

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.4.57163>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

## UMA DOUTRINA ANTIDOGMÁTICA DO DIREITO CONTRATUAL

AN ANTIDOGMATIC DOCTRINE OF CONTRACTUAL LAW

Lucas Fucci Amato<sup>1</sup>

### RESUMO

Tradicionalmente atribui-se à doutrina ou dogmática jurídica a tarefa de sistematizar e conferir coerência e unidade de sentido a determinado ramo do direito, tomando as normas postas vigentes como pressuposto incontornável de uma teorização voltada a informar a interpretação e aplicação do direito. Em contraste, este artigo procura descrever e analisar a proposta de uma doutrina jurídica estendida ou desviacionista, avançada no texto considerado como manifesto do movimento americano de estudos críticos do direito, de autoria de Roberto Mangabeira Unger. Ao lado da caracterização desse estilo de análise jurídica, que funciona como uma espécie de doutrina antidogmática, o texto discute o exemplo abordado por Unger: as construções dissonantes que se pode fazer do ramo do direito dos contratos, partindo do conflito entre princípios e contraprincípios constitutivos dessa seara. Finalmente, o texto aborda a crítica dirigida a tal teorização pelo pensador jusnaturalista contemporâneo John Finnis. Tal crítica revela a distância entre as posições morais e ideológicas avançadas, de um lado, pelos modernistas críticos, e, de outro, pelo direito natural de inspiração tomista. A conclusão é de que a exploração criativa das contradições existentes no interior da própria doutrina contratual pode ser mobilizada sobretudo no desenho de novos arranjos transacionais, especialmente daqueles voltados a contratos relacionais. Trata-se, assim, de artigo voltado a uma revisão bibliográfica na interface entre a filosofia e a teoria geral do direito, de um lado, e a teoria do direito contratual, de outro.

**Palavras-chave:** teoria do direito; dogmática jurídica; direito contratual; contratos relacionais.

### ABSTRACT

Traditionally, legal doctrine or dogmatics has been attributed the task of systematizing and conferring coherence and unity of meaning to a certain branch of law, taking the norms in force as an unavoidable assumption of a theorization aimed at informing the interpretation and application of the law. In contrast, this paper aims at describing and analyzing the proposal of an extended or deviationist legal doctrine, advanced in the text considered to be the manifesto of the American movement of critical legal studies, authored by Roberto Mangabeira Unger. Besides the characterization of this style of legal analysis, which works as a kind of anti-

<sup>1</sup> Professor colaborador do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Livre-Docente, Pós-Doutor, Doutor e Bacharel em Direito pela USP, com estágio doutoral na Harvard Law School, Estados Unidos, e estágio pós-doutoral na University of Oxford, Inglaterra. lucasfamato@gmail.com. ORCID - <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>.

dogmatic doctrine, the text discusses the example approached by Unger: the dissonant constructions that can be made of the branch of contract law, based on the conflict between principles and counter-principles that constitute this area. Finally, the text addresses the critique of such theorization by contemporary natural law thinker John Finnis. This critique reveals the distance between the moral and ideological positions advanced, on the one hand, by the critical modernists, and, on the other, by the natural law of Thomistic inspiration. The conclusion is that the creative exploration of the contradictions existing within the contract doctrine itself can be mobilized above all in the design of new transactional arrangements, especially those aimed at relational contracts. Therefore, this paper comprises a literature review on topics in the interface between general jurisprudence and philosophy of law, on the one hand, and contractual theory, on the other.

**Keywords:** jurisprudence; legal doctrine; contract law; relational contracts.

## INTRODUÇÃO

Roberto Mangabeira Unger faz parte de uma geração que buscou repensar a forma e a função do estudo do direito, integrando-o às ciências sociais. De modo específico, Unger saiu de uma formação positivista, formalista e doutrinária nos moldes da educação jurídica tradicional no Brasil, de influência europeia, para o contexto do pensamento jurídico americano, um tanto quanto diferente e impactado ainda pelo realismo. A crítica usualmente dirigida aos *Critical Legal Studies* – de que subordinam o direito à política (e.g. FISS, 1986; CHRISTODOULIDIS, 1996) – não parece totalmente correta, ao menos a partir da clara distinção sugerida por Unger.

