

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

Regina Helena Marchiori Canali

A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSSIBILIDADE DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PERANTE A CONCEPÇÃO SISTÊMICA
AUTOPOIÉTICA DO DIREITO

São Leopoldo

2007

Regina Helena Marchiori Canali

A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSSIBILIDADE DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PERANTE A CONCEPÇÃO SISTÊMICA
AUTOPOIÉTICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Área das Ciências
Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2007

Ficha Catalográfica

- C212c Canali, Regina Helena Marchiori
 A cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoiética do direito / Regina Helena Marchiori Canali. – 2007.
 152 f. ; 30 cm.
- Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.
 Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.
1. Contratos. 2. Boa-fé. 3. Autopoiese. 4. Sociedade. 5. Sociologia do direito. I. Rocha, Leonel Severo, orientador. II. Título.

CDU: 347.44

Catálogo: bibliotecária Ana Paula Benetti Machado – CRB10/1641

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva como Possibilidade de Solução de Conflitos Contratuais Perante a Concepção Sistêmica Autopoietica do Direito”, elaborada pela aluna Regina Helena Marchiori Canali, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 12 de setembro de 2007.

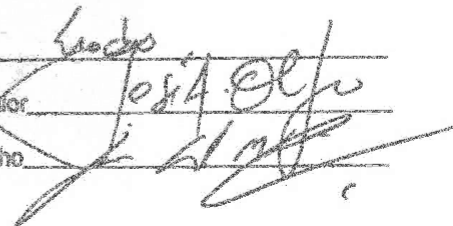
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca Integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha

Membro: Dr. José Alcibíades de Oliveira Júnior

Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho



The image shows three handwritten signatures in black ink, each written over a horizontal line. The first signature is 'Leonel Severo Rocha', the second is 'José Alcibíades de Oliveira Júnior', and the third is 'José Carlos Moreira da Silva Filho'. The signatures are written in a cursive, somewhat stylized script.

Ao Mateus, pelo carinho e aprendizado de todos os dias.

À família, que ao mesmo tempo distante, sempre presente.

Aos que partiram, pelas lembranças e pela saudade, bem como pelo amor e carinho vividos, que, pela intensidade, permanecem presentes.

A Deus, por tudo!
Ao Mateus, por ser o motivo de força e estímulo em
todos os momentos.
À família, em especial aos meus pais (*in memoriam*)
e irmãos, e aos meus sogros, pelo exemplo de vida e
pela dedicação.
Ao “zeca”, companhia constante no maior período
de estudos dedicados ao direito.
Ao professor Pós-Doutor Leonel Severo Rocha, pelo
exemplo de dedicação ao direito e pela confiança
como orientador deste trabalho.
Ao professor Msc. Mário José Martins da Silva
Mateiro, pelo incentivo, exemplo e apoio, desde os
primeiros até os últimos dias desta caminhada.
Ao professor Dr. Germano Schwartz, pela atenção e
disponibilidade dispensadas.
Ao professor Dr. Darci Ribeiro, pela “janela aberta”
ao processo civil.

La confianza no es la única razón del mundo; pero una concepción muy compleja y estructurada del mundo no podría establecerse sin una sociedad definitivamente compleja, que a la vez no podría establecerse sin la confianza.

Niklas Luhmann

RESUMO

Tendo em vista a mudança paradigmática ocorrida no sistema jurídico, responsável pela substituição do sentido individualista pelo social, faz-se necessário proporcionar ao direito uma nova concepção. Diante desse fato, delimitou-se o tema a ser pesquisado, que recaiu no instituto contratual e na teoria sistêmica autopoietica do direito como um meio possível para se trabalhar os conflitos contratuais na sociedade complexa e globalizada da atualidade. Dessa forma, o trabalho destina-se a verificar a possibilidade de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva como um meio para a solução de conflitos contratuais perante a teoria sistêmica autopoietica do direito. Para alcançar o objetivo proposto, a análise abordou, num primeiro momento, o instituto contratual, através da sua conceituação, traçando um paralelo com as concepções do Estado Liberal, Estado Social e os aspectos referentes às novas tendências do instituto contratual, bem como a caracterização das fases contratuais. Num segundo momento, a análise direcionou-se para os princípios contratuais, com ênfase no princípio da boa-fé objetiva e na confiança como meio de satisfação das expectativas despertadas nas partes contratantes durante o transcurso do negócio jurídico. Após, num terceiro momento, foram abordados os temas referentes à cláusula geral da boa-fé objetiva, bem como à teoria sistêmica autopoietica do direito, considerada um método possível para a resolução dos conflitos contratuais. Como resultado da pesquisa realizada, após a análise dos temas selecionados, constatou-se a efetividade do objetivo proposto, de se considerar a cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoietica do direito.

Palavras-chave: Boa-fé, confiança, contrato, sistemas, autopoiese, expectativas, auto-produção, complexidade, sociedade.

RESUMEN

Considerando el cambio paradigmático ocurrido en el sistema jurídico, responsable por la substitución del sentido individualista por lo social, se hace necesario proporcionar al derecho una nueva concepción. Ante tal hecho, se delimitó el tema a ser investigado, que recayó en el instituto contractual y en la teoría sistémica autopoietica como un medio posible para trabajar los conflictos contractuales en la sociedad compleja y globalizada de la actualidad. El trabajo se destina a verificar la posibilidad de aplicación de la cláusula general de la buena fe objetiva como un medio para la solución de conflictos contractuales según la teoría sistémica autopoietica del derecho. Para lograr el objetivo propuesto, el análisis ha abordado, en un primer momento, el instituto contractual, a través de su conceptualización, trazando un paralelo con las concepciones del Estado Liberal, Estado Social y los aspectos referidos a las nuevas tendencias del instituto contractual, así como la caracterización de las fases contractuales. En un segundo momento, el análisis ha sido dirigido hacia los principios contractuales, con énfasis en el principio de la buena fe objetiva y en la confianza como medio de satisfacción de las expectativas despertadas en las partes contratantes durante el transcurso del negocio jurídico. Más adelante, en un tercer momento, fueron abordados los temas referentes a la cláusula general de buena fe objetiva, como también a la teoría sistémica autopoietica del derecho, considerada un método posible para la resolución de los conflictos contractuales. Como resultado de la investigación realizada, después del análisis de los temas seleccionados, se constató la efectividad del objetivo propuesto, de se considerar la cláusula general de la buena fe objetiva como posibilidad de solución de conflictos contractuales ante la concepción sistémica autopoietica del derecho.

Palabras llave: buena fe, confianza, contrato, sistemas, autopoiesis, expectativas, autoproducción, complejidad, sociedad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO.....	17
1.1 NOTÍCIA HISTÓRICA.....	17
1.2 CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO	19
1.2.1 A clássica concepção do contrato	20
1.2.1.1 A crise da teoria contratual tradicional e a transição da concepção clássica para a concepção intervencionista	24
1.2.2 A concepção de contrato no Estado Social.....	25
1.2.3 Novas tendências da ciência jurídica e da concepção contratual	30
1.2.4 A ciência jurídica diante da concepção sistêmica autopoietica	35
1.2.4.1 A teoria dos sistemas	36
1.2.4.2 As três matrizes da teoria jurídica	36
1.2.4.3 A teoria dos sistemas, a autopoiese e o direito	40
1.3 TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	51
1.3.1 A declaração de vontade.....	53
1.4 AS FASES DO INSTITUTO CONTRATUAL.....	55
1.4.1 As tratativas contratuais.....	55
1.4.2 O pré-contrato	58
1.4.3 O contrato	59
1.4.4 O pós-contrato	60
2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A ÊNFASE AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	62
2.1 TRANSFORMAÇÕES NA TEORIA CONTRATUAL.....	62
2.2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	66
2.2.1 Conceito de princípios	67
2.2.2 Por uma concepção sistêmica dos princípios constitucionais e do princípio da boa-fé	69
2.2.3 A normatividade e efetividade dos princípios e as expectativas normativas.....	73
2.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE	78
2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	84

2.5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL.....	87
2.5.1 Breve notícia histórica	88
2.5.2 A boa-fé como princípio geral do direito	91
2.5.3 A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva	92
2.6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL	97
2.6.1 Notícia histórica.....	98
2.6.2 A funcionalização dos institutos jurídicos	99
2.6.3 A função social no ordenamento jurídico	100
2.6.4 A função social do contrato	101
2.8 O DIREITO CIVIL E A TRAVESSIA RUMO AO NOVO HORIZONTE.....	103
3 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ, O CONTRATO E A TEORIA SISTÊMICA	
AUTOPOIÉTICA DO DIREITO.....	108
3.1 A CLÁUSULA GERAL COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	
PERANTE A TEORIA SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA	108
3.1.1 As cláusulas gerais.....	108
3.1.2 A cláusula geral da boa-fé objetiva	112
3.1.3 A cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos	
intersistêmicos	117
3.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSSIBILIDADE DE	
SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PERANTE A CONCEPÇÃO	
SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA DO DIREITO	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para a pesquisa situa-se na área do direito contratual, tema altamente relevante tendo em vista a mudança paradigmática ocorrida no sistema jurídico, que questionou a efetividade do sentido individualista e conservador, mantidos pela dogmática normativista, bem como demonstrou a necessidade de uma nova teoria, capaz de proporcionar a compreensão e interpretação do sistema jurídico e do instituto contratual diante da sociedade complexa e globalizada da atualidade.

A escolha do tema nesta área ocorreu em virtude da influência que o contrato exerce na sociedade, bem como da influência que recebe da sociedade. Pode-se dizer que há uma relação de reciprocidade entre as relações contratuais e o meio social no qual se desenvolvem desde os primeiros indícios de relações sociais até os dias atuais. De fato, o direito contratual mantém-se vigente através dos tempos, caracterizando-se pela função de regulamentador das relações negociais entre as partes contratantes.

Decorrente do processo de globalização, das transformações e das conseqüentes características adquiridas pela sociedade, as quais originaram as mudanças conceituais, estruturais e institucionais nas ciências e, no caso específico, no direito, tornou-se necessária a análise do sentido adquirido pelo instituto contratual na atualidade, como também a sua inserção em uma teoria, que lhe proporcionasse uma nova concepção. Nessa concepção, sugere-se a análise do contrato perante a teoria sistêmica autopoietica, que possibilita ampliar o seu campo de abrangência, proporcionando o seu desenvolvimento e adaptação em meio ao contexto no qual se insere, se comunica e se produz.

Portanto, pela análise do contrato, busca-se alcançar um maior esclarecimento sobre um tema influente e decisivo nas relações sociais, como também proporcionar, através de uma nova teoria, outras formas de solução dos conflitos contratuais, considerando-se as influências que recebe oriundas do processo de inter-relacionamentos que realiza. Outrossim, busca-se favorecer a compreensão do seu desenvolvimento, bem como o processo de adaptação na sociedade atual.

Tendo em vista a escolha do tema ter sido determinada na área do direito contratual, tornou-se necessária a delimitação em torno de um aspecto instigante que proporcionasse o estudo em face da teoria sistêmica autopoietica do direito, concepção já estabelecida como foco de pesquisa. Nesse sentido, considerando-se as premissas da teoria sistêmica

autopoiética, tais como interdisciplinaridade, autoprodução, complexidade, busca-se a interpretação do contrato de acordo com essa visão.

A teoria dos sistemas e a teoria da autopoiese proporcionam uma visão generalizada da sociedade em sua complexidade, favorecendo, dessa forma, a compreensão e a interpretação dos fenômenos de forma inter-relacionada e integrada, numa constante troca de influências. Por meio dos sistemas autopoiéticos pode-se visualizar a sociedade em movimento no contexto que a cerca. A sociedade passa a ser considerada como um conjunto de sistemas formado por subsistemas, que se encontram em constante crescimento, transformação e autoprodução. As relações acontecem inseridas num contexto envolto por uma realidade complexa e globalizada, sendo, dessa forma, consideradas integrantes de um todo maior, no qual adquirem o sentido específico que possuem, mas que somente se torna valorado enquanto parte de um todo maior, resultante das comunicações que realiza.

A condição de sistemas autopoiéticos confere um sentido de abertura para o contexto no qual se encontra inserido, bem como a característica de fechamento em si mesmo, por meio do qual se realiza a sua autoprodução. Pode-se dizer que é um sistema aberto e fechado, no qual acontecem simultaneamente a autoprodução, que conduz a sua autonomia, e a inter-relação, pela qual se efetuam as trocas de influências com o meio circundante.

Dessa forma, a delimitação do tema recaiu, por sua vez, na área específica dos princípios contratuais, mais precisamente, no princípio da boa-fé objetiva, também considerado em sua versão de cláusula geral, e em torno da teoria sistêmica autopoiética do direito, considerada como um novo meio de se trabalhar a ciência jurídica, pois facilita a adaptação do direito à atual sociedade complexa e contingente.

Portanto, a partir da definição da área a ser trabalhada, no caso o instituto contratual, bem como da delimitação dos temas referentes ao problema, no caso, os princípios contratuais e a teoria sistêmica autopoiética, passou-se à definição do problema específico a ser pesquisado. Nesse sentido, buscando definir o problema, a investigação orientou-se para os assuntos na área do direito que apresentam uma certa dificuldade de resolução. Verificou-se que existem na ciência jurídica, em especial no direito contratual, determinadas questões que não apresentam soluções satisfatórias para as expectativas que as partes desenvolvem no transcurso da relação jurídica. No caso específico dos contratos, salienta-se a dificuldade encontrada para se alcançar a solução dos conflitos contratuais, quando deve haver a consideração da boa-fé existente entre os contratantes, a qual revela a confiança que as partes depositam no alcance do objetivo pretendido e que se traduz num fator determinante na decisão do negócio jurídico realizado.

Em vista do exposto, o problema que se busca solucionar com o desenvolvimento do trabalho é verificar a possibilidade de se utilizar a cláusula geral da boa-fé objetiva como um mecanismo de solução de conflitos contratuais perante a teoria sistêmica autopoiética do direito.

Como justificativas para a realização da pesquisa envolvendo o instituto contratual, a boa-fé e a teoria sistêmica autopoiética, salienta-se, com relação ao contrato, a importância e a influência que possui e exerce na sociedade. Com relação à boa-fé, justifica-se em vista da abrangência que alcançou, bem como o direcionamento que proporciona para as relações jurídicas. E com relação à teoria escolhida, justifica-se porque favorece uma outra interpretação do direito, em especial do instituto contratual, em meio à complexidade, à contingência e à autoprodução, possibilitando a adaptação do contrato à realidade, bem como a satisfação das expectativas das partes com a conclusão do negócio realizado.

Dessa forma, com base no problema proposto, bem como considerando-se as justificativas apresentadas, o objetivo que se busca solucionar com o desenvolvimento da pesquisa centraliza-se em verificar a possibilidade de se utilizar a cláusula geral da boa-fé objetiva como um mecanismo de solução dos conflitos contratuais usando-se como meio a teoria sistêmica autopoiética do direito. Para alcançar os fins almejados, a pesquisa desenvolver-se-á em três capítulos. Por meio dessa divisão pretende-se, de um modo geral, demonstrar a realidade contratual, sua lenta evolução e desenvolvimento, o que o mantém em constante inadaptação à evolução, às transformações e ao conseqüente aumento da complexidade social, fato esse que justifica a abordagem contratual perante uma nova teoria, como um meio capaz de favorecer a sua evolução e adaptação à sociedade complexa e globalizada. Outrossim, de modo específico, por meio da divisão dos três capítulos e da seleção dos temas pertinentes a cada um, favorecer-se-á a análise do contrato, da principiologia e da teoria sistêmica autopoiética, que proporcionarão os subsídios necessários para se atingir o objetivo proposto com a pesquisa.

Dessa forma, traçando um breve panorama sobre os capítulos que serão desenvolvidos, salienta-se que o primeiro capítulo analisa o direito contratual especificamente, buscando apresentar um panorama geral sobre o instituto, possibilitando, dessa forma, averiguar os aspectos principais, responsáveis pela sua caracterização, bem como procura demonstrar a sua evolução. Para alcançar esses objetivos, são abordados os aspectos referentes à conceitualização, tendo como fundamento a concepção clássica dos contratos decorrente do Estado Liberal, responsável pela caracterização do contrato de índole individualista e liberal. A isso se denomina de “concepção clássica dos contratos”. Segue uma

breve panorâmica da crise operada no instituto contratual, o que facilitou a transição da concepção clássica ou tradicional para a fase intervencionista ocorrida nos contratos.

