

**POLICONTEXTURALIDADE E DIREITO PRIVADO:  
RELAÇÕES CONTRATUAIS COMPLEXAS EM UMA  
SOCIEDADE FRAGMENTADA NA PERSPECTIVA DE  
GUNTHER TEUBNER**

**Carlos Alexandre Michaello Marques\***

**Liége Paim Lansoni\*\***

---

*Fecha de publicación: 01/04/2014*

**Sumário:** 1- Introdução; 2- Policontexturalidade e Sociedade fragmentada; 2.1- Policontexturalidade e Direito; 2.2- Fragmentação e Contratualização; 3- Direito contratual e a construção do projeto discursivo; 3.1- Reificação do Contrato Relacional; 3.2- O projeto discursivo e a produção dos mal entendidos produtivos; 4- Superação do paradigma individualista sob a perspectiva sistêmica no direito privado; 4.1- Os Sistemas Sociais e as Tendências totalitárias; 4.2-

---

\* Mestrando em Direito Público na Linha de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado. Graduado em Direito (2006) e Especialista em Gestão Ambiental em Municípios (2008) pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG e, em Didática e Metodologia do Ensino Superior (2010), MBA em Gestão de Pessoas (2011) e Metodologias e Gestão para Educação a distância (2012) pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Professor e Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para Sustentabilidade - GTJUS (CNPq) e do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos - NUPEDH da Faculdade de Direito - FADIR da Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

\*\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e Graduada em Formação Pedagógica para Docentes pela Feevale. Atuou como supervisora, advogada e orientadora técnica do SAJUIR - Serviço de Assistência Judiciária Gratuita do UniRitter. Advogada há 10 anos e sócia-proprietária de escritório privado. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional e Direito de Família. Atua como professora de legislação em Instituições de Ensino Superior, Cursos Preparatórios para Concursos e Cursos Técnicos Profissionalizantes. Mestranda em Direito Público pela Unisinos.

**Resumo:**

O presente estudo consistiu em analisar, sob a perspectiva teórica de Gunther Teubner, a policontextualidade e o direito privado, bem como, os reflexos deste fenômeno para a compreensão contemporânea das relações contratuais complexas que se dão em uma sociedade fragmentada. Assim se examinou os efeitos da policontextualidade e sociedade fragmentada no direito privado, em especial no direito contratual. No mesmo sentido, foi observada a construção do contrato enquanto projeto discursivo, com a reificação do contrato e o debate sobre os relevantes mal-entendidos produtivos. A superação do paradigma individualista sob a perspectiva sistêmica no direito privado, norteou a parte final da pesquisa em que foram coligados resultados atinentes às tendências totalitárias dos sistemas sociais em expansão e o entendimento dos direitos de discurso como alternativa anti-individualista. A pesquisa se desenvolveu pelo método sistêmico.

**Palavras-chave:** Contrato. Policontextualidade.  
Interdiscursividade.

## 1- INTRODUÇÃO

O objetivo do presente é analisar a proposta de Gunther Teubner, suportada na sua obra “Direito, Sistema e Policontextualidade”, especificamente, no tocante à análise de questões fundamentais para uma teorização das categorias dogmáticas do direito privado. Para tanto, é indispensável o estudo da temática Policontextualidade e Sociedade fragmentada, com análise das pressuposições de que há um movimento quase irresistível de transferências de importantes tarefas, antes entregues à intervenção estatal, ao domínio privado, bem como, as assertivas, dizendo-as indevidamente reduzidas em sua complexidade pela dicotomia público-privado, permitindo-se, ainda, uma análise de: policontextualidade e direito; fragmentação e contratualização.

Na policontextualidade, verificam-se novas opções, tais como, da divisão adequada de subvenções cruzadas para atividades não lucrativas entre concorrentes, administrações não orientadas para o lucro, imposição de padrões sócio-culturais a empresas, etc. (TEUBNER, 2005) A compreensão dessas fronteiras combina com o direito privado: criar

muralhas entre esferas de ação, coibir combinações incompatíveis de papéis, abrir espaços decisórios autônomos são soluções que podem ter êxito nessa modalidade estrutural.

Nesse contexto, aborda-se o direito contratual e a construção do projeto discursivo, com a reificação do contrato relacional e o projeto discursivo e a produção dos mal entendidos produtivos. O direito privado tem de repensar suas estruturas dogmáticas para essa realidade sob a perspectiva da justiça discursiva e policontextual. Assim, o direito privado, e por consequência os contratos, devem passar de acordo com Gunther Teubner (2005), por um projeto de reconstrução, onde o ponto de partida poderia ser desenvolvido nas palavras de Jacques Derrida, que preconiza a substituição da premissa de uma relação entre pessoas para uma relação entre dois textos, produtos ou criações, conduzindo dessa feita, a uma nova visão da teoria do contrato relacional.

Nesse diapasão, ao final trata-se da superação do paradigma individualista sob a perspectiva sistêmica no direito privado, abordando os sistemas sociais e as tendências totalitárias e direitos de discurso e a teoria sistêmica no direito privado. O contrato enquanto projeto discursivo, como uma tradução de jogos linguísticos, abre um campo de questionamentos, em especial sobre sua autenticidade, quando os discursos dentro da liberdade de tradução podem exigir autonomia. Todavia, os referidos totalitarismos, controladores das meta-regras de tradução, monopolizam-no como referido e o impõe o direito de reconstrução. (TEUBNER, 2005)

Com isso, a par das formações clássicas como os contratos de troca, com efeitos instantâneos (contrato/contrato) e as sociedades (organização/organização), há todo um espectro de relações que parecem mesclar elementos contratuais e organizacionais, como as alianças estratégicas contratuais (contrato/organização), os sistemas de franquia e os grupos de sociedade (organização/contrato). Na perspectiva de Gunther Teubner as diferenças podem, em razão das circunstâncias fáticas, apresentar contornos difusos que permitem, por exemplo, conceber um conceito gradual de autonomia do sistema jurídico. Assim, torna-se possível tematizar como jurídicas, situações difusas decorrentes do que se chama de policontextualidade e direito privado e as relações contratuais complexas em uma sociedade fragmentada.