Ao diferenciar a tarefa de interpretação do direito posto – protagonizada pelo Judiciário ou outros âmbitos de solução de controvérsias – daquela de reforma do direito (encaminhada pelos Poderes políticos), Unger propõe a ampliação do escopo da pesquisa em direito; poderíamos descrever esse lado programático da doutrina jurídica (“antidogmática”, como sugere AMATO, 2017) como “política do direito” (em termos kelsenianos, por contraposição à “ciência do direito” positivo – KELSEN, 2006, p. 1), como uma visão renovada de “ciência da legislação” (ampliada em relação ao escopo utilitarista de BENTHAM, 1823), ou, em termos sistêmicos (LUHMANN, 2004, cap. 7), como um discurso voltado à periferia do sistema jurídico (aos Poderes políticos e à ordenação privada), em vez de ao seu centro (judicial).

Desde o livro *O Movimento de Estudos Críticos do Direito* (originado de conferência proferida em 1982), o pensamento jurídico aparece para Unger como arena relevante para se pensar a reorganização das instituições basilares da política democrática e da economia de

mercado. Esse viria a se tornar o motivo central das reflexões de Unger também em sua teoria social, em seus escritos políticos “programáticos” e em seus escritos econômicos.

Neste artigo, o foco é ilustrar a proposta de uma doutrina ampliada ou “desviacionista” pela referência à discussão que Unger (2017) apresenta acerca do direito contratual. Além de caracterizar esse tipo de análise jurídica e analisar a discussão sobre o direito dos contratos, o artigo faz referência à controvérsia gerada por tal proposta teórica, a qual ilustra um conflito entre a concepção liberal-clássica do contrato como promessa (atualizada por Charles Fried), as concepções modernistas dos *critical legal studies* (representadas por Unger e desenvolvidas em direção a uma teoria relacional do contrato, como aquela de Ian Macneil e Stewart Macaulay) e as visões tomistas, representadas pelo jusnaturalismo contemporâneo de John Finnis, que reitera os vínculos de simpatia civil e os deveres de equidade como ínsitos às relações contratuais. A metodologia abraçada, portanto, é de uma revisão de literatura que busca abordar o estado da arte da teoria contratual por remissão a discussões mais amplas da filosofia e teoria geral do direito.

## 1. DOUTRINA JURÍDICA DESVIACIONISTA

Qualquer “teoria geral do direito” fornece uma metodologia mais ou menos universal para a aplicação do direito, nas diversas ordens jurídicas (além do direito estatal-nacional, também o direito internacional, por exemplo), independentemente do país e do ramo material ou processual do direito. É verdade que a tradição positivista moderna acabou por firmar uma teoria geral do direito que tem alguns pressupostos históricos e toma por base a experiência do direito centralizado no Estado moderno. Entretanto, em tese, mesmo que se esteja a lidar com uma ordem jurídica privada, não estatal, podem ser úteis em grande medida os conceitos operacionais e apresentados e discutidos por esse tipo de teorização abrangente, que em inglês se identifica como “*general jurisprudence*”, por oposição a teorias mais particulares ou específicas desta ou daquela ordem jurídica (uma “*particular jurisprudence*” brasileira ou argentina, por exemplo – ver TWINING, 2009; SCHAUER, 2022, introdução à edição brasileira) e em contraste com a doutrina (ou dogmática) do direito civil ou do direito penal, por exemplo (FERRAZ, 1977; 1998; ZULETA PUCEIRO, 1981; LUHMANN, 1983). A dogmática constitui-se por discursos voltados a sistematizar e conferir coerência ao ordenamento jurídico, partindo das normas positivadas como pressupostos incontornáveis da argumentação.