A análise segue com a concepção do contrato perante o Estado Social, para o que se fará a caracterização deste Estado, salientando-se as suas premissas dominantes, baseadas na função social, na coletividade, que influenciaram de modo determinante o instituto contratual, ao qual foi incorporada a função social, que resultou na nova moldura adquirida pelo contrato. Conforme se verificará, o contrato tornou-se funcionalizado, adquirindo a orientação de princípios que possibilitam o alcance da justiça contratual e do equilíbrio nas relações, objetivos prioritários dessa fase do desenvolvimento estatal e contratual.

Seguindo a fase respectiva ao Estado Social, o desenvolvimento alcança um período evolucionar que pode ser designado por pós-modernidade, referente às transformações processadas na sociedade e que apresentam conseqüências marcantes no instituto contratual. A esse período se denomina de “novas tendências da concepção contratual”, pois se refere a um Estado com características complexas e globalizantes, também de pluralismo jurídico, que resultam, automaticamente, na necessidade de reformulações na teoria contratual, para que o contrato possa continuar a sua função de regulamentador das relações negociais e sociais.

Nesse primeiro capítulo também é abordada a teoria geral dos negócios jurídicos, com ênfase na declaração da vontade, objetivando-se verificar o enquadramento do contrato como um negócio jurídico, suas características de conformação, bem como salientando-se a importância da declaração da vontade como elemento necessário para que possa atingir o objetivo determinado.

Após, a pesquisa é direcionada para as fases do instituto contratual, onde são tratados, brevemente, os tópicos referentes à fase das tratativas contratuais, do pré-contrato, do contrato e do pós-contrato. O objetivo que se pretende com essa análise é a demonstração do desenvolvimento do contrato como um todo, demonstrando-se, ao final, que as influências e os efeitos que recebe e exerce se estendem desde os primeiros indícios da formação da relação jurídica para além da conclusão do contrato firmado. Com isso busca-se demonstrar que a transformação do contrato, decorrente das transformações sociais, envolve-o em seu todo, o que torna necessária uma nova concepção contratual, que receba as mudanças ocorridas e que o aparelhe para enfrentar os conflitos oriundos da sociedade em constante transformação, facilitando-lhe a adaptação ao caso, para que possa, ao mesmo tempo, proporcionar decisões bem integráveis, que auxiliem a adaptação dos conflitos às partes contratantes e à sociedade como um todo, haja vista os efeitos que exerce.

O segundo capítulo trata, por sua vez, das transformações ocorridas no instituto contratual, bem como do tema referente aos princípios contratuais, com ênfase no princípio da

boa-fé objetiva. As transformações ocorridas no instituto contratual são utilizadas como justificativa e fundamento na busca de soluções para os conflitos surgidos nos contratos, oriundos da sociedade complexa e globalizada.

Com relação aos princípios contratuais, a análise aborda os aspectos referentes à conceituação, à normatividade e à sua caracterização como expectativas normativas, bem como a efetividade que apresentam. Também é feita uma breve explanação sobre a concepção sistêmica dos princípios constitucionais e do princípio da boa-fé e, dentro disso, da boa-fé como um princípio constitucional, orientando-se a pesquisa para a conformação sistêmica correspondente à linha de pesquisa eleita para a realização desta dissertação de mestrado.

Após, são analisados os princípios contratuais, dando-se especial atenção à influência que exerceram e que exercem sobre as relações jurídicas, a qual, como se verá, ocorre em vistas do tipo de sociedade determinante em cada época específica. Os princípios eleitos para a análise são o da autonomia da vontade e da autonomia privada, que resultam na liberdade contratual, no consensualismo, na obrigatoriedade e na relatividade contratual. Também é feita uma abordagem sobre o princípio da igualdade, em sua versão formal e material, haja vista encontrar-se diretamente relacionado com a concepção do Estado Liberal e do Estado Social, o que determinou as características do contrato em cada fase evolucionária.

Ao princípio da boa-fé, por sua vez, é dada uma ênfase especial, por compor o objetivo principal deste trabalho, juntamente com a teoria sistêmica autopoiética do direito, na busca por novas soluções aos conflitos surgidos nos contratos, decorrentes da sociedade complexa e globalizante da atualidade. A análise do princípio da boa-fé aborda os aspectos referentes à sua história, à sua concepção como princípio geral do direito, bem como à sua versão subjetiva e objetiva. Posteriormente, é realizada a análise do princípio da função social, haja vista atuar como um meio que proporciona a abertura do instituto contratual, possibilitando a inclusão dos princípios que oportunizam uma releitura do contrato, tais como o princípio da boa-fé, releitura mais adaptada à realidade e às expectativas das partes contratantes com o negócio realizado.

Este capítulo é encerrado com uma exposição que objetiva demonstrar o direito civil da atualidade e o caminho que percorre rumo ao desenvolvimento. O que se pretende é desvendar as mudanças ocorridas no direito como um todo e no direito contratual especificamente, e em torno delas deixar clara a necessidade de reformulação da teoria contratual, justificando a escolha da teoria sistêmica autopoiética como uma nova forma de se trabalhar o contrato. Visualiza-se a inclusão de termos, como “interdisciplinaridade”, “transdisciplinaridade”, “complexidade”, “globalização”, “dobras do direito” e “recons-

trução”, que demonstram claramente a fase de transformações que se opera na ciência do direito.

O terceiro e último capítulo trata da cláusula geral da boa-fé objetiva, do contrato e da teoria sistêmica autopoietica, temas selecionados em vista do objetivo que se pretende alcançar com a pesquisa. Dessa forma, num primeiro momento, faz-se a exposição da ciência jurídica diante da concepção sistêmica autopoietica, parte em que são abordados os aspectos específicos dessa teoria. Após, é feita uma breve explanação das três matrizes da teoria jurídica com o intuito de se demonstrar a evolução do direito, encerrando por meio de um breve paralelo entre a teoria acima referida e o direito.

Num segundo momento, a análise é dirigida para o estudo da cláusula geral como possibilidade de solução de conflitos perante a concepção sistêmica autopoietica, momento em que, para a obtenção do objetivo pretendido, o estudo se realiza mediante a análise das cláusulas gerais de modo específico, bem como da cláusula geral da boa-fé objetiva, culminando com a sua consideração como possibilidade de solução de conflitos intersistêmicos.

Como último momento deste trabalho, é feita a análise da cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoietica do direito, com a qual se procura demonstrar a pertinência do objetivo que se pretende alcançar com a realização desta pesquisa.

Outrossim, após tendo sido traçado o objetivo pretendido com o trabalho, bem como após a seleção dos temas e da divisão dos capítulos por meio dos quais será desenvolvida a pesquisa, a fase seguinte preocupa-se com os meios necessários para atingir os fins propostos. Considerando-se que o conteúdo a ser pesquisado encontra-se, basicamente, na pesquisa bibliográfica, delimitou-se como meio de pesquisa o método dialético, que se caracteriza pela discussão e pela comparação. Por meio do método dialético possibilita-se a compreensão da realidade como contraditória, como um processo em transformação e adaptação. O trabalho realizou-se a partir da pesquisa histórica e comparada, por meio da revisão bibliográfica.

1 EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO

Para alcançar o objetivo proposto neste trabalho, que trata de modo geral sobre o instituto contratual, neste primeiro capítulo faz-se a análise do contrato, abordando-se aspectos relevantes e características necessárias para o aprofundamento sobre o tema.

Num primeiro momento, a análise é direcionada à história, ao conceito, bem como às características pertinentes a cada fase do desenvolvimento social que determinaram a concepção do contrato em cada momento histórico. Após, o estudo aborda aspectos específicos dos contratos, tais como a teoria geral dos negócios jurídicos, as fases contratuais e os princípios que informam a teoria geral dos contratos, dispensando-se uma especial atenção ao princípio da boa-fé contratual, haja vista ser o objetivo primordial deste trabalho.

1.1 NOTÍCIA HISTÓRICA

Pode-se dizer que o contrato surgiu juntamente com o homem, a partir do momento em que este iniciou os seus relacionamentos com os outros indivíduos com quem aprendeu a dividir o espaço que habitava. Segundo Humberto Theodoro Junior: “Tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito”.¹ Antes do aparecimento da moeda, as relações comerciais ocorriam através de um sistema de trocas dos mais variados produtos, que envolviam, apesar de tacitamente, direitos e deveres das partes contratantes.² Percebe-se uma prática rudimentar do exercício da forma de contratar. Embora sem existir o contrato propriamente dito, as relações aconteciam baseadas numa troca de direitos e deveres, as quais representam o contrato em sua espécie singular.

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 11. De acordo com o autor: “Superado o estágio primitivo da barbárie, em que os bens da vida eram apropriados pela força ou violência, e implantada a convivência pacífica em face dos bens utilizáveis na sobrevivência e desenvolvimento do homem, o contrato se fez presente, de maneira intensa, nas relações intersubjetivas, como projeção natural da vontade e do consenso. E quanto mais se ampliaram os grupamentos civilizados e mais volumosos se tornaram os negócios de circulação de riquezas, mais constante e decisivo se mostrou o recurso ao contrato, em todos os níveis da sociedade”.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7.

Com a evolução social surgiram algumas formas típicas de contratos. A título de conhecimento, registra-se o surgimento do contrato de empréstimo,³ para o qual era redigido um quirógrafo, que servia como meio de prova da existência de um efetivo negócio entre as partes envolvidas, representando uma das primeiras formas de contrato existente entre os indivíduos nas relações sociais. Também se encontra o registro do surgimento de formas contratuais no antigo Egito, na Grécia e em Roma, os quais objetivavam a regulamentação da vida em sociedade.⁴

Com o advento da época medieval e após, com a Idade Moderna, correspondente ao Estado Moderno, caracteriza-se a passagem “das relações de poder (autoridade, administração da justiça, etc.) – até então em mãos privadas do senhor feudal – para a esfera pública (o Estado centralizado)”.⁵ O Estado Moderno, de acordo com Lenio L. Streck e José L. B. de Moraes, apresenta duas versões que se dividem entre o Estado absolutista e o Estado Liberal. Na primeira versão, a forma estatal encontra-se alicerçada na idéia de soberania; na segunda, no individualismo e na liberdade de consciência.⁶

Surgida dessa segunda versão do Estado Moderno tem-se a concepção de contrato que dominou a legislação, fornecendo os rumos das negociações até a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro em 2002. A partir dessa concepção tradicional do contrato, faz-se a introdução do tema pela conceituação do instituto contratual, bem como pela sua caracterização de acordo com a evolução do Estado.

³ Segundo Jefferson Daibert “os hebreus conheceram o instituto do contrato antes da fundação de Roma. Na época do cativo de Nínive, Tobias deu emprestado a Gabelo, que residia na cidade de Roges, na Média, dez talentos de prata, e um quirógrafo foi redigido ficando em poder do credor”. DAIBERT, Jefferson, apud RIZZARDO, *Contratos*, p. 7.

⁴ De acordo com Arnaldo Rizzardo, no antigo Egito foram conhecidas algumas formas de contratos utilizados na regulamentação dos casamentos, como também com relação à transação da propriedade. Na Grécia, o contrato aparecia apenas como forma de realização de casamentos. Em Roma, por sua vez, o contrato adquiriu três formas, relativas à convenção, ao pacto e ao contrato propriamente dito, que se “referia às convenções previstas e reconhecidas pelo direito civil, dotadas de força obrigatória e provida de ação”. RIZZARDO, *Contratos*, p. 8-9.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43. Conforme os autores: “Se na Idade Média o poder político de controle social permanecia em mãos privadas, confundindo-se com o poder econômico, a partir do Estado Moderno e da economia de mercado formalizou-se uma separação relativa a tais poderes. Com isso, estabelecia-se a dicotomia público-privado ou sociedade civil/sociedade política. [...] Dito de outro modo, o novo modo de produção em gestação (capitalismo) demandava um conjunto de normas impessoais/gerais que desse segurança e garantias aos súditos (burguesia em ascensão), para que estes pudessem comercializar e produzir riquezas (e delas desfrutar) com segurança e com regras determinadas. Assim, enquanto no medievo (de feição patrimonialista) o senhor feudal era proprietário dos meios administrativos, desfrutando isoladamente do produto da cobrança de tributos, aplicando sua própria justiça e tendo seu próprio exército, no Estado centralizado/institucionalizado, esses meios administrativos não são mais patrimônio de ninguém. É esta, pois, a grande novidade que se estabelece na passagem do medievo para o Estado Moderno”.

⁶ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 45-55.

1.2 CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO

Para a conceituação do instituto contratual utiliza-se como ponto de partida a definição de Pontes de Miranda: “O contrato é o negócio jurídico (ou instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue”.⁷

No mesmo sentido, objetivando uma designação geral do instituto, conceitua-se o contrato como um negócio jurídico por excelência, no qual o consenso de vontades das partes contratantes objetiva um determinado fim. É um ato vinculante que cria e modifica direitos e obrigações, sendo tanto os atos como os seus efeitos permitidos e protegidos pelo direito.⁸

Também, o contrato pode representar um conjunto de valores dominantes numa determinada época. O contrato do Estado Liberal não possui as mesmas características do contrato do Estado Social.⁹ O instituto contratual não deve possuir características imutáveis e universalizantes que permaneçam inalteradas diante das transformações históricas. Aliás, tanto o seu significado quanto o seu conceito modificaram-se e adaptaram-se de acordo com as mudanças e com os valores desenvolvidos nas sociedades.¹⁰

O contrato caracteriza-se como o instituto jurídico que apresenta determinados princípios informadores, tais como o consensualismo, a autonomia da vontade, a relatividade, bem como a igualdade, a liberdade, a boa-fé e a função social, que variaram em diferentes graus de intensidade e de efetividade de acordo com a evolução social de determinada época, singularizando as diferenças conceituais que aconteceram em seu desenvolvimento. A evolução social refere-se às épocas do liberalismo, do Estado Social, bem como da Contemporânea ou Pós-Modernismo, que, de acordo com seus princípios e ideologias dominantes, imprimiram características específicas aos contratos.

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 210.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: RT, 2004, p. 38.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 272.

¹⁰ LÔBO, Paulo. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 41-45, dez. 1995, p. 41. No mesmo sentido Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes referem que “cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecente) engendram um determinado tipo de Estado. Observe-se, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval. Ou seja, o Estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas”. STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 28.

1.2.1 A clássica concepção do contrato

O direito dos contratos desenvolve-se de acordo com o desenvolvimento da sociedade.¹¹ A sociedade característica do século XIX, representada por economistas, políticos e juristas, enaltecia uma determinada ordem econômica e social, denominada de “liberalismo”,¹² a qual também possuía fundamentos morais de fonte religiosa, centrados na idéia do homem como um valor supremo com “direitos naturais”, oponíveis à ordem estatal, bem como possuía fundamentos políticos de oposição ao *ancién regime* de características opressivas. A sociedade buscava uma nova forma de relacionamento, primando pela liberdade e pela igualdade entre os homens, o que, de acordo com a concepção da época, seria alcançado pela não-intervenção estatal e a total liberdade de contratar.¹³ De uma sociedade caracterizada como “liberal” tem-se o surgimento do contrato de concepção clássica ou liberal. Essa concepção foi herdada do século XIX, período das codificações e das construções doutrinárias, tais como de direito subjetivo, de pessoa jurídica e de negócio jurídico.¹⁴

Segundo Habermas, o Estado Liberal caracterizava-se por apresentar uma sociedade econômica, institucionalizada por meio do direito privado, que priorizava os direitos de propriedade e da liberdade dos contratos, devendo ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”.¹⁵ “O modelo de codificação do Estado Liberal vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o

¹¹ Nesse sentido, para Cláudia Marques “a idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social”. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 37.

¹² Os autores, referindo o pensamento de Locke, salientam que o Estado Liberal “nasce limitado pelos direitos naturais fundamentais – vida e propriedade – que são conservados pelos indivíduos quando da criação do Estado, o qual também é restringido “porque o consenso é dado aos governantes somente sob a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos”. STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 35.