## **2- POLICONTEXTUALIDADE E SOCIEDADE FRAGMENTADA**

Hodiernamente, as circunstâncias praticamente obrigam que todos se adequem ao cenário mundial, sob pena de obstar a própria inclusão na nova

economia com graves consequências sociais. Diante dessa situação, é comum se exortar a necessidade dos mecanismos de mercado atuar sobre aspectos do bem comum, substituindo o setor público (antes tutelados pelo Estado de Direito, Direitos Fundamentais, Princípios de Direito Público e pela Legitimidade Democrática), ou incorporando seus princípios e elementos. (TEUBNER, 2005)

Gunther Teubner (2005) parte de uma pressuposição que merece ser aceita: há um movimento quase irresistível de transferências de importantes tarefas, antes entregues à intervenção estatal, ao domínio privado. E questiona também essas assertivas, dizendo-as indevidamente reduzidas em sua complexidade pela dicotomia público-privado. Daí propõe alternativas a essa compreensão, como a análise deve escapar à dicotomia do direito público versus direito privado, apresentando a esse último o desafio de considerar pluralidade de autonomias privadas distintas.

## **2.1- Policontextualidade e Direito**

Diante do novo quadro social, não se deve impor ao direito privado os padrões do direito público, mas transformá-lo num direito constitucional dos subsistemas caracterizados por regimes autônomos. Tanto as ciências sociais quanto o direito vêm como indevida as relações entre Estado e Sociedade serem reduzidas à dicotomia público-privado. Entretanto, não tem substituído tal mecanismo de análise, subsistindo como instrumento de compreensão. (TEUBNER, 2005)

A dicotomia não é recente e tem o mérito de sobreviver a diversos tipos de estruturação social. Atualmente, adotam conteúdo específico, opondo de um lado a racionalidade política e sua organização hierárquica (público) versus racionalidade econômica, sua coordenação de mercado flexível e eficiente (privado) O autor sugere o abandono dessa distinção por ser simplificação grosseira da estrutura social e da ideia de fusão das características de cada lado da dicotomia. Ao invés disso, a partir da teoria dos sistemas, propõe a compreensão da sociedade pela noção de policontextualidade. (TEUBNER, 2005)

Essa proposta parte da grande complexidade que a sociedade assume, exigindo multiplicidade de perspectivas para sua descrição. (TEUBNER, 2005) Entre o Estado e a sociedade há uma pluralidade de setores sociais que tem de ser considerados, refletindo na compreensão e estruturação do direito. Há diversos setores da atual diferenciação social que não encontram explicação nem na racionalidade política, nem na racionalidade econômica, há relações que não podem ser explicadas exclusivamente pela dicotomia.

Emerge do paradigma proposto que o direito privado deve ser entendido principalmente por sua afinidade com a atual pluralidade de discursos, diante de sua proximidade com os mais diversos setores autônomos da sociedade civil (relações privadas, sistema de saúde, educação, ciência, meios de comunicação, arte, religião, etc). Nesse contexto, o direito privado teria a tarefa de refletir a lógica interna desses setores e acoplá-la com o regulamento dos demais subsistemas. Assim teria distanciamento da lógica econômica e da política, passando a refletir a importância da racionalidade específica para cada subsistema social. (TEUBNER, 2005)

Há uma tentativa de desvincular o direito privado da noção de juridificação da esfera econômica. Historicamente, essa tendência se confirmou na medida em que o direito contratual se tornou referente, quase que exclusivamente, das transações de mercado, e a regulamentação das associações se restringia às corporações empresariais, bem como a propriedade destinava-se a fundamentar disposição econômica. Isso, dificilmente, poderia ter sido impedido ante a colonização dos sistemas sociais pela economia ou pela política no século XX, tendo o direito privado seguido as tendências de alargamento e encolhimento conforme a expansão dos campos econômico ou político (respectivamente sociedade de direito privado, orientado pela eficiência econômica; ou direito privado como direito econômico, orientado pela política econômica do Estado). (TEUBNER, 2005)

No novo paradigma, identificar-se-ia o direito privado em muitos âmbitos sociais onde há criações normativas espontâneas atuando como fonte de imposições normativas jurídicas, como faz prova a crescente quantidade de contratos privados. A dogmática tradicional realçou corretamente a autonomia privada como cerne do direito privado, mas, em seu ímpeto, a unidade dogmática não atentou para o pluralismo atual expresso na multiplicação discursiva das autonomias privadas de uma sociedade complexa e diferenciada. (TEUBNER, 2005)

A tarefa central de um direito privado socialmente orientado seria repensar a única dimensão da autonomia privada, expressa no indivíduo livre, para conceber autonomia de diversos mundos sociais, servindo de instrumento para disponibilizar formas de ação adequadas entre cada uma das esferas autônomas (relações privadas, sistema de saúde, educação, ciência, meios de comunicação, arte, religião, etc). Assim, seu cerne é a juridificação de processos de construção normativa espontâneos e plurais na sociedade, distintos do processo de regulamentação política do Estado. (TEUBNER, 2005)