Em contraste seja com uma teoria geral do direito, seja com a dogmática tradicional, a proposta teórica central do livro de Unger sobre os estudos críticos do direito é a doutrina “estendida”, “ampliada” ou “desviacionista” (UNGER, 2017, p. 112-120, 187-189). Tal modalidade de análise do direito tem o escopo de alargar a visão sobre as formas alternativas de organização da sociedade, particularmente em suas arenas políticas e econômicas. Seu método pretende diferenciar-se em relação à doutrina jurídica tradicional, despertando o discurso jurídico de seu sono dogmático na medida em que explora as considerações empíricas e refina a argumentação normativa – as duas fronteiras que a argumentação jurídica tradicional tangencia sem de fato pesquisar. Mas, com isso, a doutrina aproxima-se deliberadamente de um conflito aberto (e, nesse sentido, político-ideológico) sobre a organização social.

Unger (2017, p. 115-116) discerne três níveis analíticos do direito: regras e precedentes autoritativos; propósitos, políticas e princípios; concepções de associação humana possível e desejável para cada área do direito e, portanto, da sociedade. A idealização doutrinária usual consiste em restringir arbitrariamente tal visão de associação humana e, então, garantir a alocação da precedência de um ou outro princípio. O que a doutrina desviacionista pretende é manifestar as controvérsias, inclusive no plano dos princípios e contraprincípios e de visões concorrentes sobre a organização das diversas áreas. Para ela, o direito é um repositório de soluções dominantes e desviantes, e estas podem ser estendidas como pontos de partida para uma revisão de todo um campo jurídico e social.

Unger (2017, cap. 6) descreve e exemplifica a construção dessa doutrina por dois métodos. Um método seria o “desenvolvimento interno”: a partir do conflito entre as soluções institucionais dadas por um ramo do direito e os ideais nele cultivados – ou mais amplamente aceitos, inclusive para outras áreas da vida ou do direito –, busca-se revisar a forma de organização prescrita pela ordem jurídica. Ideais são revisados a partir de suas corporificações práticas e estas soluções jurídicas são corrigidas à luz de ideais atribuídos. Os pressupostos fáticos e normativos de uma solução jurídica dada são trazidos à luz e discutidos para criticá-la e substituí-la. Isso inclui explorar o conflito entre ideais concorrentes – princípios e contraprincípios com os quais pretende se comprometer determinado ramo do direito.

O outro método seria o “discernimento visionário”, que parte de exercício profético sobre uma forma de vida melhor – informado por um argumento normativo que pode ser externo à ordem jurídica na qual se está trabalhando – e busca então revisar a ordem jurídica e social vigente por passos sucessivos que a encaminhem naquela direção apontada. O exemplo dado é o quanto a discriminação racial está combinada com desigualdades de classe, e o quanto

tal problema ultrapassa os limites da implementação judicial de reformas pautadas na concretização do princípio da igualdade.

Apenas razões mais ou menos arbitrárias de prudência e papéis institucionais podem limitar essa argumentação na sua direção de extrapolar o exercício jurídico de solução de conflitos e se encaminhar à proposição mais ampla e política de reformas. Os juízes, entretanto, podem desde já deixar de lado a idealização sistematizadora.

Não há uma linha clara que separe o argumento normativo no contexto profissional de aplicação do direito do argumento decididamente filosófico ou ideológico, de disputas abertas sobre concepções normativas. Juízes e outros profissionais poderão excepcionalmente ter que trabalhar nesta fronteira. Mas, em regra, não precisam perturbar o seu trabalho por tal prática mais ampla de argumento programático. Basta definir significados disputados de regras e doutrinas pela atribuição de propósitos em contextos (UNGER, 2017, p. 114-115). Apenas quando isso for insuficiente terão que escalar ao terceiro plano – aquele das concepções gerais de vida social –, mas aí não poderão mais apelar para uma autoridade inerente que os diferencie da disputa ideológica.

Não se pode querer substituir o encaminhamento político das mudanças sociais pela autoridade togada. Mas também a doutrina não deve se impor o fardo de ter que encontrar uma harmonia geral entre os ideais professados e as soluções que pretendem representá-los no direito positivo atual. Então, a “recusa em santificar os arranjos existentes implica uma disposição em desafiar pelo uso incongruente de papéis institucionais” (UNGER, 2017, p. 118).