¹³ Segundo Noronha, “a teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas, que hoje estão em crise: a irredutível oposição entre o indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades seria necessário restringir ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.); o princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se curar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades). NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64.

¹⁴ NORONHA, op. cit., p. 41.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. 2 v., Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 138.

Direito Público e o Privado”,¹⁶ forjando uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”.¹⁷

De acordo com Lênio Streck e José L. B. de Moraes, o modelo econômico do Estado Liberal caracteriza-se pela idéia dos direitos econômicos e de propriedade, bem como pelo individualismo econômico ou sistema de livre empresa ou capitalismo. Suas idéias primordiais dirigem-se para a propriedade privada e para a economia de mercado livre de controles estatais. Salienta-se o aspecto voluntarístico nas relações, com a liberdade contratual encontrando uma especial valorização. Pode-se dizer que a essência do Estado Liberal concentra-se na transição do *status* (relações grupais fixas) para o contrato, representante da autodeterminação individual.¹⁸

As origens da concepção clássica ou tradicional dos contratos encontram-se no direito canônico, na teoria do direito natural, nas teorias de ordem pública e da Revolução Francesa e nas teorias econômicas e do liberalismo.¹⁹ De fato, a ciência jurídica do século XIX era determinada pela autonomia da vontade, como elemento principal do contrato, apresentando-se como a única fonte e como legitimação para a criação dos direitos e deveres oriundos da relação jurídica estabelecida.²⁰ A economia da época caracterizava-se pelo liberalismo, e o direito, pelo voluntarismo. Às leis cabia somente a função de proteger a vontade e de assegurar a realização dos efeitos pretendidos pelos contratantes. A proteção do direito visava, apenas, garantir a estruturação das relações entre os indivíduos, assegurando autonomia, liberdade e igualdade formal, desconsiderando a situação econômica e social dos contratantes.²¹

No contrato as partes tinham a liberdade de estipular as cláusulas contratuais segundo a sua vontade e preponderava a liberdade de negociar visando apenas aos interesses das partes

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 92.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 17.

¹⁸ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 60.

¹⁹ Segundo Cláudia Lima Marques, o direito canônico contribuiu para a formação da doutrina da autonomia da vontade ao defender a força obrigatória da promessa por ela mesma, bem como ao defender que a palavra dada era fonte de obrigação morale jurídico para o indivíduo. A teoria do direito natural contribuiu com os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual, já que a liberdade de contratar é uma das liberdades naturais do homem, a qual só poderia ser restringida pela vontade do próprio homem. Com relação às teorias de ordem política e da Revolução Francesa, destaca-se a influência da teoria do *contrato social*, que lançou a idéia do contrato como base da sociedade e defendeu a vontade livre do homem. As teorias econômicas e do liberalismo defendem a livre circulação das riquezas na sociedade. Sendo o contrato o instrumento colocado à disposição para a circulação dessa riqueza, defendem a liberdade contratual. O contrato proporcionaria a equidade, a harmonia social e econômica. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 43-47.

²⁰ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 39.

²¹ MARQUES, op. cit., p. 40.

contratantes.²² A liberdade de contratar encontrava-se atrelada à ideologia que defendia a igualdade de todos perante a lei. Essa igualdade referia-se ao modelo formal, o qual não considerava as desigualdades naturais existentes entre os indivíduos.²³

Com o direito canônico “o contrato se firmou, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações”.²⁴ Surgiu o princípio *pacta sunt servanda*, o qual determina que o pacto deve ser cumprido; preponderava a vontade única e exclusiva das partes.²⁵ Para os canonistas, o contrato, quando firmado, deveria ser cumprido, fazendo lei entre as partes. Contudo, o que se sobressaía na visão canonista era a relação do contrato com a mentira e com o pecado, o que acarretava a obrigação de manter o pactuado até o fim, não importando a possibilidade de alteração de condições financeiras dos contratantes, pois, ao descumprir a palavra empenhada, a parte incorria em pecado, sendo, então, condenada espiritualmente. A contribuição dos canonistas consistiu na relevância que atribuíram ao consenso, à fé jurada e à autonomia da vontade.²⁶

As partes possuíam o direito de contratar livremente; empregadores e empregados firmavam seus contratos de trabalho, considerando-se numa ilusória igualdade de condições, o que favorecia a dominação do fraco pelo mais forte. Com base na concepção existente na época, baseada no liberalismo, o contrato passou a ocupar a posição principal da vida econômica. Pela formação de um contrato os rumos da negociação estavam decididos, sem haver qualquer possibilidade de retrocesso ou de questionamento diante da possível ocorrência de modificação econômica superveniente a qualquer das partes contratantes.

²² Nesse sentido Arnaldo Rizzardo comenta : “Dentro do espírito dominante, admitia -se a onipotência do cidadão na administração e na disponibilidade de todos os bens, garantindo amplamente o direito de propriedade e a faculdade de contratar com todas as pessoas nas condições e de acordo com as cláusulas que as partes determinassem. Preponderou uma mística contratual; defendia-se que ao arbítrio de cada um ficava a decisão de todas as questões econômicas”. RIZZARDO, *Contratos*, p. 10.

²³ Segundo Orlando Gomes “o liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do *contrato* o instrumento jurídico por excelência da vida econômica. GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 6.

²⁴ RIZZARDO, op. cit., p. 9.

²⁵ De acordo com Caio Mário, “os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os juristas canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento”. PEREIRA, Caio Mário da Silva, apud RIZZARDO, op. cit., p. 9.

²⁶ Conforme Orlando Gomes, “em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A estimativa do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes”. GOMES, *Contratos*, p. 5.

A partir do momento em que as partes declarassem a sua vontade, estava concretizada a obrigação, pois a vontade era considerada fonte de obrigação. E havendo sido criada uma obrigação, deveria ser cumprida, pois havia sido empenhada a palavra da parte, cujo respeito deveria preponderar. Com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação contratada, surgiram as regras jurídicas, que buscavam impor a força obrigatória dos contratos. Verificava-se que no surgimento das relações contratuais havia a intenção de proteger a palavra dada. Tutelava-se a confiança da parte na realização do negócio, mas de um enfoque contrário ao que acontece atualmente, pois, na busca dessa proteção, acreditava-se que o correto era manter o vínculo sob qualquer condição. Hoje também se objetiva proteger a confiança, mas faz-se possível e necessário, para alcançar esse objetivo, a revisão do que foi pactuado.

Como conseqüências resultantes da concepção clássica do contrato e da autonomia da vontade no instituto contratual salienta-se a liberdade contratual, que representa uma vontade livre, dependente apenas do indivíduo e que não é passível de receber influências externas. Significa a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher as partes contratantes, bem como o conteúdo e os limites do contrato, tendo sempre a tutela do direito. Também se salienta a força obrigatória dos contratos, que vincula as partes ao pacto firmado. Diante da força obrigatória dos contratos, ao juiz não cabe questionar a vontade das partes, mas somente respeitá-la e assegurar que atinjam seus objetivos. Com relação aos vícios do consentimento, constata-se que somente a vontade livre e consciente, que não possui influências externas coatoras, é que deverá ser considerada pelo direito.²⁷

As conseqüências referidas alcançaram o grau de princípios informadores e essenciais da concepção tradicional dos contratos, tais como o princípio da liberdade contratual e o da obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato, também caracterizado como princípio da intangibilidade do contrato. Esses dois princípios resultaram do princípio da *autonomia da vontade*, segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele mesmo assumiu. O sistema contratual defendia como valor supremo das relações jurídicas o princípio da autonomia da vontade.²⁸ Também resultantes do princípio da autonomia da vontade surgem o princípio do efeito relativo do contrato e o do consensualismo.²⁹

²⁷ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 48-51.

²⁸ De acordo com Clóvis V. do Couto e Silva: “Colaborava, também, para adoção desse princípio, como fundamento único do Direito contratual, o fato de as relações econômicas serem estáveis, sem as grandes crises que se começaram a desenhar na primeira metade do nosso século...”. SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 655, maio, 1990, p. 7.

²⁹ Conforme o princípio do efeito relativo, os contratos não podem beneficiar ou prejudicar terceiros; conforme o princípio do consensualismo, “se as partes são livres para contrair obrigações, então ficarão vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido, sem necessidade de se subordinarem a quaisquer formalidades”. NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 43.

Da autonomia da vontade decorreram, segundo Wieacker:

(...) as grandes figuras do direito privado: o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas.³⁰

De fato, da autonomia da vontade decorreram as características voltadas ao individualismo, que priorizavam a total liberdade de contratar, a igualdade formal, o direito ilimitado de propriedade.

No entanto, a partir da industrialização, do progresso econômico e da democracia, tem início uma nova fase no Estado Liberal, que se caracteriza pela justiça social.³¹ Novas necessidades, decorrentes do desenvolvimento que se opera, despertam a busca pela sua satisfação. Por meio das reivindicações e das conquistas alcançadas, ao Estado cabe a função de facilitar-lhes o acesso, o que não se torna acessível a todos os cidadãos em virtude da discrepância entre o crescente aumento das necessidades e a impossibilidade de atendimento de modo satisfatório. Diante disso, o que se verifica com as transformações ocorridas no Estado é o surgimento da complexidade na sociedade, o que facilitará o surgimento das crises, as quais ocasionarão, conseqüentemente, o surgimento de novos tipos estatais, com novas necessidades, gerando o aumento da complexidade, e assim progressivamente, como será demonstrado nas páginas que seguem, desembocando nos dias de hoje, com a sociedade altamente complexa e globalizada da atualidade.

1.2.1.1 A crise da teoria contratual tradicional e a transição da concepção clássica para a concepção intervencionista

De acordo com Cláudia Lima Marques, as mudanças que se operavam na sociedade refletiam-se nas relações sociais, fazendo surgir a massificação da tecnologia informática e a desmaterialização do objeto de desejo do consumidor, o que originou as duas crises da teoria

³⁰ WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

³¹ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 56.

contratual tradicional.³² A massificação da tecnologia informática resultou na massificação das relações contratuais, modificando a forma de contratação, tornando-se evidente que o conceito de contrato baseado na concepção tradicional não mais se adaptava à realidade socioeconômica vigente.³³ Outrossim, com relação à desmaterialização do objeto de desejo do consumidor, verifica-se uma troca de interesses. Surgem tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que levam a uma releitura dos princípios do direito civil, influenciada pelo direito público e pelos direitos fundamentais do cidadão.³⁴

Tem início a transformação do Estado Liberal no Estado Social e a superioridade do código nas relações privadas começa a perder a sua eficácia. De fato, enquanto o código se mantinha fiel às idéias liberais, a legislação extravagante sugeria a preocupação com o social e com a proteção dos interesses da coletividade. O direito codificado não atendia mais às necessidades da nova realidade socializada, agora com características complexas e conflituosas. Crescia o número de normas especiais destinadas a regulamentar as novas situações sociais, as quais decorriam de negociações entre os segmentos interessados, tais como governo, sindicatos, associações civis, grupos de interesse, etc.³⁵

1.2.2 A concepção de contrato no Estado Social³⁶

³² De acordo com a nota 62 da seguinte obra: MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 52.

³³ De acordo com a autora, “em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual. (...) Apesar de asseguradas, no campo teórico do direito, a liberdade e a autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante já era flagrante”. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 150-151.

³⁴ MARQUES, op. cit., p. 155.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 74. De acordo com o autor “no Brasil, como se sabe, o antigo Código Civil só veio a ser editado em 1916, enquadrando-se no que Antonio Menezes de Cordeiro denominou de “codificação tardia”. Até então, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, de Portugal, mantidas mesmo após a Declaração da Independência. Quando o Código foi editado em 1916, já estava em franco declínio na Europa a Era das Codificações, e o intervencionismo estatal começava a despontar. De qualquer forma, na década de 30, quando se instaura no país o *Welfare State*, já se inicia um processo de intensa intervenção legislativa, com a edição de uma profusão de normas contendo políticas públicas e espelhando diretrizes e valores que não se reconduziam ao liberalismo do Código. O fenômeno se exacerba durante a década de 60, com a edição de uma pleora de leis versando matéria de Direito Privado, como locação urbana, condomínios, estatuto da mulher casada, etc. Neste contexto, a doutrina passa a tratar do processo de descodificação do direito Privado, consistente no advento de microssistemas legislativos, que vicejam à margem do Código Civil, baseados sobre princípios muitas vezes contraditórios àqueles refletidos na codificação. A descodificação, neste sentido, não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do âmbito do Código. Ela reflete um fenômeno mais profundo, na medida em que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores muito divergentes daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microssistemas, apto a dirigir a interpretação de suas normas e a colmatar as suas lacunas, diante desta irreconciliável divergência axiológica. Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador do ordenamento civil”.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 186. Com relação ao Estado de índole social o autor refere: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita

Para proceder à análise da transição operada entre a passagem do modelo de Estado Liberal para o Estado Social utiliza-se o texto de Lenio L. Streck e José L. B. de Moraes, para quem a mudança de rumos do Estado Liberal começou a acontecer em meados do século XIX, quando ao Estado coube a realização de tarefas positivas em prol do cidadão, bem como a participação no jogo socioeconômico que se iniciava. Dessa forma, a liberdade contratual e econômica até então existente foi reduzida, tanto na área econômica como na social. No entanto, apesar da participação do Estado nos novos rumos econômicos e sociais, no final do século um novo sentimento passou a influenciar a filosofia e a política liberal. Surgiu o anseio de “justiça social”, que representava a necessidade de apoiar os indivíduos, que passaram a fazer parte de uma coletividade e não mais eram vistos como seres individuais. Essa nova imagem de coletividade despertou o sentimento de ajuda, de cooperação e de serviços mútuos, incrementando-se no decorrer do século XX, inaugurando, dessa forma, a fase do Estado Social.³⁷

Por meio da Revolução Industrial incentivou-se a distinção entre as classes sociais e os problemas sociais cresceram, tornando necessária a intervenção do Estado nas relações privadas. As idéias socialistas adquiriram força e passaram a ser defendidas por instituições e doutrinadores. A Igreja Católica propôs, por meio de suas encíclicas, a mudança da moral individual para uma ética social.³⁸

Verifica-se que, apesar da forte influência da autonomia da vontade na relação contratual, característica do Estado Liberal, a concepção do contrato passou por uma crescente evolução, tanto em virtude do surgimento de um novo tipo de sociedade industrializada, de consumo, de informação, como da evolução natural do pensamento jurídico. Dessa forma, o contrato evoluiu da rígida influência da autonomia da vontade para uma posição mais flexível, tornando-se um instrumento jurídico mais social, passível de controle na busca por soluções mais eqüitativas.³⁹

o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social”.

³⁷ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 63-66.

³⁸ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 150-151. Nesse sentido Arnaldo Rizzardo complementa: “Também com relação à justiça social, salienta-se a influência da Igreja Católica na busca pelo seu alcance nas estruturas dos sistemas econômicos “especialmente por meio das encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Pacem in Terra e Populorum Progressio*”,³⁸ RIZZARDO, *Contratos*, p. 10.

³⁹ MARQUES, op. cit., p. 39.

Sucedeu-se um momento de mudanças legislativas, políticas e sociais, um momento de mudança no estilo de vida; passou-se a acumular bens imateriais, aos contratos de fazer, ao modelo duradouro da relação contratual, à contratação a distância através de meios eletrônicos, à terceirização, às parcerias fluidas, às privatizações e às relações particulares de interesse social ou público.⁴⁰ Essas transformações ocorridas no contrato ocasionaram a necessidade de adaptações dos juristas para a nova realidade que se apresentava, a qual deixava para trás a concepção clássica, adquirindo progressivamente uma nova concepção tanto em suas funções como em seu conteúdo.⁴¹ O direito contratual foi obrigado a adaptar-se às novas realidades econômicas, políticas e sociais, angariando uma nova função, a de buscar a realização da justiça e do equilíbrio contratual. Conseqüentemente, no novo conceito de contrato a equidade e a justiça passaram a ocupar o ponto central, o que ocasionou o surgimento do novo limite à autonomia da vontade: a função social do contrato. Esta socialização se dará pelo intervencionismo do Estado e pela imposição do princípio da boa-fé objetiva nas obrigações.⁴²

Aquela concepção de contrato que se baseava em “partes igualmente livres” já não encontrava espaço nas relações sociais, o que deu início às transformações do contrato que tiveram entre seus motivos a forma padronizada de contratação; também o fato de que os contratos concebidos na forma do acordo de vontades estariam perdendo importância, bem como o reconhecimento de que o contrato aparecia de forma diferente da sua realidade na concepção tradicional⁴³. Esses motivos originaram a inexistência da “justiça contratual”, o que levou à busca dessa justiça, por meio de novas formas de intervenção, que passaram a ser denominadas de “dirigismo econômico”.⁴⁴ “Da propriedade privada dos meios de produção

⁴⁰ MARQUES, op. cit., p. 159-160.