Ocorre que as características que o direito privado deve assumir são fonte de controvérsia, tais como, a identificação com quais fragmentos sociais, forma de delimitação dos seguimentos, definição de suas racionalidades específicas, espécie de normatividade interna desenvolvida por cada uma, relacionamento possível com instituições político-jurídicas e definição e concepção relacionada à essa pluralidade. Considerando esse debate e a ligação do direito privado com a produção normativa espontânea, uma de suas tarefas é reformular a autonomia privada clássica levando em conta a auto-regulamentação específica de setores sociais. (TEUBNER, 2005)

A principal consequência da pluralidade das autonomias privadas é de caráter normativo, cujo desafio é institucionalizar o equilíbrio entre autonomia e intervenção. Talvez o regime de autonomia do sistema econômico seja um bom exemplo de coordenação desses fatores para os outros âmbitos de autonomia da sociedade civil. Outro desafio é a garantia de respeito a essas esferas de regulamentação privada, a qual deve ser buscada não somente na organização interna, mas também nos apoios externos de outros sistemas. (TEUBNER, 2005)

Analizando as privatizações da policontextualidade (não da dicotomia) passa-se a considerar as diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas e seu funcionamento. Setores sociais autônomos estavam submetidos ao regime público. Isso não significa que suas lógicas e padrões racionais estavam encobertos pela política (talvez tenha ocorrido em regimes fascistas). No sistema liberal-capitalista, houve tentativa do Estado Social de ampliar o setor público em face da sociedade civil, mas sem destruir as autonomias sociais, manobrando-a através de estreito acoplamento dessas ao sistema político-administrativo. (TEUBNER, 2005)

Assim, a política era fonte principal das irritações internas a cada setor. No seio do próprio Estado Social já se notou que para alguns setores periféricos à análise política, a emancipação era possível com repercussões claras na própria dogmática administrativa. O problema perene dessa organização era o desequilíbrio estrutural entre atividades sociais e seus regimes político-administrativos. A maioria das formas de Estado Regulador (atua por regulamentação – e não intervenção – econômica e social) não aborda a policontextualidade, mas a dicotomia, na medida em que presumem centralização política. Tampouco as políticas alocativas e distributivas abordam o paradigma proposto. Constituem meras reformulações da dicotomia sob novos instrumentos. (TEUBNER, 2005)

Dessa forma, Gunther Teubner (2005) propõe que em lugar disso, os critérios de regulamentação devem se desenvolver espontaneamente nas diversas esferas de legalidade. As controvérsias internas e os conflitos externos devem se distribuir entre a pluralidade de sistemas sociais em reflexão descentralizada em oposição à reflexão exclusiva do político. É nisso que o direito privado pode contribuir, no nível material e processual, em viabilizar a consideração da racionalidade específica e possibilitar o processo de reflexão onde se formulam novos critérios para o conflito entre atividades sociais e regime econômico.

Apesar dessas colisões entre racionalidades e novas tentativas de colonização, é encorajador o fato da moral pública respaldar o fortalecimento das autonomias sociais que pode ser feita pelo direito privado. A ética da economia ensina que se deve respeitar a integridade dos sistemas autônomos. A teoria dos sistemas e a policontextualidade não recomendam a colonização desses sistemas autônomos. (TEUBNER, 2005)

A compreensão dessas fronteiras combina com o direito privado: criar muralhas entre esferas de ação, coibir combinações incompatíveis de papéis, abrir espaços decisórios autônomos são soluções que podem ter êxito nessa modalidade estrutural. Na policontextualidade, verificam-se novas opções, tais como, a divisão adequada de subvenções cruzadas para atividades não lucrativas entre concorrentes, administrações não orientadas para o lucro, imposição de padrões sócio-culturais a empresas, etc. (TEUBNER, 2005)

## **2.2- Fragmentação e Contratualização**

Operações complexas, formadas por diversos vínculos contratuais, seriam tomadas isoladamente conforme o tradicional direito das obrigações identificado com a *rationale* econômica. (TEUBNER, 2005) Pela compreensão da policontextualidade, isso seria uma distorção das relações sociais pela consideração econômica. Cria-se problema de difícil resolução porque além das partes do contrato podem estar envolvidos interesses de terceiros.

Daí porque essa consideração deve introduzir princípio de relatividade nas obrigações multilaterais, o que deve ser intensificado, enquanto que o dogmatismo entende acontecimentos sociais em partes independentes, não relacionadas. Assim, aumenta a pressão sobre a dogmática do direito privado para que aceite a complexidade. (TEUBNER, 2005)

Instituições reconhecidas por suas qualidades na arte, cultura, comunicação e educação perdem espaço para concorrência em níveis estritos de mercado por estarem diretamente expostas a sua lógica. A policontextualidade entende que devem ser erigidos critérios que reflitam a racionalidade interna do setor através do direito privado, instituindo direito à diversidade. (TEUBNER, 2005)

De um lado, pode se fragmentar, como resposta a frouxidão dos acoplamentos entre sociedade e economia (com maior autonomia à sociedade); de outro, pode se hibridizar, respondendo a um acoplamento firme de tudo à economia. Em ambos os casos se frustra a esperança de unificação do direito privado em torno do regime de mercado. (TEUBNER, 2005)

A fragmentação depende diretamente da força que os setores sociais independentes da economia e da política serão capazes de exercer daqui para frente. A autonomia privada depende diretamente de um sistema social que se revela na existência de um maquinário de produção normativa (mecanismos de consenso, organizações formais, padronização) desempenhando um papel de fonte independente do direito. (TEUBNER, 2005)

O autor é otimista quanto à possibilidade dos setores sociais atingirem bom grau dessa autonomia, como ocorre, por exemplo, com o direito de família: a sociedade encurrala o Estado sobre as possibilidades de auto-organização, ganhando espaço para sua própria racionalidade no seu interior, fazendo com que o direito de família reaja quase exclusivamente à racionalidade da vida privada e sua criação normativa espontânea.