## **2. PRINCÍPIOS E CONTRAPRINCÍPIOS DO DIREITO DOS CONTRATOS**

Uma ilustração interessante da aplicação da doutrina desviacionista a partir de seu desenvolvimento interno – das soluções dominantes e desviantes, dos princípios e contraprincípios internos ao próprio direito positivo – é dada pelo tratamento que Unger (2017, p. 155-189) confere ao direito contratual. É de se notar que o direito contratual moderno afirma-se sobre a máxima da obrigatoriedade das promessas, não exigindo para a imponibilidade das obrigações a perfeita justiça e reciprocidade (sinalagmática) das prestações e contraprestações. Essa visão liberal clássica – que remonta às teorias do direito natural racional (por exemplo, a Hugo Grócio; ver KOSKENNIEMI, 2013) – foi sofrendo uma série de qualificações e exceções na medida em que foram se diferenciando as projeções da doutrina contratual: no direito do trabalho e de família, no direito societário e antitruste, no direito internacional.

Especialmente na tradição anglófona, a presença de obrigações fiduciárias – por vezes tácitas ou pouco articuladas – passou a marcar diversos aspectos e institutos civis e comerciais, assim como os contratos de longo prazo (relacionais) não puderam ser explicados e interpretados à luz da exigência de uma articulação previamente formalizada de todos os “termos” e cláusulas a regerem uma transação (sobre contratos relacionais, ver MACAULAY, 1963; 1985; 1995; MACNEIL, 1980; 1985; 2000; GORDON, 1985; WILLIAMSON, 1985).

É a partir dessa constatação que Unger (2017, p. 155-189) propõe construir uma nova visão de unidade da doutrina contratual, que deixe de reconhecer esse tipo de relação jurídica como mera exceção ou qualificação excepcional ao modelo clássico do contrato como promessa (para uma defesa deste modelo, em diálogo explícito com Unger, ver FRIED, 1981; 2019; ver também ATIYAH, 1979). Exemplar do modo como os estudos críticos do direito observavam a indeterminação jurídica é o estilo que Unger adota para desenvolver, internamente à doutrina contratual, sua argumentação: a determinados princípios correspondem contraprincípios concorrentes, e não há um critério racional juridicamente objetivo que determine a prevalência de um sobre o outro – o que passa a ser uma decisão política ou ideológica. Explicitando os ideais que animam determinado ramo do direito, detalhando suas regras e explorando os hiatos entre as regras e os princípios que deveriam justificá-las, e entre princípios e contraprincípios que deveriam compor uma mesma visão normativa coerente e racional de associação humana, a “doutrina desviacionista” conseguiria terminar por fornecer uma teoria mais ampla e coerente daquele pedaço do direito, e essa teoria serviria de base para a reformulação institucional e a inovação jurídica.

A primeira colisão apontada é aquela entre o princípio da liberdade para contratar e o princípio da comunidade. Princípios são entendidos como pressupostos de fundo das regras e *standards*; princípios colidentes divergem quanto à justificação de diferentes esquemas de associação humana, quanto à visão de como as pessoas devem se conectar na ordem social. No caso, temos de um lado a diretriz que enfatiza a liberdade para entrar em um contrato ou recusá-lo, o que enfatiza a relatividade dos efeitos do contrato, o caráter voluntário e autointeressado das barganhas e a demarcação estrita de zonas de discricionariedade por direitos e deveres estipulados de antemão pelas partes da transação. De outro lado (por referência ao ideal de comunidade), há contratos que só podem ser interpretados dentro de uma ordem de reciprocidade e lealdade; nesses casos, entende-se que a liberdade para escolher o parceiro contratual não pode subverter a ordem comunitária. É o caso dos contratos compulsórios, da responsabilidade pré-contratual ou associada a papéis (por exemplo, à relação de confiança

entre médico e paciente). É a compreensão de fundo que justifica apelos à confiança legítima ou a vedação do enriquecimento sem causa, com formas de responsabilidade civil não voluntária (objetiva ou culposa).