⁴¹ Conforme Noronha: “Nos livros, ensinava-se a concepção clássica do contrato, insistia-se que este resultava de um processo iniciado por negociações preliminares, incluindo propostas, discussão delas, e por aí adiante, até que as partes, *livres e iguais*, alcançassem o acordo, que poria em equilíbrio os pratos da balança da justiça. NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, p. 75.

⁴² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, p. 154-155. De acordo com a autora, o intervencionismo deu-se através da renovação da teoria contratual a partir das influências das tendências sociais, decorrentes do novo Estado Social e da nova realidade da sociedade de massas, p. 207-209; a boa-fé objetiva, por sua vez, age como fonte de novos deveres especiais, os deveres anexos, como causa limitadora dos direitos subjetivos dos contratantes, bem como na concreção e interpretação dos contratos, p. 180.

⁴³ NORONHA, op. cit., p. 77-78.

⁴⁴ Segundo Noronha: “E outra coisa, afinal não visavam as formas de intervenção que ficaram conhecidas por *dirigismo econômico*: tais formas também buscavam encontrar “a rota entre o socialismo autoritário e coercitivo e o *laissez-faire* anárquico”, de que falava Vasseur, em célebre artigo, justamente intitulado “Un nouvel essor du concept contractuel”. NORONHA, op. cit., p. 78.

passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual”.⁴⁵

Apesar da preponderância da autonomia da vontade, alguns juristas perceberam a necessidade de haver uma relação estreita do contrato com a realidade econômica subjacente, para que se operasse com normalidade a sua função de troca, o que teve início por meio das condições suspensivas e resolutivas e da teoria da impossibilidade.⁴⁶ Posteriormente, como a finalidade era regular os riscos nos contratos, a relação do contrato com a realidade subjacente ocorreu em torno da consideração da teoria do erro, da “pressuposição” de Windscheid e, progressivamente, da teoria da imprevisão, da teoria da base subjetiva do negócio jurídico, da hermenêutica integradora, da teoria da base objetiva no início associada à teoria da impossibilidade, também denominada de “onerosidade excessiva”. Outro limite imposto à autonomia da vontade encontra-se no princípio da boa-fé, que facilitou, em virtude da objetivação do negócio jurídico, a criação do conceito de “base objetiva do contrato”, que representa uma relação de valor entre a vontade e os aspectos econômicos que influenciam o contrato.⁴⁷

Entretanto, a nova realidade social e contratual do século XX somente encontraria uma solução na década de 1980, com a edição da nova Constituição Federal brasileira e do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu como valor máximo a equidade contratual.⁴⁸

O novo conceito de contrato apresenta uma concepção social, para a qual se considera tanto a manifestação de vontade, o consenso, como os efeitos que o contrato exerce na sociedade, ganhando em importância a condição social e econômica das pessoas.⁴⁹ O direito desenvolve uma teoria contratual com função social, deixando de lado o ideal positivista da

⁴⁵ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 75. Também Bessone, referindo-se ao *dirigismo contratual*, acrescenta: “Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. Todos, diz Ripert, apelam para o Estado, exigindo-lhe a ordem econômica. Premido por tão urgentes solicitações, o Estado passa a dirigir o contrato, não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas atentando, sobretudo, nas necessidades gerais da sociedade. Legisla em nome da ordem pública, cuja noção se alarga e enriquece. A lei deixa de ser a regra abstrata e permanente, para se tornar um regulamento temporário e detalhado...Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem freqüentes derrogações, em proveito da justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens”. BESSONE, Darci. *Do contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 52-53.

⁴⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 655, maio 1990, p. 7.

⁴⁷ SILVA, op. cit., p. 7-11.

⁴⁸ De acordo com a autora, na nova realidade contratual proliferam os contratos de adesão, os contratos cativos de longa duração, a concentração de poder nas mãos das empresas e dos conglomerados industriais, o Estado obrigando os particulares a contratar e o novo valor dado aos bens imateriais, autorais e aos direitos fundamentais. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 152-153.

⁴⁹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 175-176.

ciência e passando a reconhecer a influência do costume, da moral, da harmonia e da tradição, isto é, passa a concentrar seus esforços na solução dos problemas.⁵⁰

Também há que se considerar a nova concepção do contrato como “uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns mercedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais”;⁵¹

O contrato possui a função de fazer circular as riquezas nas sociedades, de proteção dos direitos fundamentais do consumidor e de realização dos paradigmas de qualidade, segurança e adequação dos produtos e serviços no mercado brasileiro.⁵²

Tratando-se do consumidor, deve-se considerar que, na nova concepção contratual, o fato de este sujeito ter recebido direitos fundamentais influenciou na interpretação da relação jurídica de que faz parte, gerando duas conseqüências: primeiro, que o contrato deve ser interpretado de forma diferente, com especial proteção aos sujeitos de direitos especiais; segunda, que o direito daí resultante deve receber uma interpretação teleológica (de proteção dos mais fracos) e de acordo com a Constituição Federal brasileira.⁵³

Do exposto, percebe-se a mudança que se operou no Estado, na sociedade e no contrato. De uma sociedade de cunho liberal, que delimitou as características do contrato em torno da autonomia da vontade, da total liberdade de contratar e do consenso, passou-se, progressivamente, para uma sociedade (Estado) de cunho social, que priorizava a intervenção estatal objetivando alcançar a justiça social. Por meio dessa transformação o contrato adquiriu como objetivo a funcionalização, e para o seu alcance utilizou-se de novos princípios, bem como de uma nova versão aos princípios já existentes, entre os quais a boa-fé, o equilíbrio contratual e a função social.

⁵⁰ De acordo com a autora, “é um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico, como veremos no CDC, pois só assumem significação em função do problema a resolver, são fórmulas jurídicas de procura da solução do conflito, fórmulas que jamais perdem a sua qualidade de tentativa. Esta parece ser a fase do direito atual, pois superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva função do pensamento tópico e da re-etização do direito”. MARQUES, op. cit., p. 176-179.

⁵¹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 210. Com relação aos consumidores como sujeitos de direitos fundamentais na relação contratual, a autora acentua na página 211: “Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, os consumidores”.

⁵² De acordo com a autora, “estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5 da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5 c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito quanto pessoa humana (art. 1, III c/c art. 5, XXXII, da Constituição Federal). MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 213.

⁵³ MARQUES, op. cit., p. 213-214.

Conforme se verificou, a mudança no instituto contratual é concreta e desenvolve-se de acordo com o desenvolvimento social. Às novas características sociais, novas características são incorporadas aos contratos, moldando a sua estrutura e proporcionando-lhe uma nova feição, como se perceberá nas páginas que seguem.

1.2.3 Novas tendências da ciência jurídica e da concepção contratual

Analisar as novas tendências da ciência do direito, e especificamente do instituto contratual, torna-se uma abordagem necessária, na medida em que a finalidade da pesquisa é a análise do princípio da boa-fé objetiva como um mecanismo de solução de conflitos contratuais, de acordo com a concepção sistêmica autopoietica do direito.

Até este ponto demonstrou-se a evolução do contrato através da sua concepção tradicional, de cunho individualista e formal, bem como das influências que recebeu e que operaram a sua transformação, tornando-o mais socializado e adaptado às necessidades sociais, de acordo com as características de determinadas épocas. No entanto, diante das transformações sociais, das quais emerge uma sociedade complexa e globalizada, faz-se necessário uma breve exposição desse novo panorama, que faz surgir a necessidade de um novo contexto contratual, para o qual se sugere a teoria sistêmica autopoietica, sobre a qual se fundamenta esta pesquisa.

As novas tendências acontecem no panorama de um Estado denominado de contemporâneo, Estado Democrático de Direito,⁵⁴ pós-moderno e que apresenta determinadas características específicas, tais como a busca pela igualdade, pela solidariedade, que passam a informar a teoria contratual, proporcionando-lhe uma nova moldura. Com o objetivo de padronizar, utiliza-se neste item o termo “pós-moderno”. De acordo com Luhmann, a sociedade pós-moderna pode ser caracterizada como funcionalmente diferenciada, ou seja:

La sociedad moderna puede ser descrita como un gran sistema social estructurado primordialmente sobre la base de una diferenciación funcional. La política, la economía, la religión, son sistemas funcionales que tienen la particularidad de seleccionar un turno social en la medida de sus propias posibilidades estructurales,

⁵⁴ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, p. 103. De acordo com os autores, “a novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contornos novos onde tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário – a solidariedade agrega-se a ela compondo um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens”.

autopoiéticas. De aquí que todo sistema esté diferenciado precisamente por la función que desempeña en la sociedad.⁵⁵

De acordo com o exposto, pode-se dizer que a sociedade pós-moderna “é uma sociedade composta por sistemas de diferenciação funcional própria que, a partir de sua própria recursividade, (re)cria formas sociais (e de Direito) novas”.⁵⁶

Os tempos designados de “pós-modernos” caracterizam-se por apresentar dificuldades para a ciência do direito tendo em vista as crescentes necessidades de repostas aos novos problemas que perturbam a sociedade atual. Esses novos tempos valorizam os serviços, o lazer, o transitório, demonstrando a insuficiência do direito contratual tradicional na resolução dos conflitos e forçando, dessa forma, a evolução dos conceitos, a criação jurisprudencial, bem como uma nova visão dos princípios do direito civil para uma solução mais adequada dos conflitos sociais.⁵⁷

A realidade da sociedade pós-moderna caracteriza-se pela perda dos valores da modernidade, os quais são substituídos por uma ética discursiva e argumentativa. A legitimação se dá por meio da linguagem e do consenso, não mais pela lógica, pela razão ou pelos valores que apresenta.⁵⁸ O pós-modernismo apresenta uma sociedade que se fundamenta na circulação das informações, o que tornou a informação computadorizada imprescindível a todas as áreas responsáveis pela produção do conhecimento.⁵⁹ De fato, ao se fazer uma avaliação das tendências futuras do direito positivo, o que se verifica é a transposição da descontinuidade jurídica existente entre os Estados modernos, para a realidade multinacional, para a sociedade sem fronteiras, isso em razão do maior intercâmbio entre os homens, da rapidez dos meios de comunicação e de transportes, bem como da globalização.⁶⁰

Como características da época pós-moderna, André-Jean Arnaud salienta o pragmatismo, o descentramento do sujeito, o relativismo, a pluralidade de racionalidades, as lógicas estilhaçadas, a complexidade, o retorno da sociedade civil e o risco.⁶¹

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Triana Editores, 1998, p. 26.

⁵⁶ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 38.

⁵⁷ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p.155.

⁵⁸ Idem, p.161.

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiése do direito na sociedade pós-moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 23.

⁶⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 18.

⁶¹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201-203. Também o autor

Complementando, Cláudia Lima Marques refere como características da cultura pós-moderna o pluralismo, a comunicação, a narração, a emocionalidade e a valorização dos direitos humanos.⁶² A complexidade, segundo Pietro Barcellona, é fundamental para a época pós-moderna, pois se refere à multiplicidade dos fenômenos.⁶³ Corroborando o exposto, Germano Schwartz acrescenta:

Nota-se que as características desse Direito pós-moderno divergem radicalmente das características do que se convencionou chamar Direito moderno. Onde antes havia simplicidade, hoje existe complexidade. Onde outrora havia perigo, há risco. Resta cristalino, portanto, que os critérios a serem utilizados para problemas jurídicos pós-modernos devem ser critérios aptos à nova realidade – realidade complexa e de risco, de uma sociedade com enorme rapidez na (re)produção dos eventos sociais (comunicação).⁶⁴

Também com relação ao pluralismo jurídico, Gunther Teubner salienta que a preocupação dos juristas deixou para trás o direito oficial do Estado centralizado, no qual despontavam a abstração, a generalidade e a universalidade, direcionando sua atenção para novas formas de criação legislativa, entre as quais o autor refere

a “lei do asfalto” das grandes cidades norte-americanas ou no “quase direito” das favelas do Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da “justiça privada” e, ainda, nos regulamentos

refere sobre a época pós-moderna: “A época pós-moderna se caracteriza pela coexistência contraditória do retorno ao medo – que impõe o sacrifício –, e a percepção da infinita multiplicidade da experiência, que postula a rejeição à renúncia. Aqueles que pensam os fundamentos do Direito, cada um no seu campo de especialidade são hoje muitos a se esforçar para ter em conta esta contradição em suas investigações. Com a esperança – não a certeza, pois o pesquisador é antes de tudo um cético – de superá-la, ao menos parcialmente, para melhorar as condições de vida no seio da sociedade” ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 248.

⁶² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 162-164. De acordo com a autora, o pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, no pluralismo de sujeitos a proteger, no pluralismo da filosofia, onde o diálogo legitima o consenso e no pluralismo dos direitos assegurados. A comunicação seria um valor máximo da pós-modernidade. A nova legitimação do direito estaria na comunicação e no *revival* da autonomia da vontade, associada à valorização do tempo e do direito como instrumento de comunicação, de informação. A narração origina-se na comunicação. Existiria um novo método para elaborar as normas, normas que narram seus objetivos e não normas que regulamentam condutas. A emoção seria a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema, e o *revival* dos direitos humanos que é proposto como elemento guia, os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”.

⁶³ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Traduzido por Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 19.

⁶⁴ SCHWARTZ, *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, p. 38.

internos de organizações formais e redes informais, que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural, o subversivo.⁶⁵

O pluralismo jurídico surge por meio dos novos tipos informais de regras, que complementam o ordenamento jurídico oficial. Conseqüentemente, passa a existir uma duplicidade, que leva a que os fenômenos do pluralismo jurídico se tornem, consecutivamente, “normas sociais e regras jurídicas, direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos”. A relação entre o direito e a sociedade torna-se ambígua e paradoxal, pois os elementos, ao mesmo tempo em que se separam, se unem; mesmo quando são autônomos, tornam-se interligados, fechados e abertos. Neste ponto Teubner questiona a introdução da teoria autopoietica, referindo que, ao mesmo tempo em que a autopoiese e a teoria pós-moderna apresentam pontos em comum, também se diferenciam, pois o pós-modernismo desconstrói a teoria do direito, ao passo que a teoria do sistema autopoietico questiona o que vem após a desconstrução. E a resposta se encontra no fato de que, através dos paradoxos, das tautologias, das contradições e das ambigüidades das práticas discursivas, possibilita-se a reconstrução, o início da análise autopoietica, pois aí se encontram os “fundamentos da auto-organização das práticas sociais”.⁶⁶

O novo pluralismo jurídico caracteriza-se como contrário à legalidade, à hierarquia e à institucionalização. O que predomina é a interação dinâmica entre as ordens jurídicas existentes. Como conseqüência, verifica-se a dificuldade de descrever o que é realmente jurídico, bem como de se estabelecer com precisão a idéia do inter-relacionamento entre o social e o jurídico. De fato, considerando-se os contratos e as cláusulas, está-se diante da ordem jurídica. Mas e diante de normas resultantes de transações informais, do relacionamento econômico baseado na confiança no âmbito do mercado?⁶⁷ Complementando o exposto, para Leonel Severo Rocha o pluralismo jurídico “deve ser visto como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos num dado campo social que observa a ação social sob a codificação binária Direito e não-Direito”.⁶⁸

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. Direito no processo de globalização. As duas faces de Janus: Pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 81.

⁶⁶ TEUBNER, op. cit., p. 81-83.