É possível conceber direito dos Regimes Privados que considere a poliarquia deliberativa, instituindo sistemas de resolução de problemas. Assim se vislumbra, por exemplo, que as instituições universitárias privadas sejam submetidas ao escrutínio da racionalidade do sistema do qual faz parte, de maneira a acabar com a política de proteção e se regerem pelos princípios pedagógicos. (TEUBNER, 2005)

Por fim, não é só do acoplamento frouxo que depende uma realidade fragmentada, mas também da capacidade do direito como tecnologia suportar as oportunidades estruturais de emancipação na contemporaneidade. É assim que direito contratual, societário, direito real, todos tem de apresentar formas jurídicas suficientemente elaboradas para oferecer a oportunidade de institucionalizar suas racionalidades autônomas.

O direito privado teria nesse cenário a função de reorganizar o acoplamento estrutural dos setores sociais à sua racionalidade não econômica, ao compreendê-los por sua natureza híbrida. Tal natureza

híbrida não reflete o sentido tradicional de público-privado (restrição às racionalidades política e econômica), mas no sentido policontextual de que integram ao mesmo tempo sistema econômico e social no qual desempenham funções. (TEUBNER, 2005)

O direito privado deve funcionar de modo a quebrar o acoplamento de cada setor com a economia e fortalecer os aspectos sociais relacionados, buscando normatização para além das regras de mercado noutros processos paralelos e contraditórios a ela. Gunther Teubner (2005) tem uma tese em relação ao direito contratual, ao sustentar que passa a se fundar em dois mecanismos de regulação: transação econômica e acordo produtivo no setor social.

A reconstrução do contrato seria mais que uma transação econômica que cria expectativas nas partes, mas passaria a ser considerado projeto produtivo num dos mundos sociais. Aqui, não se fala mais de conteúdo jurídico dispositivo, porque não basta a compensação de interesses das partes. Interessa a justiça discursiva, em que as formas contratuais são feitas para satisfazer a normatividade interna do sistema social. (TEUBNER, 2005)

Com isso, há alteração dos processos de criação normativa do direito privado (irritação por acontecimentos externos; simulação de processos sociais). As irritações não serão exclusivamente captadas no mercado, mas pelas necessidades da reconstrução jurídica quando do restabelecimento do padrão social. A simulação não poderia mais ser apenas teste de mercado, mas um teste discursivo com objetivo de identificar padrão concreto da realização de processo micropolítico numa das muitas esferas de justiça. (TEUBNER, 2005)

Assim o papel do direito privado seria defender as esferas de autonomia social da influência totalizante da economia. Nem mesmo as teorias de *mixed economies* poderiam satisfazer os requisitos aqui colocados ao direito privado. Nessas teorias, o objetivo é corrigir falhas de mercado por meio da intervenção política consubstanciada em normas de contenção (como o direito do consumidor). (TEUBNER, 2005)

Isso é muito diferente do proposto: não há correção posterior de transações econômicas, mas sim um contrato constituído de duas dinâmicas sociais equivalentes mais o objetivo de conciliação de colisões discursivas; e aspectos não econômicos não serão mais filtrados pelo processo político para se transformarem em direito, mas reagindo diretamente a produção normativa espontânea. Além das novas tensões, antigas também são identificadas. (TEUBNER, 2005)

### **3- DIREITO CONTRATUAL E A CONSTRUÇÃO DO PROJETO DISCURSIVO**

O direito privado tem de repensar suas estruturas dogmáticas para essa realidade sob a perspectiva da justiça discursiva e policontextual. Tendo em vista, o ambiente policontextual estruturado a partir da teoria de Gunther Teubner (2005), deflagra esse processo de fragmentação do Direito, originando diversas racionalidades jurídicas que se chocam entre si. Isso provoca a reordenação do sistema jurídico como mais uma racionalidade a ser levada em conta e reinventa a sistemática jurídico-social.

#### **3.1- Reificação do Contrato Relacional**

O contrato sempre foi um instrumento de transformação, afinal parte da sociedade em grande medida se valeu deste instituto para alcançar seus objetivos ao longo do séculos. A noção de contrato é um confluência construída, desconstruída e reconstruída, década a década, passando pela influência canônica, do direito natural e do direito romano, onde erroneamente se busca sua origem nas vias manualísticas do direito louvado na dogmática jurídica. (GOMES, 2008)

Dessa forma, o aporte da concepção do contrato moderno, enquanto um acordo de vontades, consenso, recebeu influências econômico-político-sociais, notadamente de matriz individualista, com forte participação do processo econômico de natureza capitalista. Nascendo com isso uma relação evidente entre economia e direito, pois o contrato passou a ser considerado um instrumento jurídico da vida econômica da sociedade, pois atende as necessidade de todos os participantes da sociedade, independente da condição que se encontrem nela. (GOMES, 2008)

O contrato desde então continuou passando por adaptações, tendo em vista que a igualdade formal estabelecida por sua concepção moderna fragilizou as relações sociais na contemporaneidade. Nesse sentido, o Estado passa a intervir nas relações privadas como grande regulador, estabelecendo assim diversos freios espelhados nos institutos de direito público. O acordo de vontades passa a não ser o grande foco nesta concepção de contrato.