O voluntarismo contratual é mais excepcionado ainda, em nome de uma definição fluída de direitos e deveres, em relações civis de família e amizade; por exemplo, com a distinção entre doações familiares e extrafamiliares, ou com a distinção dessas relações enquanto “arranjos sociais”, diferentes de meros contratos. Em muitos casos se entende que a declaração de não se vincular deve ser considerada, mas que, de todo modo, expectativas legítimas devem ser amparadas. Em muitos contextos, ainda, a confiança elevada e a continuidade das relações combinam-se ao exercício de poder – na família ou na empresa, por exemplo. Esses dados matizam o voluntarismo, o universalismo abstrato e a isonomia pregados pela ideia do contrato como promessa entre partes livres e iguais.

A segunda colisão importante se dá entre o princípio da liberdade de contrato e o contraprincípio da equidade. De um lado, temos a afirmação da liberdade para escolher os termos do acordo; de outro, a proibição de relações contratuais injustas, abusivas, desproporcionais. A doutrina equilibra-se para defender a preservação da voluntariedade (como atributo que distingue a contratação voluntária do mero exercício de poder ou coação), mas a correção equitativa jamais pode ser tão radical a ponto de redistribuir corretivamente as vantagens de poder e conhecimento que justificam a própria transação entre as partes. Para essa calibração são usados retoricamente *standards* de boa-fé e proteção contra cláusulas abusivas, exigindo ajustes *ad hoc*. Por exemplo, diz-se que o direito potestativo, ao ser exercido, não pode exceder os limites do uso e costumes, da boa-fé e sociais necessários à paz social. Nos contratos em geral desenvolve-se a doutrina dos vícios de consentimento (e, no direito americano, a doutrina da coação econômica); nos contratos trabalhistas, a hipossuficiência do trabalhador no vínculo individual é compensada pela negociação coletiva, mediada por sindicatos; no direito societário, protegem-se os acionistas minoritários.

### 3. JUSNATURALISMO *VERSUS* MODERNISMO JURÍDICO

Unger (2017) pretende mostrar com sua discussão sobre o direito dos contratos que as instituições da economia de mercado podem mudar de modo a, entre o voluntarismo estatal (lei) e o voluntarismo privado (contratos pontuais), dar centralidade a obrigações que surgem de relacionamentos de dependência mútua apenas incompletamente moldados por deveres

formalizados pelo Estado ou pelas partes; aqui geralmente se combina a formalização parcial, de alguns direitos e deveres, com obrigações tácitas, emergentes do relacionamento continuado e das expectativas fundadas na confiança recíproca. Nesse sentido, marginal passa a ser a doutrina clássica, do contrato como promessa, fundada na primazia do autointeresse e na excepcionalidade da solidariedade. A visão do contrato como comunidade atesta uma combinação de egoísmo e altruísmo, como espectro entre os extremos de relações de puro afeto ou de mera mercadoria. Essa visão explica institutos com importantes componentes fiduciários, como as *joint ventures* parcerias de escopo e duração limitados; e serve mais ainda para a interpretação de colaborações estreitas, de longo prazo, difíceis e com lucros incertos, como os investimentos de risco que caracterizam a economia digital.

O filósofo analítico jusnaturalista e professor de Oxford John Finnis, cuja obra é voltada a uma reapresentação contemporânea da hierarquia tomista das virtudes e dos bens humanos (FINNIS, 2011), criticou a análise ungeriana do contrato por seu contraste entre uma representação do contrato clássico como puramente assentado em valores instrumentais e na barganha egoísta, com restrições ao comportamento oportunista das partes, diametralmente oposta a uma visão (relacional) do contrato como comunidade e solidariedade. Para Finnis (1985), todo o pensamento clássico a respeito dos contratos já os envolvia em princípios de justiça e equidade, entendendo que as partes já se encontram envoltas em um vínculo de simpatia civil. Afinal, Finnis (2011, p. 276-277) mesmo define o direito como

regras feitas de acordo com regras jurídicas regulativas por uma autoridade determinada e efetiva (ela mesma identificada e, geralmente, constituída como instituição por regras jurídicas), para uma comunidade “completa”, e reforçadas por sanções de acordo com estipulações regradas de instituições jurisdicionais, sendo esse conjunto de regras e instituições dirigido a resolver razoavelmente quaisquer dos problemas de coordenação da comunidade (e a ratificar, tolerar, regular ou superar soluções de coordenação dadas por quaisquer outras instituições ou fontes de normas) para o bem comum daquela comunidade, segundo a maneira e a forma elas mesmas adaptadas a tal bem comum por atributos de especificidade, minimização da arbitrariedade, e manutenção de uma qualidade de reciprocidade entre os sujeitos do direito, tanto entre si quanto em suas relações com as autoridades jurídicas.