⁶⁷ TEUBNER, Direito no processo de globalização. As duas faces de Janus: Pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: *Direito, sistema e policontextualidade*, p. 87.

⁶⁸ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo, et al. (Org.). *Constituição sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 142.

Segundo Teubner, o novo pluralismo jurídico precisa priorizar “a fragmentação da auto-reprodução social numa multiplicidade de discursos herméticos”. É na dimensão horizontal, na relação entre o direito e outros jogos de linguagem, que se observam os processos pluralistas de produção de normas. O problema não se encontra mais na tradução das normas sociais para jurídicas, mas na integração de um grande número de comunicações que são codificadas de modo diferenciado no código jurídico.⁶⁹

De fato, com relação ao direito, a crise da pós-modernidade reflete uma mudança no modo de pensar e de reconstruir a sua ciência. Tanto demonstra uma apatia com relação às novidades como ilumina uma desconcertante crise de ideais e confusão de valores e linhas jurídicas, que influenciam o direito contratual. O modelo contratual tornou-se dinâmico, complexo, reiterado de fazeres de longa duração; o contrato tornou-se múltiplo, conexo, triangular ou plúrimo, em cujos pólos existem vários sujeitos. No novo modelo contratual existe a revalorização da palavra empregada, do risco profissional, juntamente com uma grande censura intervencionista do Estado com relação ao conteúdo do contrato; valorizam-se a confiança e a informação.⁷⁰

Por meio da modificação do contrato encontra-se a garantia da sua preservação, pois, assim, atenderá aos interesses de um sistema econômico também em transformação. “A mudança estrutural e funcional do contrato se faz para que este mecanismo jurídico possa se adequar bem ao atendimento de novas finalidades, de novos rumos sócio-econômicos”⁷¹. Segundo Enzo Roppo, a disciplina jurídica do contrato definida pelas leis e regras da jurisprudência encontra-se atrelada à realização dos objetivos e valores políticos, por isso contingentes e historicamente mutáveis; a consequência que se observa é que o modo de ser e de se conformar do contrato está diretamente ligado ao tipo de organização político-social de cada momento histórico. O contrato, dessa forma, altera sua estrutura, disciplina e funções de acordo com o contexto econômico-social em que se encontra inserido⁷². O contrato deixou de ser estável, encontrando-se em constante reconstrução; o credor deixou de possuir um direito adquirido, tendo apenas a esperança de que o juiz passe a considerar suas pretensões como legítimas.⁷³ De acordo com Inocêncio Galvão Telles:

⁶⁹ TEUBNER, Gunther. Direito no processo de globalização. As duas faces de Janus: Pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 95-96.

⁷⁰ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 167-169.

⁷¹ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 267.

⁷² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

⁷³ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937 p. 314.

A principal lição que se colhe da história dos contratos, o conhecimento das suas transformações por entre as vicissitudes dos séculos, é a sua permanente vitalidade, como dúctil, como dócil instrumento que ora se amplia ora se restringe, ora enfraquece ora adquire novo vigor, e sempre ao homem serve para satisfazer as necessidades fundamentais da vida de relação.⁷⁴

Para concluir o exposto, como também lançando as bases para o objetivo proposto, qual seja, averiguar a possibilidade de novos rumos para o direito contratual, por meio da boa-fé e da teoria sistêmica autopoietica, tendo em vista a nova realidade que se descortina na teoria contratual, salienta-se Luiz Edson Fachin sobre a dinâmica e a mudança que ora se processa. Segundo o autor, a dinâmica proporciona vida e transformação, o que ocorre quando a regra positivada não alcança todas as circunstâncias do fato, com suas especificidades. Nesses espaços de “não-direito”, isto é, aqueles que a regra não alcança, gera-se uma nova ordem, que depois se converte em regra.⁷⁵

Os fatos gerados no “não-direito” evidenciam, por sua vez, a crise. Há condutas que proporcionam comportamentos não regulados, que facilitam a transformação, gerando novas regulamentações.⁷⁶

Com a análise realizada, verificou-se a mudança operada no instituto contratual, que deixou de ser individualista para se tornar socializado. Constatou-se a existência de um processo dinâmico, que envolve tanto a sociedade como as relações contratuais, ambos se desenvolvendo concomitantemente, fazendo surgir a necessidade de respostas e soluções para os novos desafios que se apresentam, provenientes de uma sociedade com um nível cada vez maior de complexidade.

A essa realidade nova e complexa, sugere-se como forma de possibilidade para o direito contratual a concepção sistêmica autopoietica e a boa-fé objetiva no sentido de cláusula geral, como um mecanismo de solução de conflitos para o direito contratual, que se encontra em constante transformação.

1.2.4 A ciência jurídica diante da concepção sistêmica autopoietica

⁷⁴ TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1965, p. 65.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 200.

⁷⁶ FACHIN, op. cit., p. 224.

Para a análise deste item faz-se brevemente a explanação da teoria dos sistemas, das três matrizes da teoria jurídica e da aplicação da teoria sistêmica autopoietica na ciência jurídica.

1.2.4.1 A teoria dos sistemas

Como ponto de partida para a análise dessa nova visão denominada sistêmica autopoietica, tornam-se necessários alguns apontamentos sobre a teoria dos sistemas. Como marco inicial salientam-se as idéias de Ludwig von Bertalanffy,⁷⁷ segundo o qual os sistemas caracterizam-se por serem “complexos de elementos em interação”. O sistema constitui-se por um “todo” que se encontra inserido num contexto, e as propriedades essenciais que formam esse todo surgem das relações entre suas partes.⁷⁸ As propriedades das partes podem ser entendidas apenas a partir da organização do todo, concentrando-se o pensamento sistêmico em princípios de organização básicos.⁷⁹

Como características do pensamento sistêmico salienta-se a mudança das partes para o todo, considerando que as propriedades essenciais, ou sistêmicas, são propriedades do todo e que não aparecem nas partes quando consideradas isoladamente. Outra característica é a sua capacidade de deslocar a própria atenção de um lado para outro entre diferentes níveis sistêmicos, o que significa que existem sistemas dentro de outros sistemas, bem como que a comunicação se processa por meio dos mesmos conceitos, existindo, assim, afinidade entre eles. Como terceira característica surge a percepção do mundo em termos de redes interligadas, pois, para o pensador sistêmico, as relações são fundamentais.⁸⁰

1.2.4.2 As três matrizes da teoria jurídica

A pesquisa tem como objetivo a análise da teoria sistêmica haja vista ser a linha fundamental da dissertação final do curso de mestrado. Com vistas a esse objetivo, faz-se uma breve exposição das três matrizes da teoria jurídica, a analítica, a hermenêutica e a pragmática, esta última considerada em termos de teoria sistêmica, segundo a concepção de

⁷⁷ BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 56.

⁷⁸ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 39.

⁷⁹ CAPRA, op. cit., p. 41.

⁸⁰ CAPRA, *A teia da vida*, p. 46.

Leonel Severo Rocha,⁸¹ demonstrando-se a evolução do pensamento jurídico e da sociedade, bem como a pertinência da aplicação da teoria sistêmica diante das novas tendências sociais.

A ciência do direito transformou-se, nos últimos tempos, de uma concepção baseada em critérios sintático-semânticos para critérios pragmáticos; de uma perspectiva estrutural (normas), para uma perspectiva funcionalista (função social), de um ponto de vista teórico, para o político (democracia). Diante disso, constata-se a insuficiência das matrizes jurídicas elencadas para tratar da complexidade social atual, fazendo-se necessário uma nova teoria para reconstruir a teoria jurídica contemporânea. Nesse sentido, Leonel Severo Rocha relata o surgimento da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que, aliada à categoria do risco e à democracia de Lefort, permite enfrentar a complexidade.⁸²

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, apta a pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal, bem como os trabalhos referentes ao risco e ao paradoxo permitem avançar um passo à frente na compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual. A partir de então, na classificação das matrizes, a matriz sistêmica e a matriz pragmático-formal passam a denominar-se de “matriz pragmático-sistêmica”, caracterizando-se por ser, ao mesmo tempo, histórica e social.⁸³

Na tentativa de esclarecimento sobre o tema em questão, Leonel S. Rocha utiliza-se da divisão da semiótica⁸⁴ de Carnap em três níveis. O primeiro, a sintaxe, tem como objetivo o estudo da estrutura formal da linguagem, por meio da análise lógico-lingüística. Com relação ao segundo nível, destaca-se a semântica, que visa averiguar o sentido das proposições, tendo em vista as relações dos enunciados com a realidade. Tratando-se do terceiro nível, destaca-se a pragmática, voltada ao estudo do uso das preferências discursivas, redefinida pela teoria sistêmica. Por meio da matriz pragmático-sistêmica, torna-se possível analisar simultaneamente os três níveis da semiótica, verificando-se a predominância da pragmática e suas conexões com o social, graças a sua perspectiva sistêmica. A pragmático-sistêmica preocupa-se com as formas de comunicação e os procedimentos (Luhmann) utilizados nos processos de decisão (De Giorgi, Ferraz Junior).⁸⁵

⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 93.

⁸² Idem.

⁸³ ROCHA, op. cit., p. 94. Com relação à classificação das matrizes teórico-políticas do direito, Leonel Severo Rocha acentua que, entre a metodologia funcional (valores) e a metodologia estrutural (normas), existem três matrizes teórico-políticas do direito, designadas de matriz neopositivista, matriz pragmática e matriz sistêmica. A essas acrescenta a existência da matriz histórica e da matriz pragmático-formal. p. 85 ss.

⁸⁴ Ciência geral dos signos e sistemas de comunicação.

⁸⁵ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, p. 95. A essa divisão da semiótica Luis Alberto Warat acrescenta que a sintaxe é a teoria de construção de toda a linguagem, conforme suas regras sintáticas de formação e de derivação. A semântica, por sua vez, estuda os signos relacionados aos objetos a que se referem, de forma verdadeira, objetiva. A pragmática estuda a relação dos signos com os seus usuários, isto é, com a

A filosofia analítica propunha uma linguagem rigorosa para a ciência, esta foi adaptada para o direito por Hans Kelsen⁸⁶ e por Norberto Bobbio.⁸⁷ De acordo com Leonel Severo Rocha, Kelsen desenvolveu uma teoria que pode ser estudada por meio da analítica, e Bobbio foi quem aplicou a filosofia analítica através do neopositivismo às teses do normativismo de Kelsen. A analítica prende-se aos aspectos descritivos e estruturais do direito, mantendo politicamente um sentido de neutralidade, pois enquadra-se no Estado Liberal, não interventor. Essa matriz, limitada politicamente, não apresenta capacidade de tratar a complexidade da sociedade atualmente.⁸⁸

A hermenêutica prioriza as abordagens que privilegiam os contextos e funções de imprecisão dos discursos, preocupando-se com a interpretação dos textos. Na ciência jurídica a influência vem do positivismo de Herbert Hart, que se preocupa com as definições, salientando que o modo de definição por gênero e diferença é inapropriado para tratar de questões gerais e abstratas. Portanto, a preocupação deve voltar-se para a exploração das relações essenciais que existem entre o direito e a moralidade, a força e a sociedade, isto é, explorar a natureza de uma importante instituição social, não somente com a designação pura do signo “direito”. O direito, considerado como uma instituição social, é um fenômeno cultural constituído pela linguagem, sendo este o motivo que leva Hart a priorizar o uso da linguagem normativa para que se possa compreender a normatividade do direito. Essa normatividade é social. A concepção de Estado, para a matriz hermenêutica, volta-se para as instituições sociais, possibilitando o Estado interventor.⁸⁹

A matriz pragmático-sistêmica teve como ponto de partida as análises de Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas de Parsons. Após, Luhmann voltou-se “para uma perspectiva autopoiética (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo parsoniano”. Por meio da perspectiva sistêmica autopoiética (pragmático-sistêmica) pode-se afirmar que, por trás das dimensões da semiótica, das funções pragmáticas da linguagem nas decisões jurídicas, encontra-se presente, redefinida no interior dos sistemas, a problemática do risco e do paradoxo. O direito passa a ser definido como uma “estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, social e prático ou objetivo”. Isso acontece porque “o

significação, com os usos ou as funções da linguagem. A significação das palavras vai se modificar de acordo com a intenção que se pretende. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 40-46.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

⁸⁸ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, p. 97.

⁸⁹ ROCHA, op. cit., p. 98-100.

comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. Essas reduções acontecem em três dimensões: temporal, social e prática.⁹⁰

A partir dessa concepção, a função do direito passa a girar em torno da sua eficiência seletiva de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O direito é dinâmico, pois se encontra em constante evolução em virtude da necessidade de agir como uma estrutura social que reduz a complexidade das possibilidades de ser no mundo.⁹¹

De acordo com Leonel Severo Rocha, a teoria dos sistemas de Luhmann proporciona um novo estilo científico, mais apto para a compreensão das sociedades complexas da atualidade. Esta teoria procura explicar a sociedade como um sistema social. Faz-se necessário demonstrar que certos elementos básicos possibilitam diferentes formas, em infinitas possibilidades de interação social, o que gera uma grande complexidade, a qual exige novos subsistemas, tais como o direito, a economia, a religião, que também se diferenciam, gerando novos subsistemas. Diante disso à sociedade se colocam a complexidade e a dupla contingência. A sociedade torna-se possível em virtude da comunicação, que depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas, o que possibilita a evolução social.⁹²

Na fase atual, denominada “autopoiética”, Luhmann direciona a sua crítica da sociedade às suas concepções de risco e paradoxo, as quais permitem a discussão da racionalidade do direito e da sociedade. A constante presença do risco e, conseqüentemente, de não se obter o fim pretendido nas decisões gera o paradoxo da comunicação na sociedade moderna, ou seja, impede a diferenciação entre as operações de fechamento e abertura dos sistemas. O risco salienta a importância da racionalidade para a tomada de decisões nas sociedades modernas, redefinindo a analítica, a hermenêutica e a pragmática numa teoria da sociedade mais realista, denominada de pragmático-sistêmica, que redefina a comunicação jurídica.⁹³

⁹⁰ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, p. 100. Sobre a dimensão temporal o autor refere: “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e, na dimensão prática, essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.

⁹¹ ROCHA, op. cit., p. 101.

⁹² ROCHA, op. cit., p. 102-104.

⁹³ ROCHA, op. cit., p. 37-38.

Do exposto, verificou-se, brevemente, a evolução das três matrizes da teoria jurídica - a analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica -, bem como suas implicações no desenvolvimento do direito, passando-se, a seguir, à análise sobre a teoria dos sistemas e da autopoiese e sua influência sobre a ciência jurídica e o contrato especificamente.

1.2.4.3 A teoria dos sistemas, a autopoiese e o direito

Com base na análise realizada sobre as características das teorias sistêmicas e autopoieticas, bem como sobre a concepção acerca das “três matrizes da teoria jurídica”, fazem-se pertinentes algumas breves colocações sobre a interpretação da ciência jurídica em face dessa nova visão.

A sociedade, com o passar do tempo, evolui, levando a que os elementos e instituições que a compõem desenvolvam os seus fundamentos no alcance de uma maior adaptação. A ciência jurídica, em razão da concepção conservadora que manteve por longo período de tempo não realizou o seu desenvolvimento conjunto com a sociedade, que, seguiu o seu caminho, ao passo que a ciência do direito se manteve aquém da evolução social. Assim, surgiu a necessidade de novas teorias, que proporcionassem um novo modo de se realizar o direito na atual sociedade complexa e globalizada.

