutar contra ela, que o melhor seria não fazer nada, devemos assumir que algum “dever ser” precisa ser reconhecido.

Destacadamente o Poder Público tem possibilidades de buscar minimizar as desigualdades e suas causas, através dos sistemas jurídico, econômico e político. A explicação para essa oscilação entre reconhecer como acontece a relação igual/desigual, uma aumenta e a outra diminui ou ambas aumentam e diminuem conjuntamente pode estar na mudança de observação de primeira para observação de segunda ordem.

Olhando a questão como referente a objetos limitados, a relação só poderia ser realmente inversamente proporcional. Na observação de segunda ordem, concentrando nos eventos, a relação é diretamente proporcional.

Dentro da concepção moderna o contrato só pode ser um instrumento de circulação de riquezas, a serviço do sistema econômico. Um objeto pretensamente neutro cujo uso (ou abuso) não deveria importar senão aos que o entabularam. Certamente, não é nenhuma novidade que atualmente o judiciário pode interferir nesse espaço reservado outrora à autonomia da vontade. E quando o faz, costuma se valer de três princípios: boa-fé, função social e equilíbrio contratual.

Mas a percepção de que o contrato é uma decisão vinculativa, dentro de suas possibilidades, do futuro e que ao mesmo tempo ele gera um espaço de inclusão e exclusão nos permite revisitar cada um desses princípios sob essa nova perspectiva. A função social, por exemplo, tem a ver com o reconhecimento de que o contrato produz efeitos tanto intrapartes como extrapartes e frequentemente, *erga omnes*. Isso prestou para mitigar o dogma moderno da autonomia da vontade e a sua relatividade. Claro que o contrato deve respeitar outras relações na sociedade e outras relações, contratuais ou não, devem respeitar o contrato.

A função social informa que o espaço, que era de exclusão por definição, seja incluído, tido em conta, ao se analisar judicialmente questões de validade e legitimidade contratual. O exemplo paradigmático foi o caso da distribuidora Ipiranga que contratou com um posto de combustível a venda com exclusividade de sua marca. Outra distribuidora não participante dessa relação contratual não pode desconsiderar a existência desse contrato, malgrado seja terceiro e quede, a princípio, fora dos efeitos do pacto. Predomina hoje em dia o entendimento de que se ela contratar com o posto, ferindo o direito de exclusividade, ficará responsável também pelos prejuízos.

A circunscrição de um espaço do incluído e do excluído realiza ao mesmo tempo a definição do arriscado e do perigoso. O risco relaciona-se normalmente com a inclusão e o perigo com a exclusão.

Aquele contrato de compra e venda que não respeita o prévio contrato de distribuição representa a este um perigo o qual a racionalidade moderna não tinha como acudir e que dogmática contemporânea tentou equacionar através dessa nova principiologia, que por sua vez abre espaço ao risco do arbítrio judicial.

Outra insinuação que a pesquisa faz, quase normativamente, seria que sempre que o contrato represente uma situação de ameaça a algum grupo ou a algum valor da sociedade era de todo apropriado que o momento decisório, de se firmar o pacto, fosse aberto para discussão entre os envolvidos e os afetados. Lógico que isso faz mais sentido em contratos vultosos, como os que o Poder Público celebra para execução de obras públicas e que além do dispêndio financeiro costuma afetar muitas pessoas, o meio ambiente, a cidade. Tal sugestão, porém, vai além da proposta desse estudo e só pretende exemplificar como o resultado dessa investigação poderia levar a ulteriores desenvolvimentos.

Essa revisão de princípios pode ser feita em toda a ciência contratual. Por estarmos propondo uma outra leitura do próprio conceito de contrato nenhum princípio que lhe diga respeito fica de fora dessa influência revisora.

Encaminhando para um desfecho, vale recapitular, que o presente estudo trabalhou sob as estratégias da observação de segunda ordem, abusando do uso das distinções com toda a desconstrução que lhe vem à reboque. Nisso deixou visível que a barra “/” que separa as contingentes diferenças não pode ser mantida, em resumo, que a desconstrução é a demonstração da impossibilidade de uma distinção³⁷⁰.

O estudo da forma do risco, todavia, serviu para demonstrar que se a igualdade, de uma lado, merece ser valorizada e perseguida, de outro os que a perseguem estão condenados a ficar eternamente em seu enalço. O que vale para o risco vale para os desvalores da sociedade, é o inevitável paradoxo, quando mais tentamos evitá-los mais eles nos assombram.

³⁷⁰ ANDERSEN. Niels Åkerstrøm. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003. p. VI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, Barbara. BECK, Ulrich. VAN LOON, Jost. *The risk society and beyond*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005.

ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. *Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARALDI, Claudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: FrancoAngeli, 1996.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Editora 70, 2016

BECK, Ulrich. BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *Individualization: Institutionalized individualismo and its social and political consequences*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2002.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil. I a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. rev. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradutor: Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006

DANTAS, F.C. de San Tiago. *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DENNEY, David. *Risk and Society*. London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo. V.9, n.1 p. 37-49, Mar./Jun.2008

DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

ESPOSITO, Elena. *The future of futures: the time of Money in financing and society*. Tradução de Elena Esposito com auxílio de Andrew K. Whitehead. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA, Fernanda Busanello. O risco nas teorias sociológicas contemporâneas: Beck, Giddens e Luhmann. *Raízes Jurídicas*. Curitiba. V. 7. N. 2. Jul./dez. 2011.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Cosimo Classics, 2005. Kindle edition

KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit*. Pantianos Classics

KUHN, Alfred. *The logic of social systems: A unified, deductive, system-based approach to social systems*. San Francisco, Washington, London: Jossey-Bass Publishers, 1976

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, N. Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts. In *Detraditionalization: Critical reflexions on authority and identity*. Edited by HEELAS, P. LASH, S. & MORRIS, P. Cambridge, Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción e introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí (Barcelona): Anthropos, 1997.

LUHMANN, Niklas. The paradoxo form. In: BAECKER, Dirk. *Problems of form*. Translated by Michael Irmscher, with Leah Edwards. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 15-26.

LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited, with an Introduction, by William Rasch. Stanford, California: Stanford University Press, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flípe Segura. Mexico: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. *La economía de la sociedad*. Traducción e introducción de Aldo Mascareño. Ciudad de México: Herder, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. Translated by Barrell Rhodes. London and New York: Routledge, 2017.

LUPTON, Deborah. *Risk*. New York and London: Routledge, 2005.

LUZ, Cícero Krupp da. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na formação da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*. Uruguai. V.2. n. 4. p. 318-334. Jul/Dez.2016.

MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MOELLER, Hans-Georg. *The radical Luhmann*. N.Y. Columbia University Press, 2012.

MYTHEN, Gabe. *Ulrich Beck: a critical introduction to the risk society*. London: Pluto Press, 2004.

MYTHEN, Gabe.. *Beyond the risk society: critical reflexions on risk and human security*. London: Open University Press, 2006. 254 p.

NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo I. Introdução à ciência do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972

RESCHER, Nicholas. *Risk: a philosophical introduction to the theory of risk evaluation and management*. Washington: University Press of America, 1983.

ROCHA, L.S, AVEZEDO, G. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Recht*. São Leopoldo. V. jul. dez. 2012.

ROCHA, Leonel Severo. DUARTE, Francisco Carlos. Coordenadores. *A construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012. p.18.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição Kindle.

SCHWARTZ, Germano. Organizador. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi et al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. 300, p.

TIGAR, Michael E. LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.