Evidentemente, a crítica do neotomista John Finnis é dificilmente aceitável para um teórico romântico, modernista e pragmatista como Unger (ver AMATO, 2017, cap. 3). O ponto de Unger é mostrar como o direito positivo não encampa apenas uma visão de associação humana desejável (as regras, princípios e doutrinas americanas não suportavam inequívoca e exclusivamente quaisquer das visões sobre o contrato) e, portanto, evidenciar como a moldura

institucional detalhada e justificada pelo direito está aberta à alteração. Finnis, pelo contrário, quer determinar uma lista e uma hierarquia fechada das formas objetivas do bem humano, evidenciando requisitos de razoabilidade prática que a doutrina contratual desde sempre teria considerado. Para compreender tal desacordo, é importante nos remetermos às visões filosóficas por detrás dessa discussão jurídica do direito dos contratos.

Segundo interpreta Unger (1987), para Tomás de Aquino, a realidade do direito é função da medida em que ele concretiza a justiça de um direito divino. Só é direito a ordenação segundo a natureza daquela ordem social, ou de determinado aspecto ou setor dessa ordem. O contexto deve ser considerado para a interpretação finalística das regras e a imersão delas nesse contexto institucional define seu alcance e sentido. A prudência dirige tal atividade interpretativa: não é lógica nem ciência, não é conhecimento empírico impessoal e objetivo contraposto ao jogo subjetivo de interesses e ideais (ideologia). Não há o sentido pós-kantiano de liberdade moral, mas sim a ideia de uma ordem moral compartilhada, de valores e opiniões comuns. Tal ordem se revela nas formas de organização da sociedade (por exemplo, nas formas de hierarquia e distinção social), mas não se esgota nesse dado “positivo”: depende também da crença em uma fonte transcendente de tais preceitos de conduta – que não são arbitrariamente eleitos pelos homens, mas são os fins que naturalmente dirigem a vontade humana. Os homens os querem porque são verdades e valores corretos, e não o contrário (o critério da verdade não é a vontade das pessoas). Nesse raciocínio não há tampouco a distinção pós-kantiana, positivista, entre moral, direito e política.

Para Unger (1998; 2020), pelo contrário, a personalidade não deve se adequar a uma moralidade imanente às ordens e hierarquias sociais instituídas, mas sempre as extravasa, buscando flexibilizá-las e revisá-las. Em termos dos vínculos contratuais (ver UNGER, 2017, p. 72-75), os contratos relacionais é que impõem um padrão mais elevado de confiança nas trocas, ao contrário dos contratos pontuais clássicos, moldados para assegurar, em condições de baixa confiança, o cumprimento das promessas feitas em interações fugazes e pontuais entre estranhos, com alto risco, portanto, de oportunismo.

#### **4. DA TEORIA CONTRATUAL À PROPOSTA GERAL DE UMA DOUTRINA ANTIDOGMÁTICA**

Se no “manifesto” dos estudos críticos do direito Unger (2017, p. 118) pregava o “uso incongruente de papéis institucionais”, recusando-se a aceitar “qualquer teoria geral dos papéis