Diante dessa realidade, várias teorias surgiram na tentativa de imputar ao direito uma visão mais dinâmica, que proporcionasse maiores condições de adaptabilidade às insurgências sociais, bem como favorecesse novas interpretações dos conceitos jurídicos, ampliando, dessa forma, o campo de abrangência do direito. Entre essas teorias salienta-se a “teoria da sociedade”, assim explicada por Leonel Severo Rocha:⁹⁴ “O trabalho de Niklas LUHMANN (*Sistemi Sociali, Fondamenti di Una Teoria Generale*, 1990), em alguns trabalhos conjuntamente com Raffaele DE GIORGI (*Teoria della Società*, 1992), é exemplar para a transformação do modo de pensar tradicional do direito.” (grifos do autor) A teoria da sociedade, por meio da abordagem sistêmica, permite ultrapassar a concepção formada pelas posturas analíticas e formalistas, bem como pelas teorias denominadas de “sociologismos” do direito. “A ‘Teoria della società’ permite a descrição do direito, da economia, da ciência, da política... como sistemas que constituem a sociedade, segundo perspectivas particulares a cada

⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, Porto Alegre, n. 28, jun. 1994, p. 2.

um deles”.⁹⁵ Com a teoria da sociedade torna-se possível visualizar e atingir uma nova forma de se fazer o direito, considerando-o por meio dos seus fundamentos, recriando-o. Deixa-se, pois, de pensar o direito com base em aspectos individualistas e conservadores, que o fazem permanecer aquém das necessidades sociais e individuais dos cidadãos.

Com essa nova teoria tornou-se possível a problematização da teoria jurídica, a qual se encontrava circunscrita à linguagem da semiótica em seus três níveis: analítica, semântica e pragmática, diretamente relacionados ao normativismo, à hermenêutica e aos usos retóricos e decisórios da linguagem do direito, como verificado anteriormente. Essa condição aperfeiçoou-se porque a teoria da sociedade permite uma abordagem do direito desde as suas concepções temporais, sociais e práticas, colocando-o numa perspectiva teórico-prática mais avançada.⁹⁶

A ciência jurídica adquiriu, então, uma nova concepção, que proporcionou a sua alteração conceitual e estrutural, ampliando, dessa forma, a interpretação sobre os fenômenos e as relações sociais. Novos direitos foram criados, para os quais existe a possibilidade de constante reprodução com vistas à permanente adaptação dos fenômenos ao contexto que os cerca. A partir da teoria da sociedade criou-se a concepção do direito como um “sistema social”, o que conduz à análise da “teoria dos sistemas”.

No entanto, cabe ressaltar que a análise da “teoria dos sistemas” será direcionada de acordo com a concepção de Niklas Luhmann, que iniciou seus estudos na perspectiva sociológico-sistêmica de Talcott Parsons, afastando-se, posteriormente, do estruturalismo-funcional parsoniano e direcionando-se ao funcionalismo-estrutural.⁹⁷ Após, continuando sua evolução, a teoria sistêmica, segundo Leonel Severo Rocha,⁹⁸ voltou-se para uma “perspectiva ‘autopoietica’ do direito (VARELA-MATURANA) que redefinida com características originais, acentua a sistematicidade do direito (como sistema social) como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser”. De fato, Niklas Luhmann⁹⁹ refere:

⁹⁵ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 224.

⁹⁶ ROCHA, op. cit., p. 2.

⁹⁷ NICOLA, Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, (Org.), *Paradoxos da auto-observação*, p. 225. De acordo com a autora, “o estruturalismo-funcional parsoniano privilegiava o momento estrutural de conservação do sistema, ao passo que o funcionalismo-estrutural ressaltava o aspecto dinâmico da contínua modificação estrutural para a satisfação da função”. E, na p. 223, refere: “O funcionalismo-estrutural luhmanniano concebe as evidências como problemas, buscando decompor todas as substâncias em funções a fim de comparar tudo o que é atual com outras possibilidades. Nesta perspectiva, o mundo delinea-se como horizonte de outras possibilidades de máxima complexidade (Luhmann, 1976)”.

⁹⁸ ROCHA, Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, p. 9.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Porto Alegre, n. 28, jun. 1994, p. 18.

Tanto o sistema jurídico como o científico, e, dentro deste último, a disciplina específica da sociologia, hão de ser considerados, pois, como sistemas auto-referentes. Cada um destes sistemas constitui, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, as suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (autopoiesis).

Os sistemas jurídicos buscam no seu interior a sua fundamentação, formando a sua unidade e autonomia. Por meio dessa circularidade realizam a sua autopoiese, a sua capacidade de se auto-reproduzir. A partir da volta que realiza ao seu centro, o sistema refaz o seu “direito”, adaptando-o ao caso concreto e utilizando como base as disposições e orientações que já possui, mas interpretando-as conforme as necessidades daquele momento e local.¹⁰⁰

Outrossim, de acordo com Luhmann, o “sistema” deve ser entendido como

[...] um entremado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción entre sistema y entorno.¹⁰¹

De outro ponto de vista, acrescenta-se ao conceito de autopoiese a característica da continuação, a qual acontece no tempo, operação após operação, acontecimento após acontecimento de um determinado sistema que se tornou autônomo.¹⁰² A autopoiese é um processo contínuo que automaticamente vai ligando e integrando uma operação na outra, trazendo consigo a sua essência, pois é auto-referencial. Dessas ligações surgem novas interpretações, as quais proporcionam o aumento da visão que se tem sobre o sistema jurídico. Segundo Luhmann, “los sistemas autopoieticos son siempre sistemas históricos, que parten

¹⁰⁰ LUHMANN, O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, p. 20.

¹⁰¹ LUHMANN, op. cit., p. 26.

¹⁰² CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 102.

del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen lo hacen por primera y por última vez. Toda repetición en cuestión de una fijación artificial”.¹⁰³

A identidade de um sistema resulta da sua auto-referencialidade, pois, a partir do momento em que o sistema se volta circularmente para o seu centro, adquire autonomia e se refaz constantemente. Verifica-se a característica da auto-referencialidade dos sistemas, a volta constante para o seu centro, o que lhe propicia unidade e identidade. O sistema mantém-se com base na sua estrutura, nas suas características intrínsecas e nas suas operações; não busca a sua fundamentação no meio externo, embora receba as influências filtradas do contexto no qual se encontra inserido¹⁰⁴. Niklas Luhmann acentua a auto-referencialidade nos seguintes termos:

El círculo autorreferencial dado con cada operación, tiene que repetirse en cada momento. Así, el círculo autorreferencial se despliega en una infinitud linear en el sucesivo operar del mismo sistema. De la misma manera, el sistema se refiere a sí mismo y aparece entonces como sistema autorreferencial con autorreferencias operativas copiadas en su propio interior.¹⁰⁵

Sobre a auto-referencialidade e a clausura organizacional, Gunther Teubner¹⁰⁶ salienta: “Auto-referencialidade e clausura organizacional (*organizational closure, selbstreferentielle Geschlossenheit*) significam assim uma e a mesma coisa: o carácter fechado, circular e recursivo da organização dos processos auto-reprodutivos de um sistema”. O sistema é circular e fechado. Nessa circularidade e volta constante para si mesmo reproduz a sua matéria e fundamentação, de acordo com as orientações que possui. Assim, o sistema apresenta uma órbita e gravita nela, reabastecendo-se e, ao mesmo tempo, multiplicando-a, como se com base nos mesmos princípios gerasse novas interpretações, adaptáveis ao contexto, ao meio envolvente. Por meio da *autopoiesis*, quer-se referendar que o sistema é, ao mesmo tempo, aberto e fechado, apresentando-se “simultaneamente, *operacionalmente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar a sua

¹⁰³ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 33.

¹⁰⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 31.

¹⁰⁵ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 169.

¹⁰⁶ TEUBNER, op. cit., p. 33.

diferença constitutiva”.¹⁰⁷ No entanto, segundo Luhmann, a autopoiese e a clausura operativa ocorrem

[...] cuando las operaciones se reproducen a si mismas – y con ello al sistema – y que dejan ver determinadas características. Estas operaciones construyen *unidades emergentes*, que sólo pueden surgir gracias a la clausura operativa del sistema; como unidades logran su *propia reducción de complejidad* – tanto en lo que se refiere al entorno del sistema como al sistema mismo. En la facticidad de la realización está ya presupuesto que no todo que existe puede ser considerado. En lugar de esa relacionalidad completa entra, en su lugar, una relación selectiva que hace posible el acoplamiento y la reproducción de la red recursiva autopoietica¹⁰⁸.

De fato, “o sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente aberto e fechado, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões”.¹⁰⁹

O termo “auto-organização”, também uma característica dos sistemas autopoieticos, significa a capacidade do sistema de se estruturar internamente, conforme suas características, sem a interferência do meio externo, pela interação dos seus elementos.¹¹⁰

Também cabe ressaltar a característica da autoprodutividade, que Gunther Teubner¹¹¹ conceitua como sendo “[...] o de este se *auto-reproduzir a si próprio extraindo do fluxo ou seqüência de eventos (que constitui assim a sua infraestrutura material, energética e informacional) novas unidades que são depois articuladas selectivamente com os elementos da sua própria estrutura*”. (grifos do autor) A autoprodutividade surge da seqüência constante de relacionamentos que ocorrem no interior do sistema, visto que da interação entre essas relações novas prolongações de redes (relações) vão se desenvolvendo, gerando, dessa forma, novas matérias sistêmicas.

¹⁰⁷ ROCHA, Leonel Severo. Direito, cultura política e democracia. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2000*. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 154.

¹⁰⁸ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 36.

¹⁰⁹ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 135.

¹¹⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 42.

¹¹¹ TEUBNER, op. cit., p. 46.

Complementando a análise sobre a teoria dos sistemas, Leonel Severo Rocha¹¹² adverte que, para Luhmann, “o fundamental é a produção da diferença. A sociedade tem que ser observada com o critério de produção do diferente”, não através do consenso, como preceitua a perspectiva de Habermas. De acordo com o exposto, Juliana N. Magalhães refere que a aquisição evolutiva mais relevante dos sistemas sociais se dá de acordo com a diferenciação funcional destes sistemas. Cada sistema funcionalmente diferente utiliza a distinção própria para observar, orientando as suas operações de acordo com essa distinção. O sistema do direito utiliza-se do código binário direito/não direito, codificação esta que estabelece a diferença entre o direito e os demais sistemas sociais, como também é a responsável pela auto-reprodução do sistema jurídico¹¹³. Essa estrutura binária é composta de um valor positivo, que refere a capacidade comunicativa do sistema, e de um valor negativo, “que reflete a contingência da inserção do valor positivo no contexto sistêmico”, resultando numa unidade.¹¹⁴

Com relação à diferenciação funcional, Gunther Teubner salienta:

A determinação de esferas e sentido autônomas na sociedade, sua constituição de acordo com cada um dos próprios códigos e programas, e especialmente seu fechamento mútuo permitem a elas um novo modo de lidar com a desconstrução. Um de seus efeitos é a sua imunização em relação a outros mundos de sentido e seus paradoxos. [...] No direito, a desconstrução somente conta mediante o paradoxo do direito que ameaça a aplicação do código lícito/ilícito. [...] A diferenciação funcional tem a força de desconstruir a desconstrução, abrindo a possibilidade de externalizar os paradoxos fundantes, neutralizando-os por meio de um deslocamento de um a outro sistema social.¹¹⁵

¹¹² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30. De fato, segundo o autor “a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, pós-moderna. Teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. É uma teoria crítica nesse sentido avançando o máximo possível além de qualquer noção de racionalidade tradicional. É claro que continua aproveitando um pouco das contribuições de Weber e Parsons, mas a sociedade, na perspectiva de Luhmann, é uma sociedade que visa à produção da diferença. (...) Weber colocou a problemática da ação, da decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E Luhmann vai rever tudo isso e aprofundar numa teoria da sociedade contemporânea”.

¹¹³ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 247.

¹¹⁴ SCHWARTZ, A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, op. cit., p. 75.

¹¹⁵ TEUBNER, Gunther. Reflexão do direito. Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Economia da dádiva – positividade da justiça: “assombração” mútua entre sistema e *différance*. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 67.

Outrossim, Leonel Severo Rocha¹¹⁶ salienta a complexidade existente na sociedade atual, caracterizando-a como um dos principais problemas da teoria da sociedade e da teoria dos sistemas sociais. A complexidade existente na sociedade resulta da rede de inter-relações que existem nos sistemas. A partir de cada experiência concreta que o indivíduo realiza, apresentam-se inúmeras outras possibilidades de ação, que são, ao mesmo tempo, complexas e contingentes. Por complexidade entendem-se as diferentes possibilidades de agir; por contingência, o fato de que as possibilidades poderiam ser diferentes das apresentadas¹¹⁷. A contingência não se refere somente ao problema apresentado, mas, sim, a uma questão que apresenta outras possibilidades para sua própria resolução¹¹⁸. Quanto maior o número de ligações acontecendo nos sistemas, mais amplo ele será, o que resultará no aumento das contingências a serem enfrentadas nas decisões aos problemas sociais. Diante da complexidade existente na sociedade, Leonel Severo Rocha¹¹⁹ salienta o pensamento de Niklas Luhmann sobre o comportamento social:

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios.

Em virtude da complexidade, a contingência aumenta e inúmeras respostas se tornam possíveis para uma decisão. Inicia-se uma busca pela redução das contingências na tentativa de alcançar a segurança, com o que se criam expectativas. Na concepção de Niklas Luhmann,¹²⁰ “para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro”. O comportamento social, dessa forma, cria expectativas do que pode vir a acontecer, bem como expectativas sobre as expectativas que a outra parte possui, isso na tentativa de reduzir as contingências, as quais ocasionam o risco. Essas expectativas conceituam-se como sendo

¹¹⁶ ROCHA, Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, p. 2.

¹¹⁷ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 45.

¹¹⁸ SCHWARTZ, A fase pré-autopiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*, p. 69.

¹¹⁹ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, op. cit., p. 31.

¹²⁰ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 47.

“a antecipação de uma possibilidade que pode ou não se produzir”.¹²¹ Nesse contexto, verifica-se que o direito consubstancia-se numa estrutura de expectativas orientadas para o futuro. Segundo Luhmann:

A relação entre o direito e o tempo já se insinua na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas – mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável. A expectativa contém um horizonte futuro da vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito.¹²²

E complementando:

Las normas jurídicas constituyen un entremado de expectativas simbolicamente generalizadas. Con ello no sólo se producen indicaciones generales independientemente de las circunstancias, sino que los símbolos se refieren a lo invisible: al futuro que no puede ser visible. [...] La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de la expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incierto. Por eso con las normas varía la medida en la que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad.¹²³

Também cabe referir que, em virtude da complexidade e da contingência, as expectativas possuem a função de uma estrutura, de uma constância relativa. Essa estrutura possui a função de fortalecimento da seletividade na medida em que possibilita a dupla seletividade, que significa a restrição no âmbito das possibilidades de opções, isto é, “delimitam o optável, transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução”.¹²⁴ No

¹²¹ NICOLA, Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, (Org.), *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea, p. 233.

¹²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 166.

¹²³ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*. Madrid: Ibero-Americana, 2000, p. 97.

¹²⁴ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 54. De acordo com o autor: “Em um mundo constituído sensorialmente, e portanto altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso, e até mesmo imprescindível, referir os diversos passos da seleção uns aos outros. No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas. As estruturas potencializam esse efeito aliviante na medida que estabelecem as referências de uma seleção a outra. Através de um ato de opção, geralmente não

entanto, existem novas possibilidades, que surgem no momento em que ocorrem desapontamentos de expectativas; e é “nessa possibilidade de desapontamentos e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade”. As estruturas limitam as possibilidades, não demonstrando a real complexidade do mundo, o que favorece os desapontamentos. Conseqüentemente, as estruturas possuem o problema do desapontamento, que deve ser sempre considerado. Dessa forma, a estabilização dessas estruturas contém tanto o esboço coerente do seu perfil como a disponibilidade de mecanismos para o encaminhamento de desapontamentos.¹²⁵

Diante desse contexto, surgem as expectativas *normativas* ou *cognitivas*, já analisadas anteriormente, cabendo aqui um breve apontamento. As expectativas normativas caracterizam-se por se manter mesmo quando alguém as transgride, não assimilando, dessa forma, os desapontamentos. Em contrapartida, as expectativas cognitivas são aquelas que, diante de um desapontamento, procuram adaptar-se à realidade¹²⁶. Nesse sentido, de acordo com Niklas Luhmann,

[...] o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. Si alguien anticipa esta bifurcación y se compromete de antemano con una de esas posibilidades, las expectativas se determinan, en el primer caso, como cognitivas; en el segundo, como normativas.¹²⁷

Segundo Luhmann,¹²⁸ a função do direito na tentativa de redução das expectativas, e conseqüentemente das contingências, “reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões”. Essas reduções podem dar-se por meio de três dimensões: temporal, social e prática.¹²⁹

percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução. Na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a. O melhor exemplo disso é a linguagem que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente”.