Nesta esteira, e com o advento dos Estados Sociais, a teoria geral dos contratos vem a ser substancialmente modificada, erigi-se então um novo paradigma, a teoria do contrato relacional. Todavia, tem aportado em terras brasileiras de forma bastante tímida e tardia, pois é perceptível a aceitação

irrestrita das teorias germano-romanas neste íterim, mas não há de se negar que o contrato é fruto da sociedade e sem ela para lhe dar suporte não há como conceber o mesmo.

Assim, o direito privado, e por consequência os contratos devem passar de acordo com Gunther Teubner (2005), por um projeto de reconstrução, onde o ponto de partida poderia ser desenvolvido nas palavras de Jacques Derrida, que preconiza a substituição da premissa de uma relação entre pessoas para entre dois textos, produtos ou criações, conduzindo dessa feita, a uma nova visão da teoria do contrato relacional.

No entanto, o mesmo diverge, de maneira substancial quanto a fundamentação, pois entende que não deve ser dado o sentido predominante da palavra comunitário nesta reconstrução, mas sim uma relação fria e impessoal de textualidade, desenvolvida a partir de um argumento estritamente anti-individualista, antieconômico para algumas autonomias do direito privado, se traduzindo como um espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos. (TEUBNER, 2005)

Dessa forma, abrir-se a alteração para transformação do direito privado contemporâneo em um direito constitucional de sistemas de regulação global, e a reificação do contrato relacional, mas ao largo das teorias tradicionalmente predominantes no direito privado, que não são de grande utilidade nessa visão, tendo em vista que são amplamente excludentes na análise da relação contratual, reduzindo inclusive os acordos a transações monetárias e, ignorando sistematicamente as tradições alternativas do pensamento contratual. (TEUBNER, 2005)

É necessário reificar e não reconstruir somente a teoria relacional dos contratos, pois esta acena para Gunther Teubner (2005, p. 280) como "*uma falsa oposição entre interpretação sociológica e econômica do contrato*", a oposição se localiza onde "*a economia representa egoísmo, decisões racionais e transações de mercado, enquanto a sociologia, ao contrário é entendida como solidariedade, cooperação, comunidade.*" Afinal, ressalta-se que "*a tarefa legítima da sociologia não é de promover o nobre ideal da solidariedade por métodos acadêmicos, mas sim de reconstruir sistematicamente as muitas lógicas contraditórias.*" (TEUBNER, 2005, p. 281)

O entendimento equivocado trazido pelo contrato relacional, da realidade atual, baseado sobretudo na solidariedade, com uma relação humanizada, permeada de boa-fé e cooperação, com viés comunitarista, que de toda sorte supera o individualismo econômico. Superada esta interpretação ingênua, há de se compreender que se está diante de "*uma*

*relação cheia de conflitos entre discursos, jogos linguísticos, sistemas, textualidades e projetos colidentes.*" (TEUBNER, 2005, p. 281)

Para Gunther Teubner (2005) o contrato é um secção tripartite e parcialmente contraditória, por operarem essas partículas em lógicas diversas, que ao fim e ao cabo se manifestam como uma migração da intersubjetividade à intertextualidade. Neste sentido, a intertextualidade contratual passa a se desenvolver também em três dimensões, através de relações: de artefatos semânticos; de duas fases do discurso especializados; e entre vários discursos especializados.

Dessa forma, não são os sujeitos vinculados na relação contratual, mas sim os nomes, as máscaras sociais. O contrato é uma obrigação não-individual, pois *"nenhuma dessas colagens de expectativas subsistêmicas é idêntica à consciência viva de homens concretos.*" (TEUBNER, 2005, p. 282) É dessa forma que os indivíduos se relacionam, não é a subjetividade, mas sim a textualidade que marca essa relação é o seu interesse socialmente construído pelos jogos linguísticos, pelos artefatos semânticos que produzem o discurso.

### **3.2- O projeto discursivo e a produção dos mal-entendidos produtivos**

O projeto reconstrutivo do direito privado na sociedade atual implica o desafio da repolitização do contrato em contexto social recalcitrante, marcado, de um lado, pela crise do Estado e, de outro, pela alta fragmentação social. No âmbito de uma fértil tradição teórica que remonta, entre outros, a Émile Durkheim e Otto von Gierke, trata-se nada mais nada menos de repensar as condições de possibilidade para o reconhecimento e a extensão da lógica não contratual dos contratos contemporâneos no bojo dos processos de disseminação de sistemas regulatórios particulares, de aceleração da política privatizante e de recorrência dos riscos de mercantilização das relações sociais. (TEUBNER, 2005)

O diagnóstico de época assenta-se no reconhecimento de um deslocamento secular entre o político e o econômico que, por assim dizer, informa a emergência de um direito global sem Estado e repõe o problema da unidade da categoria jurídica do contrato na hora histórica da privatização:

[...] o maior desafio para o direito privado [...] é a extrema fragmentação de vários sistemas particulares de regulação que existem na arena global [...] *lex mercatoria*, *lex laboris* e até *lex sportiva internationalis* [...] Eles são o produto de uma série de

*private governance regimes* altamente especializados, de ordens sociais e jurídicas autônomas que existem a relativa distância do direito nacional e do Direito Internacional Público (TEUBNER, 2005, p. 276).

O recuo da regulação político-estatal em termos nacionais e globais, assim como a guinada econômica que lhe subjaz, deslocando o campo das decisões políticas e das responsabilidades públicas para o domínio dos regimes privados, entreabrem a “*necessidade de repensar a normatização de governos transnacionais privados e a criação normativa privada*” (TEUBNER, 2005, p. 277).