institucionais” (como a divisão de trabalho pregada pela escola do processo jurídico), em seus escritos jurídicos posteriores fica mais marcada a distinção entre duas perspectivas de análise do direito: aquela perspectiva profissional, de interpretação sob os constrangimentos dos papéis institucionais dados (*e.g.* de advogado e juiz) e do direito positivo, e a outra perspectiva, de “assessorar” a sociedade (UNGER, 2004, p. 138-141; UNGER, 2017, cap. 2) a vislumbrar seus futuros alternativos, propondo a organização de “pluralismos alternativos” (UNGER, 1999, p. 24-29) – formas variadas do mercado, da democracia, da sociedade civil, incluindo sistemas tributários, trabalhistas e previdenciários, órgãos e procedimentos da administração pública, Poderes e direitos constitucionais (ver AMATO, 2018), arranjos de propriedade empresarial e financiamento produtivo (ver AMATO, 2022), propriedade intelectual, tratados internacionais de comércio e tantas outras instituições acerca das quais Unger pontua sugestões de reforma ao longo de suas obras. Assim se testaria e experimentaria na prática a vantagem comparada de cada variedade dessas instituições, amainando-se a pressão pela cópia e convergência institucional e distendendo-se o repertório de arranjos funcionalmente equivalentes, mas com diferenças quanto à sua inclusividade, corrigibilidade, abertura e plasticidade. Nessa tarefa, o desenho de novos arranjos transacionais pode valer-se da exploração criativa das contradições manejadas por Unger na discussão sobre a doutrina contratual.

Especialmente a discussão sobre contratos relacionais encontra naquelas contradições material para a criação e interpretação de contratos típicos e atípicos. Ademais, sob o rótulo de “direitos de solidariedade”, o próprio Unger (2001, p. 377-382) exemplificou em trabalhos posteriores o quanto essa teorização sobre contratos pode ser estendida para diversas relações sociais que tomam uma forma mais espontânea e tácita do que a formalização *a priori* de direitos e obrigações.

## CONCLUSÃO

Seja em relações econômicas de base fiduciária, que apresentam uma interdependência apenas parcialmente articulada e elementos não promissórios, seja em relações de outra natureza coordenadas sobretudo por expectativas tácitas ligadas a papéis e posições sociais (contratos relacionais), há um contraste com o modelo contratual clássico, de acordos plenamente negociados, com obrigações e direitos bem definidos de antemão (contratos descontínuos). No desenho relacional das transações, a cooperação econômica pode ser abordada como uma dinâmica de expectativas em dois momentos: durante o relacionamento

negocial, uma definição incompleta e revisável dos termos negociais, imersa em expectativas soldadas por confiança aumentada e regida por padrões de boa-fé; na necessidade de judicialização da relação contratual, a delimitação retrospectiva e mais estrita das obrigações, segundo os efeitos concretos do relacionamento e o exercício contextual dos direitos e obrigações.

O contrato clássico é tido como ambientado no mercado, isto é, no pressuposto da rivalidade de partes autônomas, cada qual maximizadora de seu próprio interesse no limite das restrições institucionais postas à sua ação. As partes são observadas como indivíduos autossuficientes que só precisam estabelecer interações pontuais de trocas, na fugacidade de um encontro. Daí que tal estilo contratual busque presentificar o futuro, ou seja: planejar detalhadamente os termos negociais – obrigações e direitos, responsabilidades e sanções pelo inadimplemento, garantias, prazos e condições. A autonomia das partes é vinculada ao direito privado, por contraposição ao caráter impositivo do direito público. Considera-se que são essas, exaustivamente, as fontes de obrigações. A autonomia da vontade é a contraparte jurídica do pressuposto da racionalidade plena. Elas permitiriam assentar o contrato estritamente em regras formais. Seu conteúdo é o intercâmbio de interesses. Como um “legislador racional” (onisciente e suficiente nas previsões, econômico e preciso nas palavras), os contratantes poderiam regular completamente os termos de sua transação, sem qualquer dependência contextual futura. Esta concepção formalista do contrato, que domina a hetero-observação do sistema jurídico pela reflexão econômica, assenta-se no postulado elementar do *pacta sunt servanda*. Economistas podem reclamar que tal postulado é turvado por programas finalísticos que remetem a validade ou a eficácia dos negócios a deveres fiduciários, de boa-fé ou à função social. Tudo isso seria causa de incerteza jurisdicional, a aumentar o custo das transações e diminuir a competitividade sistêmica da economia. O que ocorre, porém, é que na programação jurídica do sistema econômico nem o formalismo mais estreito é operativo para disciplinar as transações no nível da produção, do financiamento e (até mesmo) do consumo, nem a única alternativa é justapô-lo a um corpo de regras de direito público que constitucionalize ou funcionalize os termos dos direitos privados.