¹²⁵ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 55.

¹²⁶ LUHMANN, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*. Madrid: Ibero-Americana, p. 99.

¹²⁸ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 116.

¹²⁹ ROCHA, *Epistemologia jurídica e democracia*, p. 100. De acordo com o autor na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e, na dimensão prática, “estas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um ‘sentido’ idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.

O direito é, assim, “a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.¹³⁰ Essa generalização congruente conceitua-se como a possibilidade entre as diversas orientações de sentido que os indivíduos podem manter diante de parceiros diferenciados, de forma que consigam atingir conseqüências semelhantes.¹³¹ Corroborando o exposto, acrescenta-se a citação de Luhmann sobre as expectativas, as possibilidades de desapontamentos e a esperança para o futuro:

El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o la desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza. Sin embargo, el derecho tiene propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente. Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza.¹³²

De acordo com a análise realizada, infere-se que a “nova sociedade” que se apresenta, em razão da sua complexidade, sugere conceitos caracterizadores da sua nova situação, tais como “diferenciação e risco”: “Na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades da decisão”.¹³³ Dessa forma, com vistas a uma nova sociedade, que rompe com o modelo tradicional do direito fechado proporcionando novas interpretações à ciência jurídica, Leonel Severo Rocha¹³⁴ leciona:

A partir do momento em que rompemos com essa noção e começamos a pensar a produção da diferença, a construção de nova realidade, a construção de futuro, temos que discutir novamente que tipo de conseqüência vai ocorrer com as nossas decisões. E é por isso que apontamos o que chamamos problemas do *risco*, pois, cada vez que tomamos uma decisão com relação ao futuro – e sabemos que não é fácil tomá-la, porque existe muita complexidade -, temos que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira como estamos pensando. (grifo do autor)

¹³⁰ LUHMANN, *Sociologia do Direito I*, p. 121.

¹³¹ NICOLA, Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, (Org.), *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea, p. 234.

¹³² LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 98.

¹³³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 36.

¹³⁴ ROCHA, op. cit., p. 39.

A realidade de uma nova sociedade complexa, na qual é grande a contingência, faz surgir, como consequência, a possibilidade do risco, pois, se são várias as possibilidades de decisão, significa que existe o risco de se conseguir o que se almeja ou não. Nesse ponto desvela-se a diferença entre os dois “direitos”: o primeiro caracterizado pelo sentido positivo e conservador, que por meio das decisões do passado previa o futuro, reduzindo, dessa forma, a possibilidade de risco; o segundo caracterizado pelo sentido aberto, questionador, criador de contingências, as quais obrigam o surgimento de novos métodos para se fazer a ciência jurídica, possibilitando o enfrentamento dos “riscos”. Aqui se insere a teoria sistêmica autopoietica, por permitir considerar as contingências e os riscos, analisando-os e recriando o seu “direito” conforme o momento atual, o contexto e, sobretudo, com relação às características do caso concreto, bem como considerando as expectativas das partes e a confiança depositada no negócio jurídico realizado.

Do exposto verifica-se a necessidade de alteração do modo de visualizar a ciência jurídica. Há que se proporcionar uma maior interpretação dos fenômenos sociais e jurídicos para que sejam considerados em relação com as interdependências, inter-relações, com os processos, com a autoprodução, com a troca de influências que realizam *no* e *com* o meio no qual se inserem. Para isso, utilizam-se as palavras de Jean Clam,¹³⁵ que salienta: “A grande novidade da última sociologia jurídica luhmanianna é precisamente a tese de que a positividade é, *a partir de então, insuficiente para explicar* isso que o *sistema jurídico* é hoje, como ele realiza sua função e quais são as evoluções internas que ele conhece” (grifos do autor). De acordo com Germano Schwartz, o “Direito deve ser analisado sob a ótica sistêmica, que amplia o seu campo de atuação e o faz ser pensado como algo muito maior, mais contextual e mais complexo do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional”.¹³⁶ A função do direito passa a ser, então, diante dessa situação de incerteza em relação ao futuro, que determina a precariedade da razão moderna, regular essa incerteza por meio de estruturas de expectativas que permitam orientar o comportamento na hipótese de ocorrência de violação do comportamento.¹³⁷ Dessa forma, constata-se a urgência da aplicação desse novo direito, caracterizado como uma ciência sistêmica e autopoietica, porque permite a apreciação da ciência jurídica de forma aberta,

¹³⁵ CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 113.

¹³⁶ SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoietica do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, p. 67.

¹³⁷ NICOLA, Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, (Org.). *Paradoxos da auto-observação*, p. 241.

autoproduzindo-se e desenvolvendo-se de acordo com a sociedade complexa, contingencial e globalizada da atualidade.

Carreando-se para o trabalho que ora se desenvolve, sugere-se a aplicação da teoria sistêmica autopoietica à ciência do direito e ao contrato, em razão das particularidades que a caracterizam, como a complexidade, a inter-relação, a autoprodução, as expectativas, que compõem o seu âmago e que favorecem a interpretação dos fatos e das condutas no meio em que se encontram. A isso se acrescenta a pertinência da teoria descrita com relação ao contrato e à cláusula geral da boa-fé objetiva como meio de solução de conflitos.

1.3 TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Como visto na parte inicial deste trabalho, a vontade e a liberdade individual imprimiram as características de uma época em virtude do desenvolvimento do Estado de índole liberal. Conseqüentemente, as concepções da “vontade do indivíduo” e da liberdade tornaram-se os dogmas da teoria contratual e, “como atuação dessa propalada liberdade privada na esfera do Direito, o negócio jurídico é o resultado da versão jurídica da vontade, quer das pessoas naturais, quer das pessoas jurídicas”.¹³⁸

O contrato enquadra-se na categoria dos negócios jurídicos, fazendo-se pertinente, para uma maior clareza sobre o instituto, uma breve exposição sobre o tema. De acordo com Pontes de Miranda:

O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. Naturalmente, para tal poder fático de escolha supõe-se certo auto-regramento de vontade, dito ‘autonomia da vontade’, por defeito da linguagem (*nomos é lei*); com esse auto-regramento, o agente determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo.¹³⁹

O negócio jurídico caracteriza-se como contrato ou bilateral quando apresenta duas ou mais vontades, bem como conteúdos diversos que perseguem objetivos distintos na tentativa

¹³⁸ FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 119.

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. III, p. 3.

de alcançar um determinado resultado. A relação entre as partes traduz-se na proposta e na aceitação; muitas vezes pode se apresentar como plurilateral, caso identificado no contrato de sociedade.¹⁴⁰

Também o negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, para o qual o ordenamento atribui os efeitos desejados pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incidem.¹⁴¹ Com relação ao fato jurídico, salienta-se que recebe a designação de fato jurídico em sentido lato o acontecimento a que, dependendo da vontade humana ou não, o direito atribui eficácia; em sentido restrito, considera-se fato jurídico “a manifestação de vontade que provoca efeitos jurídicos, denominando-se então ato jurídico, negócio jurídico”.¹⁴²

Os fatos jurídicos classificam-se em voluntários e involuntários. Os fatos voluntários apresentam a manifestação da vontade, ao passo que os involuntários existem por mera intervenção das forças naturais, ou, então, a vontade humana que apresentam não possui relevância jurídica. Outrossim, com relação aos fatos voluntários, o autor classifica-os em voluntários lícitos e voluntários ilícitos. Aos lícitos refere-se como aqueles que estão de acordo com a ordem jurídica, ao passo que os ilícitos apresentam-se contrários à ordem jurídica, sendo, por isso, por ela reprovados.¹⁴³

Os fatos jurídicos voluntários lícitos, ou atos jurídicos em sentido lato, classificam-se em negócios jurídicos e simples atos jurídicos. Os negócios jurídicos são as ações humanas lícitas que dependem da vontade do homem e às quais a ordem jurídica atribui os efeitos de acordo com a vontade declarada. Aqui se insere o contrato, que, conforme verificado anteriormente, ocorre pela manifestação de vontade das partes contraentes, as quais se ajustam na persecução de um determinado objetivo.¹⁴⁴

O negócio jurídico, portanto, é um ato jurídico que se realiza por meio da declaração e da manifestação de vontade dirigida a um fim determinado, que objetiva atingir um objetivo predeterminado.¹⁴⁵ Os negócios jurídicos classificam-se em negócios jurídicos unilaterais, formados apenas por uma declaração de vontade, ou bilaterais, formados por várias declarações concorrentes ou paralelas. Nos negócios jurídicos bilaterais ou contratos, ressalta-

¹⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de direito civil*. 3. ed. rem. e actual. Coimbra: Almedina, 1991, p. 42.

¹⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 237.

¹⁴³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7. reim. Coimbra: Almedina, 1992, p. 2.

¹⁴⁴ ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, p. 8.

¹⁴⁵ NÉRI JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: RT, 1983, p. 7.

se a existência de duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos e até opostos, mas que se harmonizam, por meio do contrato, para atingir um mesmo resultado jurídico¹⁴⁶. A bilateralidade demonstra a diferença dos interesses na relação contratual. Embora os interesses se direcionem para um mesmo fim, apresentam características opostas; assim, é necessário o contrato como meio de facilitar o acordo que proporcionará o alcance do fim pretendido pelas partes. Por meio do contrato, realizado com o fim de atingir determinados objetivos, as partes poderão constituir, modificar e extinguir as relações jurídicas.

Outrossim, o vocábulo “contrato”, em sentido amplo, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades; em sentido restrito, designa o acordo de vontades que produz efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.¹⁴⁷

1.3.1 A declaração de vontade

Considerando a exposição realizada até este momento, verifica-se a importância da vontade para a realização do negócio jurídico. A vontade aparece como um elemento essencial do negócio a ser realizado. Diante dessa realidade surge uma delicada questão sobre o aspecto que deve predominar: se a vontade especificamente considerada ou a declaração da vontade. Sobre essa questão existe uma oposição entre dois sistemas: o de Savigny, que prioriza a vontade verdadeira do declarante, defendendo que somente essa vontade deve produzir efeitos de direito, sistema designado de “teoria da vontade”, e “sistema da declaração”, que prioriza a vontade que se infere da declaração sobre a vontade verdadeira¹⁴⁸. Além da teoria da vontade e da teoria da declaração que se ocupam sobre a questão da divergência existente entre a vontade (elemento interno) e a declaração (elemento externo), elementos que constituem a declaração da vontade, registra-se, também com relação à vontade, a teoria da culpa *in contrahendo*, teoria da responsabilidade e teoria da confiança.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7. reim. Coimbra: Almedina, 1992, p. 37-39.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74-76. De acordo com o autor, “o direito francês é apresentado, em geral, como partidário da teoria da vontade e o alemão, como da teoria da declaração”, ao que ele complementa acrescentando que, na realidade, a diferença entre os dois sistemas não é assim tão grande.

¹⁴⁹ NÉRI JUNIOR, *Vícios do ato jurídico e reserva mental*, p. 7-11. A teoria da culpa *in contrahendo* consiste na celebração culposa de um negócio nulo (ou anulável); a teoria da responsabilidade defende a idéia de que o negócio jurídico é produto da vontade, sendo que esta deve prevalecer sobre a declaração. Faltando a vontade, o ato será nulo ou anulável. A teoria da confiança é uma variação da teoria da declaração. Defende a idéia de que, havendo divergência entre a vontade e a declaração, esta deve prevalecer, devendo o declarante responder pela *confiança* que o declaratário nele depositou ao contratar. No entanto, se o declaratário confiou indevidamente, por má-fé, dolo, culpa ou negligência, deve-se procurar interpretar a vontade interna e não a declaração propriamente dita.

Com relação às duas teorias apresentadas – da vontade e da declaração - Antonio J. de Azevedo defende seu ponto de vista asseverando que “ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração”; a divergência existente é somente quanto à predominância de um ou de outro. A isso o autor acrescenta que a vontade não é elemento do negócio jurídico, pois o negócio é somente a declaração. A existência do negócio começa com a declaração, pois esta é o resultado do processo volitivo interno, que ao ser proferido a incorpora; a vontade pode influenciar a validade e a eficácia do negócio, não fazendo parte existencialmente do negócio jurídico.¹⁵⁰

De acordo com Emílio Betti, a vontade é o elemento psíquico que integra a consciência do indivíduo, atingindo seu ponto culminante com a declaração, da qual surge a vontade negocial, que influencia as relações sociais.¹⁵¹ A declaração de vontade é considerada um dos elementos integrantes e essenciais do negócio jurídico. Para que exista um negócio jurídico, é necessária a declaração de vontade, a qual demonstra a intenção da parte de formalizar o negócio ora entabulado.¹⁵²

Outrossim, o conceito da declaração de vontade é bastante amplo porque abrange toda a declaração espontânea da parte, desde os documentos escritos até palavras e sinais. De fato, à declaração de vontade incumbe a manifestação da vontade negocial, seja de forma escrita, falada, ou mesmo por sinais. A vontade negocial é a vontade direcionada aos efeitos econômicos, com a intenção de que esses efeitos sejam tutelados juridicamente, bem como vinculantes.¹⁵³

Portanto, a partir do momento em que há a declaração da vontade, conjuntamente é manifestada a intenção de realização do negócio jurídico. No instante em que a parte declara a sua vontade, essa atitude atua como elemento completante para a existência de um ato

¹⁵⁰ AZEVEDO, *Negócio jurídico...*, p. 82. Com relação à declaração como elemento existencial do negócio jurídico e à vontade como elemento de validade e eficácia, o autor refere que “a vontade age sobre o negócio, por exemplo, corrigindo-o no plano da validade, às vezes por que, *in concreto*, não existiu (declarações feitas sob coação absoluta, atos realizados sob hipnose etc.) e às vezes porque não foi regular, isto é, ou não resultou de uma exata noção da realidade (erro, dolo), ou não resultou de opção espontânea (coação, estado de perigo), ou, ainda, não resultou de motivos lícitos (simulação culposa, fraude contra credores, lesão). Por onde se vê que a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência”. p. 85.

¹⁵¹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I, p. 109.

¹⁵² Nesse sentido, de acordo com o autor: “Se a capacidade e o objecto possível são elementos essenciais do negócio jurídico, a declaração de vontade mais essencial é ainda. Onde não houver ao menos a aparência duma declaração de vontade não pode sequer falar-se de negócio jurídico. É dizer que a declaração de vontade, além de condição de validade, constitui ainda um elemento do próprio conceito e portanto da própria existência do negócio jurídico”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7. reim. Coimbra: Almedina, 1992, p. 121.

¹⁵³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7. reim. Coimbra: Almedina, 1992, p. 122.

jurídico, tornando a conduta passível de incidência de uma norma jurídica.¹⁵⁴ De fato, “[...] um ato consciente de vontade dirigido a obter um resultado juridicamente regulado constitui elemento nuclear do suporte fático e, portanto, à sua manifestação incidirá a norma correspondente, fazendo surgir o ato jurídico específico”.¹⁵⁵

1.4 AS FASES DO INSTITUTO CONTRATUAL

No momento em que se analisa o contrato propriamente dito, não se pode deixar de referir, mesmo que sucintamente, as fases do desenvolvimento da relação contratual. Sobre esse tema tratará o próximo item, buscando aprofundar o assunto em questão através de uma breve análise sobre as tratativas contratuais, o pré-contrato, o contrato e o pós-contrato.

1.4.1 As tratativas contratuais

As tratativas contratuais referem-se ao momento que antecede a realização do pré-contrato e do contrato propriamente dito. Salienta-se essa por ser a fase na qual acontecem vários trâmites que se realizam em virtude do intento de concretização da finalidade almejada.¹⁵⁶ Também a fase das tratativas contratuais caracteriza-se por ser a responsável pela geração das expectativas nas partes contratantes, bem como pela realização, em muitos casos, de negócios secundários que servem de suporte para o negócio principal.