A assunção privada de tarefas públicas implica a necessidade de regulação privada de conflitos sociais para além da adoção de mecanismos estritos de mercado. Segundo o autor, aí estaria a brecha para a repolitização das atividades de atores privados, uma politização que não se restringe à instituição de estruturas de direito público no plano internacional, porém, antes, “*traz consigo, ao mesmo tempo, uma politização dos sistemas de domínios privados em si*” (TEUBNER, 2005, p. 277)

Claro está que não se trata aqui de apregoar o simples retorno à lógica politizadora e publicizadora de um para lá de combalido *Welfare State*, aliás, nos termos de Gunther Teubner, redutora das possibilidades de efetivação das diversas racionalidades sociais (as dinâmicas internas da pesquisa, da educação, da saúde e da arte etc.), aprisionadas pelo “*íntimo acoplamento estrutural à política de partidos e às burocracias administrativas*”, e, de resto, profundamente ineficiente, como nos ensinam os teóricos da economia dos custos de transação. (TEUBNER, 2005, p. 245)

O conflito entre jogos de linguagens embasa a observação da policontextualidade e possibilita a detecção de mecanismos de co-evolução entre distintos subsistemas; a superação da suposta rigidez do conceito luhmanniano de acoplamento estrutural abre o caminho para a identificação de acoplamentos estruturais *urbi et orbi*, bem como para a crítica dos acoplamentos bilaterais próprios da modernidade e para o reconhecimento dos acoplamentos plurilaterais da pós modernidade, além de possibilitar a distinção entre acoplamentos fracos e fortes. (TEUBNER, 2005)

Na Babel pós-moderna, em que a antiga unidade contratual se perdeu, o contrato se redefine como uma relação entre os vários discursos: o contrato é assim uma intertextualidade, nos termos do novo campo de forças sociais, a eventual unidade do contrato estaria dada pela

*“compatibilidade precária e provisória de projetos discursivos fragmentados”* (TEUBNER, 2005, p. 280).

Por sua vez, o entendimento intertextual do contrato assenta-se em três dimensões: a superação dos arranjos intersubjetivos pelos arranjos intertextuais, em que o antigo sujeito cede o passo às *“colagens de expectativas subsistêmicas”*; a substituição da lógica da permuta pela lógica dos projetos discursivos, na confluência das linguagens jurídica, econômica e do objeto da relação contratual (projeto produtivo); e a reconceptualização da execução do contrato em termos de *“tradução mútua e bem-sucedida de projetos discursivos”* (TEUBNER, 2005, p. 284).

O problema está, por óbvio, no deslinde da natureza dos termos de tradução em cenário social fragmentado, marcado pela incomensurabilidade entre os discursos dos diversos subsistemas sociais, ou seja, nas eventuais virtualidades inconscientes inscritas nas práticas de diversos *traduttori, traditori* que parece recair na reformulação da liberdade contratual em termos de liberdade de reconstrução discursiva, levando em conta a autonomia dos jogos discursivos. Se o contrato conecta esses jogos em arranjos processuais provisórios, e se, por definição, a autonomia de cada um impede uma tradução e uma reversibilidade diretas dos termos que os compõem, a tradução intertextual só pode se efetivar sob a forma de um paradoxo: *“uma tradução necessária e, ao mesmo tempo, impossível entre diversas línguas do mundo social”* (TEUBNER, 2005, p. 289).

Assim, tal proeza só pode se realizar por meio de mal-entendidos produtivos: *“um discurso só pode reconstruir o sentido de um outro com seus próprios termos [...]” e, no “[...] entanto, ele pode, simplesmente, tornar proveitoso o material de sentido de outros discursos, como irritação externa, para criar internamente algo novo”*. (TEUBNER, 2005, p. 285) Não só não existem critérios que de antemão assegurem o eventual caráter produtivo dos mal-entendidos, como, a reboque o risco de crescente mercantilização das relações sociais.

Nesse sentido, as raras oportunidades que se abrem para os mal-entendidos produtivos intersistêmicos dependeriam de um mínimo de simetria (ainda que precária) de oportunidades de tradução. Segundo o Gunther Teubner (2005), foi precisamente essa simetria que acabou rifada pelos totalitarismos do século XX, que teriam ceifado as bases para a afirmação da autonomia dos discursos sociais. O direito da sociedade policontextual deve ser o direito capaz de reconhecer, instituir e garantir condições mínimas de simetria de oportunidades de tradução intertextual.

Em linha com esse projeto, e diante das ameaças à policontextualidade, os direitos fundamentais também devem ser reconceptualizados como “direitos de discurso”, um correlato normativo para o contrato como tradução de jogos linguísticos: “*a sociedade de hoje conhece outros espaços de liberdade além dos pessoais, cuja proteção por direitos fundamentais não é menos importante perante as ameaças do setor privado*” (TEUBNER, 2005, p. 291) Assim, no âmbito dessa dinâmica de modernidade negativa se generalizam relações de subintegração e sobreintegração nos sistemas sociais e o sistema jurídico se produz e reproduz com base em critérios, programas e códigos de seu ambiente.

#### **4- SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INDIVIDUALISTA SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA NO DIREITO PRIVADO**

Diante deste cenário a liberdade de reconstrução discursiva supera a liberdade individual do contrato, passando assim para primeiro plano, mas não dentro do discurso econômico. Nesse sentido, entende-se que a “*liberdade contratual seria então, sob as condições da pluralidade de discursos, a liberdade de os discursos procederem à reconstrução e à ressignificação das operações dos outros discursos em seu próprio contexto.*” (TEUBNER, 2005, p. 288) A liberdade se traduziria em uma liberdade para o mal-entendido produtivo.