Daí emerge a importância dos contratos incompletos, com cláusulas abertas, mas que modulam desde já um campo de expectativas normativas que as partes podem especificar ao longo de uma série de transações e negociações futuras, de relações continuadas que envolvem reciprocidade e confiança elevadas. São uma espécie de autorregulação, de autogovernança, em diferentes graus – ainda dentro da autonomia privada ou mesmo, no limite, excepcionando a

ordem jurídica estatal. O contrato relacional acaba por desenhar uma moldura procedimental que excepciona parcialmente a rivalidade de mercado (trocando o policentrismo competitivo por uma forma quase-organizacional), institucionalizando um vínculo de cooperação ou solidariedade: um acordo de base para o compartilhamento de riscos, responsabilidades e deveres, incluindo a troca de informações e a negociação flexível e revisável dos termos obrigacionais. Por analogia à atividade estatal, em que se contrasta o planejamento diretivo com a regulação indutiva, o contrato clássico tenta vincular o futuro ao presente; o contrato relacional reconhece a contingência e apenas pré-estrutura as expectativas para facilitar o continuado entendimento entre as partes. É um contrato de comunhão de escopo, podendo tomar desde a forma mais plena de sociedade até modalidades de cooperação que não exigem a integração proprietária. Sendo a continuidade das trocas tangíveis e intangíveis o objeto principal do contrato, seu formato deve justamente permitir a renegociação e a solução de impasses. Daí seu caráter procedimental, para fazer frente à imprevisibilidade econômica; afinal, procedimentos são também incertos quanto a resultados, mas institucionalizam desde já as expectativas sobre os meios justos de solução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo jurídico: teoria no direito**. Curitiba: Juruá, 2017.
- AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital**. Porto Alegre: Fi, 2022.
- ATIYAH, Patrick Selim. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1823.
- CHRISTODOULIDIS, Emílios A. The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger. **The Modern Law Review**, v. 59, n. 3, p. 377-397, 1996.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998 [1980].

FINNIS, John. On “The Critical Legal Studies Movement”. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 30, n. 1, p. 21-42, 1985.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FISS, Owen M. The death of the law. **Cornell Law Review**, v. 72, n. 1, p. 1-16, 1986.

FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

FRIED, Charles. Contract as promise: lessons learned. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 20, n. 2, p. 367-379, 2019.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil, and the discovery of solidarity and power in contract law. **Wisconsin Law Review**, v. 1985, n. 3, p. 565-579, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. International law and the emergence of mercantile Capitalism: Grotius to Smith. *In*: DUPUY, Pierre-Marie; CHETAIL, Vicent (eds.). **The Roots of International Law / Les fondements du droit international: Liber Amicorum Peter Haggemacher**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013. p. 3-37.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963.

MACAULAY, Stewart. An empirical view of contract. **Wisconsin Law Review**, v. 1985, n. 3, p. 465-482, 1985.

MACAULAY, Stewart. Long-term continuing relations: the American experience regulating dealerships and franchises. *In*: MACAULAY, Stewart; FRIEDMAN, Lawrence M.; STOOKEY, John (eds.). **Law & society: reading on the social study of law**. New York: W. W. Norton & Company, 1995. p. 337-350.

MACNEIL, Ian Roderick. **The new social contract: an inquiry into modern contractual relations**. New Haven: Yale University Press, 1980.

MACNEIL, Ian Roderick. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, v. 1985, n. 3, p. 483-525, 1985.

MACNEIL, Ian Roderick. Contracting worlds and essential contract theory. **Social & legal studies**, v. 9, n. 3, p. 431-438, 2000.

SCHAUER, Frederick. **A força do direito**. Tradução de André Luiz Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

TWINING, William. **General Jurisprudence: understanding law from a global perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. El concepto de derecho en Santo Tomas de Aquino. *In: TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987. p. 87-88.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Paixão: um ensaio sobre a personalidade**. Tradução de Renato Schaeffer e Luis Carlos Borges. São Paulo: Boitempo, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais**. Edição de Zhiyuah Cui. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo; Chapecó: Argos, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior**. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O homem despertado: imaginação e esperança**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.