##### **4.1- Os Sistemas Sociais e as Tendências totalitárias**

A liberdade de tradução nos termos referidos dentro do direito privado, especialmente no âmbito contratual, é colocada em xeque, quando tendências totalitárias de um sistema social tentam impor sua versão da tradução a outros mundos de sentido. Nesse sentido a liberdade, antes em sua versão meramente contratual se mostra restrita à proteção da decisão individual no mercado, mas deveria sim ser estendida à proteção da dinâmica da tradução contratual contra o próprio mercado. (TEUBNER, 2005)

É desta forma que o discurso econômico tenta consagrar sua monopolização, através do mercado, e em nome de uma racionalidade econômica, fazendo com que a própria liberdade de reconstrução discursiva seja oposta a nova construção plural. Todavia para evitar tal situação, há necessidade da edificação de um grande projeto de infra-estrutura conjugando a cooperação de múltiplas capacidades (técnicas, científicas, financeiras e políticas).

Este concerto segundo Gunther Teubner (2005) se não for suficientemente aplicado, a lógica de mercado estará consagrada, uma vez que o conflito seja resolvido na seara do Poder Judiciário. Isto se dá pois este aplicará a cisão da complexidade do projeto produtivo, se concentrando apenas conflitos individuais, fazendo assim prevalecer a perspectiva econômica, abarrotada em critérios de eficiência alocativa e redução de custos de transação, que por sua vez ampliam a dependência do direito em relação a essa tradução. (TEUBNER, 2005)

Neste caso é evidente a existência de um contato entre o sistema social da economia e o sistema do direito, especialmente no tocante ao direito privado, o qual trabalha com a lógica do mercado quando analisado pelo Poder Judiciário como visto. Assim, Niklas Luhmann (2006, p. 621) explica o funcionamento desta relação entre os sistemas, ao afirmar que:

En la relación de derecho y economía, el acoplamiento estructural se logra a través de la propiedad y el contrato. Estos dispositivos en su calidad jurídica brindan las razones más importantes de los derechos y los deberes (en el sentido de: obligaciones) de tal forma que en los tiempos de cambio del siglo XVIII se piensa que son congruentes con las bases en absoluto del derecho y de la sociedad.

Contrariando essa lógica, o direito privado, deveria ser guindado na direção da policontextualidade, pois atualmente opera neste quase que exclusivo acoplamento monocontextual com sistema da economia. Dessa feita, passa a receber "*suas informações sobre o resto da sociedade quase automática e quase exclusivamente por meio do cálculo custo-benefício do discurso econômico*" (TEUBNER, 2005, p. 289). Especialmente danoso ao subsistema do direito privado que receberá os discursos da sociedade já filtrados com a linguagem da economia, prevalecendo com isso a tendência totalitária daquele sistema social da economia e seu monopólio da tradução.

Nesta senda, Gunther Teubner (2005) afirma ser importante o direito privado estabelecer contato com outros subsistemas sociais que seguem critérios racionais, o que de forma restrita já vem acontecendo com as conhecidas cláusulas gerais. Todavia, são apenas correções marginais da racionalidade dominante do sistema social da economia, devendo sim ser substituídas pela simetria no projeto discursivo do contrato.

#### **4.2- Direitos de Discurso e a Teoria Sistêmica no Direito Privado**

O contrato enquanto este projeto discursivo, como uma tradução de jogos linguísticos, abre um campo de questionamentos, em especial sobre sua autenticidade, logo quando os discursos dentro da liberdade de tradução podem exigir autonomia. Todavia, os referidos totalitarismos, controladores das meta-regras de tradução, monopolizam-no como referido e o impõe o direito de reconstrução. (TEUBNER, 2005) Nesse sentido Gunther Teubner afirma que:

Esses "direitos" são, antes de tudo, apenas fenômenos sociais difusos, construtos rudimentares normativos com contornos pouco claros que se apresentam em comportamentos sociais como pretensões vagas de autonomia que, entretanto, são tão importantes para a preservação de uma estrutura social diferenciada que sua institucionalização jurídica deve ter preferência na política jurídica. (2005, pp. 290-291)

Neste contexto emerge a proposta de interdiscursividade e ao passo de que se questiona sobre sua possível compreensão no próprio projeto produtivo do contrato. Afinal, a reconstrução do contrato como projeto produtivo deve ser realizada a partir das mais diversas esferas (Tecnologia, Ciência, Medicina, Educação, dentre outras), tendo em vista que se trata de uma relação que apresenta alta complexidade, bem como sua proteção através dos direitos fundamentais também merece destaque. (TEUBNER, 2005)

Os institutos de direitos fundamentais, não mais se apresentam como viáveis em suas formas originais, pois o projeto produtivo do contrato, exige que seja *"alterado, passando de uma proteção meramente relacionada ao indivíduo para a proteção de instituições, redes, sistemas e discursos impessoais diante das ameaças no setor privado."* (TEUBNER, 2005, p. 291) Passando estes a ser identificados e considerados como direitos de discurso, deve ser edificada uma ampliação dos direitos fundamentais e naturalmente uma reformulação das estruturas clássicas de suporte dos mesmos, para que com isso se garanta a pluralidade de discursos. Nesta senda, Gunther Teubner destaca que:

Essa ampliação do indivíduo ao discurso foi a mensagem da teoria de sistemas para o direito público, que alterou fundamentalmente seu entendimento sobre os direitos fundamentais, cujas consequências sobre o direito privado, porém, ainda devem ser extraídas. (2005, p. 291)

Desta forma, os direitos fundamentais tem de ser apreciados como de proteção à diversidade de discursos, repelindo as tendências monopolizantes de discursos dominantes, pois estes já não mais são originários da política, mas sim de áreas no limiar do século XXI. Asseverando, Gunther Teubner (2005) destaca que hoje estão presentes na tecnologia, na ciência e na economia e, para estas ou quaisquer outras de tendências totalitárias deve estar voltado o conceito discursivo de direitos fundamentais, pois o direito privado deve estar voltado para proteção de muitas autonomias e não apenas diante do Estado repressivo.

Assim, além disto, refuta-se também institutos como a dogmática do reflexo a terceiros, que se concentra na função de proteção do Estado, pois sua discussão atual está concentrada no poder econômico. Tal situação, se apresenta equivocada, tendo em vista que o meio de comunicação não é o poder, como outrora se pensava, mas sim o dinheiro. É o dinheiro que ameaça às liberdades discursivas, por meio de sua sutil, mas extremamente eficaz sedução que promove uma corrupção estrutural, fazendo exortar a necessidade de uma *"institucionalização estável de direitos fundamentais."* (TEUBNER, 2005, p. 293)

Para evitar esse cenário uma procedimentalização dos direitos fundamentais poderia levar a uma garantia efetiva de autonomia discursiva, pois por trás dos discursos acerca dos direitos fundamentais está a necessidade de uma constitucionalização do direito privado e uma reconstrução sob este prisma dos contratos. Todavia, há de se observar que não é uma constitucionalização política, mas sim uma constitucionalização dos conhecidos regimes privados de regulamentação que podem com isso garantir as autonomias da Sociedade Civil. Dessa feita, outro ponto importante de destaque para tanto, é a substituição do acoplamento monocontextual entre economia e direito privado, para que esse mantenha contato com mais sistemas sociais de bases racionais.

## **5- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As relações contratuais complexas na modernidade têm como ponto de partida uma reconstrução do direito privado, que tem como fundamento, a reconceptualização dos direitos fundamentais, enquanto direitos de discurso, e uma transposição da consolidada lógica jurídica protetiva contra ingerências do poder político. Para tanto, é necessário enfrentar e compreender os desafios de uma sociedade fragmentada, sem cair no reducionismo unidimensionalista de sentido econômico ou jurídico.

Neste contexto, rememora-se a Teoria do Contrato Relacional, com vistas a revigorar esta nova perspectiva que se abre no direito privado. Todavia, é mister a reificação da referida, pois a mesma acaba por colocar em constante oposição interpretações discursivas de sistemas sociais distintos, o que faz de maneira equivocada. De certo é indispensável, uma (re)evolução na própria teoria, em que se transpassa de uma relação intersubjetiva à relação interdiscursiva é que se alcança o norteamento ao contrato na atual policontextualidade.

Um campo de questionamentos se abre com essa perspectiva interdiscursiva, e a liberdade de tradução é um dos principais, pois evidencia-se que as tendências totalitárias de sistemas sociais em expansão, que aspiram controlar a tradução dos discursos, o fazem por meio do controle de meta-regras de linguagem. O poder não é central nesta discussão, mas sim o dinheiro e, para obstaculizar essas tentativas monopolizantes se faz imperativo a construção de uma nova infra-estrutura de cooperação.

A economia se apresenta como o sistema social que atualmente domina as traduções no direito privado por intermédio de acoplamento monocontextual e de seus significantes, através do preceito propriedade e contrato. Nesse viés que é evidente que o contrato enquanto fruto do direito privado está permanentemente recebendo suas informações pelo cálculo de custo-benefício e que o Poder Judiciário também quando avalia estas demandas tende a refutar a complexidade das relações e segmentar o contrato, dando surgimento a contratos individuais, o que prejudica entendimento do contrato enquanto projeto.

A teoria dos sistemas como assevera Gunther Teubner (2005, p. 294) é que dá uma mensagem adequada ao direito privado, com vistas ao rompimento do individualismo marcante na sociedade fragmentada. Com efeito, esse rompimento passa pela ampliação do indivíduo ao discurso e, não menos importante da multilateralização do direito privado, que deve manter contato com outros sistemas sociais racionais, assim evitando o totalitarismo do sistema da economia. Regimes de regulamentação privada são alternativas apontadas para uma constitucionalização do direito privado, sem caráter político da mesma, mas com possibilidade de refrear "*tendências autodestrutivas de sistemas sociais em expansão*" como o sistema da economia, além de outros como da ciência e da tecnologia.

## REFERÊNCIAS

DERRIDA, Jacques. *Força da Lei: o fundamento místico da autoridade*.

Tradução: Leyla Perrone-Moisés. 2º. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 145 p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 627 p.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. 1º. ed. Cidade do México: Herder, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 3º. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. 1º. ed. Cidade do México: Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. 1º. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano André Doerdelein; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2º. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 139 p.

ROCHA, Leonel Severo. *Policontextualidade e Estado*. Revista Direitos Culturais. 2009, vol. 4, n. 6, pp. 11-24. ISSN 2177-1499. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/artic le/view/17/12>> Acesso em: 16/07/2013.

\_\_\_\_\_. *Policontextualidade e direito ambiental reflexivo*. Sequência. 2006, vol. 27, n. 53, pp. 9-28. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>> Acesso em: 20/07/2013.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. 1º. ed. Piracicaba: EDITORA UNIMEP, 2005. 300 p.

\_\_\_\_\_. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. 1º. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 134 p.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Tradução:  
Claudia Berliner. 2º. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes,  
2009. 755 p.