Por meio das tratativas contratuais, as partes vão amadurecendo as negociações, as quais vão gerando as expectativas com relação ao futuro negócio, que pode se realizar ou não. No caso de não alcançar o objetivo final, em razão do rompimento das tratativas, ocorre a

¹⁵⁴ Segundo Marcos Bernardes de Mello: “Disto resulta evidente que a declaração e manifestação são modos (=formas) de exteriorização de vontade e, por isso, constituem elementos complementantes do suporte fático dos atos jurídicos. Embora não sejam o próprio cerne, são dados que completam o núcleo, donde a sua presença constituir elemento essencial à concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica, portanto, à própria existência do ato jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 122.

¹⁵⁵ MELLO, *Teoria do fato jurídico...*, p. 132.

¹⁵⁶ Como exemplo dos trâmites que acontecem na fase das tratativas contratuais o autor salienta: “tais como entrevistas e outras formas de diálogo, estudos individuais ou em comum, experiências, consultas de técnicos, viagens de esclarecimento pessoal, redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projecto ou minuta, incitamentos recíprocos a propostas contratuais e, finalmente, a oferta e a aceitação definitivas”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de direito civil*. 3. ed. rem. e actual. Coimbra: Almedina, 1991, p. 48.

frustração das expectativas desenvolvidas na fase preliminar.¹⁵⁷ As expectativas despertam o sentimento da boa-fé e da confiança de que a parte contrária vai agir com transparência e clareza no desenvolvimento das fases contratuais, tanto no momento das primeiras negociações como do contrato propriamente dito e, posteriormente, na fase do pós-contrato. Nesse sentido, de acordo com Mário Júlio de Almeida Costa,¹⁵⁸ “[...] reconhece-se que durante as negociações e na formação do contrato impendem sobre os contraentes certos deveres impostos pela lealdade e pela boa fé”. Às partes cabe o direito e o dever de realizar uma relação contratual baseada na boa-fé, devendo a sua conduta pautar-se pela lealdade, bem como esperar que esta também seja a conduta da parte contrária.

Com relação às expectativas geradas nas partes contratantes, haja vista a sua abrangência na teoria dos sistemas, objeto de estudo nas páginas que seguem, far-se-á neste momento uma breve explanação, objetivando ressaltar a sua importância na formação e desenvolvimento da relação contratual. Portanto, a parte específica das expectativas na teoria sistêmica autopoiética será devidamente analisada no terceiro capítulo.

As expectativas geradas nas partes contratantes decorrem da existência de uma situação que anuncia a realização de um negócio jurídico. Nesse sentido, de acordo com Niklas Luhmann,

para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um *experimente*, mas também que cada um possa *ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele*.¹⁵⁹

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco,¹⁶⁰ o fato de haver uma expectativa num indivíduo significa que ele aguarda a concretização de um negócio jurídico: “Quando a questão posta em discussão é uma expectativa, a consequência lógica imediata é a de que um sujeito espera a constituição de um direito subjetivo”. A expectativa gerada na fase das tratativas denota que houve a aproximação entre as partes, pois, se o sujeito espera a

¹⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 515.

¹⁵⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de direito civil*. 3. ed. rem. e actual. Coimbra: Almedina, 1991, p. 49.

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

¹⁶⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 3, n. 12, out-dez. 2002, p.177.

constituição de um direito subjetivo, significa que houve a declaração de intenção de realização do negócio. Segundo Luhmann:

É claro que o trato social só é possível através da expectativa de expectativas, pois ele não é apenas a satisfação de expectativas alheias, mas significa um comportamento através do qual A se representa como aquele que B necessita como parceiro, para que ele (B) possa ser aquele que ele gostaria de representar frente a A. Esse comportamento só pode ser adotado por quem pode esperar expectativas.¹⁶¹

Também cabe considerar, com relação às expectativas, que caracterizam uma questão de fato, mas que, se forem qualificadas por uma norma ou um princípio, caracterizam um negócio jurídico, tornando-se expectativas legítimas. No momento em que houver uma expectativa sobre a realização de um negócio, sendo essa qualificada por um princípio que tutela a relação, no caso específico, uma expectativa baseada na boa-fé, torna-se legítima, podendo gerar direitos e deveres para as partes.¹⁶²

Do exposto verifica-se a necessidade de tutelar a fase das tratativas contratuais, haja vista ser o momento do nascimento das expectativas positivas, fazendo surgir a boa-fé e o sentimento de confiança na concretização do negócio.

Nessa altura do trabalho, permite-se vislumbrar o objetivo proposto, a análise da relação contratual e a influência da boa-fé objetiva como uma possibilidade de solução de conflitos contratuais, quando considerada através da concepção sistêmica autopoietica do direito.

Outra figura contratual que participa ativamente em muitas relações jurídicas é o pré-contrato, o qual aparece na fase imediatamente anterior à formação do contrato, tendo a incumbência de ir clareando a relação jurídica pela especificação das intenções das partes, as quais são regulamentadas nas cláusulas contratuais, que vão se firmando com o incremento das negociações.

¹⁶¹ LUHMANN, op. cit., p. 48.

¹⁶² Segundo Gerson L. C. Branco: “Quando se fala de expectativa, a questão é de fato. Porém, quando há uma expectativa, qualificada por uma norma ou princípio tutelando dita situação, o resultado é uma relação jurídica, com direito e deveres, caracterizando uma expectativa legítima. [...] Sempre que houver uma expectativa legítima, há mais do que “direitos subjetivos em sentido estrito”, há direitos a prestações, direitos potestativos, como também deveres e obrigações. Se por um lado as expectativas legítimas identificam o elemento ativo da eficácia de determinado ato, também existe uma eficácia passiva, consistente nos deveres, obrigações e ônus decorrentes da existência da relação jurídica”. BRANCO, A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança, p. 178.

1.4.2 O pré-contrato

O pré-contrato é uma figura jurídica que se caracteriza por regulamentar a fase imediatamente posterior às negociações preliminares e anterior à formação propriamente dita do contrato. Também pode ser designado de ‘promessa de contrato’, ‘contrato preliminar’, ‘contrato preparatório’, ‘compromisso de contrato’ e ‘pré-contrato’,¹⁶³ forma adotada nesta análise.

O pré-contrato é um instituto que foi introduzido no Código Civil de 2002, mas que já existia no direito pátrio, sendo considerado mais como uma declaração unilateral de vontade, do que como modo de concluir uma relação de fundo patrimonial. É uma forma de antecipar a realização definitiva do contrato. Conceitua-se, “[...] como o contrato no qual as partes se obrigam a realizar posteriormente um contrato definitivo”.¹⁶⁴ O pré-contrato antecipa a realização definitiva do negócio jurídico, no qual se antecipam algumas cláusulas, formas de pagamento, tempo, lugar. “É o *pactum de contrahendo* pelo qual assume a obrigação de contratar em certo momento e em determinadas condições, criando o contrato preliminar uma ou várias condições de fazer, mesmo quando o contrato definitivo origina obrigações de dar”.¹⁶⁵

Ocorre, por parte das partes contratantes, uma manifestação preliminar da vontade de contratar. O pré-contrato não cria uma situação definitiva, a qual só ocorrerá com a formação do contrato propriamente dito, porém, com relação aos efeitos da promessa, considera-os perfeitos e acabados.¹⁶⁶

Os requisitos necessários para que se configure a existência de um pré-contrato encontram-se estipulados no artigo 462 do Código Civil de 2002. O pré-contrato deverá indicar o nome das partes contratantes, o objeto lícito, possível e determinado ou determinável e a data de celebração do contrato definitivo. Também é exigida a capacidade das partes e, no caso de menores como partes contratantes, a devida autorização para contratar. A única característica dispensada na formação do contrato preliminar é a forma exigida para sua celebração, a qual é obrigatória somente na realização do contrato definitivo.¹⁶⁷

¹⁶³ VENOSA, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 420.

¹⁶⁴ RIZZARDO, *Contratos*, p. 191.

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998, p. 227.

¹⁶⁶ Nesse sentido o autor refere: “É o que já deixava entender Adauto Fernandes: “Ao invés do que ocorre no contrato definitivo, no compromisso [...] há uma perspectiva de direito, muito embora as partes já se hajam acordado na coisa e no preço. Sendo preliminar o contrato, é, no entanto, quanto aos efeitos da promessa, perfeito e acabado como evidente manifestação da vontade preliminar de que, ulteriormente, decorrerá o contrato definitivo”. RIZZARDO, *Contratos*, p. 191.

¹⁶⁷ RIZZARDO, *Contratos*, p. 192.

De fato, o pré-contrato apresenta todos os requisitos necessários para a existência de um contrato perfeito e acabado, sendo, dessa forma, o seu inadimplemento analisado sob o prisma contratual.¹⁶⁸

1.4.3 O contrato

O instituto contratual é o tema central deste trabalho, que objetiva verificar as condições de se considerar a cláusula geral da boa-fé, aplicada ao contrato como possibilidade de solução de conflitos pela aplicação da teoria sistêmica autopoiética.

Dessa forma, o contrato está sendo analisado durante o desenvolvimento de todo o trabalho, incluindo a sua conceituação, as fases, as características e os princípios que os informam. Conseqüentemente, neste item específico faz-se uma breve exposição de suas particularidades como uma das fases do desenvolvimento contratual, remetendo-se o leitor para o restante da análise, que trata de modo geral sobre o instituto contratual.

A fase que caracteriza o contrato estende-se do momento da formação do vínculo contratual até a sua extinção. Esse período é regulamentado pelo instrumento contratual, o qual deve conter os elementos necessários para a formulação do contrato, sendo também orientada pelos princípios que regem o direito contratual. Apesar da mudança ocorrida nas relações sociais, as quais privilegiam a consideração dos princípios constitucionais nos negócios jurídicos, tais como o princípio da boa-fé, tornando necessária a consideração das fases anteriores e posteriores do vínculo contratual, mantém-se como de primordial importância o instituto contratual, que enfatiza a livre-iniciativa, através da liberdade de contratar, desde que praticada com respeito à tutela aos anseios do bem comum.¹⁶⁹

O novo modelo contratual incrementou a valorização da palavra empregada e do risco profissional, bem como facilitou a intervenção do Estado como forma de controle sobre o seu conteúdo. Atualmente, há uma grande preocupação com a informação que deve ser prestada pelas partes e com a confiança despertada em torno da realização do negócio entabulado.¹⁷⁰ No esforço pela proteção dos mais fracos na relação contratual, salienta-se a importância de seguir as orientações dos princípios contratuais, os quais almejam a manutenção do equilíbrio das partes contratantes e a busca pela justiça contratual.

¹⁶⁸ VENOSA, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 421.

¹⁶⁹ GOMES, *Contratos*, p. 16.

¹⁷⁰ De acordo com Cláudia Lima Marques: “Alguns denominam de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores”. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 169.

1.4.4 O pós-contrato

A fase denominada de “pós-contratual” é aquela que se inicia imediatamente após o término da relação contratual firmada pelos contratantes. Tendo em vista que os efeitos dos contratos muitas vezes alcançam um período de tempo bem além do período estipulado para sua duração, torna-se necessário ampliar a proteção às partes contratantes também para os momentos que ultrapassam o período efetivo da contratação até a conclusão do contrato. Salienta-se a necessidade de observância dos princípios que regem a relação contratual no seu todo, desde a fase das tratativas até o período após a extinção do vínculo jurídico; no caso específico deste trabalho, salienta-se o princípio da boa-fé, para que se torne possível o alcance do equilíbrio contratual almejado pelos contratantes. De fato, a boa-fé deve estar presente em todas as fases da relação contratual, desde as primeiras negociações até o momento posterior a sua conclusão, relacionando-se aos possíveis efeitos advindos após o término do negócio firmado.¹⁷¹

A observância de deveres de lealdade e de confiança, corolários do princípio da boa-fé, nos momentos posteriores à formação do contrato acentua a necessidade de as partes contratantes agirem de acordo com o convencionado, mantendo o sigilo do conteúdo contratual, bem como proporcionando a garantia necessária para os efeitos advindos da relação contratual. Nesse sentido, salienta-se que o artigo 422¹⁷² do novo Código Civil brasileiro já apresenta propostas de reforma no sentido de expandir o alcance do princípio da boa-fé para os momentos que antecedem a formação dos contratos – fase das tratativas contratuais, bem como para os momentos posteriores à conclusão dos contratos –, o período pós-contratual.

Do exposto, conclui-se que o contrato é uma relação jurídica que acontece no tempo; que apresenta diversas fases que se encontram submetidas às influências sociais e econômicas, bem como se encontra sob as influências e vicissitudes que interferem, durante o

¹⁷¹ VENOSA, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 483. Também nesse sentido o autor refere Maurício Jorge Mota, que corrobora o exposto: “A pós-eficácia das obrigações constitui, portanto, um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, deveres de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído”. (mesma página).

¹⁷² BRASIL. Código civil. Projeto nº 6.960/2002.

Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo o mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

seu curso, nas partes contratantes, influências essas oriundas da crescente complexidade característica da sociedade atual. Conseqüentemente, a relação contratual transformou-se de uma concepção estática para uma concepção dinâmica, que interage com o meio e com as partes, a fim de proporcionar o alcance do fim objetivado.

O capítulo seguinte trata sobre o tema referente aos princípios contratuais, sua definição, normatividade, efetividade e sistematicidade. Durante a análise será dispensada ênfase ao princípio da boa-fé objetiva, haja vista compor o objetivo do presente trabalho, que se fundamenta na cláusula geral da boa-fé objetiva como solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoiética do direito.

Como introdução para o tema, faz-se uma breve exposição sobre as transformações ocorridas na teoria contratual, as quais justificam a busca por novos horizontes que possam facilitar a satisfação das expectativas das partes contratantes desenvolvidas durante a relação contratual, bem como facilitar o alcance do objetivo a que as partes se propõem.

2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A ÊNFASE AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Para iniciar a análise deste capítulo referente aos princípios contratuais e, de modo específico, ao princípio da boa-fé, fazem-se, primeiramente, breves colocações sobre as transformações processadas na teoria contratual, nesse momento utilizadas como justificativa e fundamento na busca de novas soluções para os conflitos surgidos no instituto contratual oriundos da sociedade complexa e globalizada da atualidade.

2.1 TRANSFORMAÇÕES NA TEORIA CONTRATUAL

Tendo como base o estudo realizado no capítulo anterior, verificou-se que o instituto contratual sofreu grandes transformações, deixando para trás a característica individualista, dominante no Estado Liberal, passando a assumir, com o advento do Estado Social, uma feição coletiva, socializada, o que se comprova pela releitura dos princípios, bem como das novas figuras da função social e da boa-fé.

De fato, considerando-se as transformações ocorridas no direito contratual, as quais se verificam através das novas orientações dispostas nos valores e nos princípios que orientam as relações contratuais, percebe-se a mudança ocorrida na sociedade como um todo.¹⁷³

Embora se mantenha, como princípio, um direito centrado no homem construído em consonância com o imaginário racionalista-liberal, este princípio passa a apresentar restrições e limites, dirigidos para a preservação dos interesses coletivos e para o desenvolvimento e

¹⁷³ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 155. De acordo com a autora, “com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos”.

preservação da dignidade do cidadão, os quais não foram contemplados pelo direito civil, consolidado no Código de 1916”.¹⁷⁴

As relações jurídicas, que antes aconteciam somente entre sujeitos determinados, hoje acontecem entre sujeitos indeterminados, entre pessoas jurídicas coletivas, forçando o instituto contratual a adquirir novas feições para possibilitar a satisfação da sociedade globalizada.¹⁷⁵ Dentre as novas feições do direito contratual destacam-se cinco características essenciais nas tendências modernas do direito contratual, que são: o enfoque dado ao conteúdo, que deixou de lado a neutralidade; a abordagem dinâmica, em contrariedade à abordagem estática; a cooperação ao antagonismo; a coletividade em contrariedade ao atomismo e a abordagem voltada à pessoa em contrariedade ao abstracionismo.¹⁷⁶

O contrato alterou a sua imagem em decorrência das transformações sociais. Como conseqüência da sociedade complexa e globalizada, surgiram novas formas de contratos, fazendo ressurgir valores que se encontravam adormecidos, com o objetivo de tornar possível e efetivo o negócio contratual. Entre esses valores salientam-se a boa-fé, a confiança, a transparência, as quais sempre existiram nas relações contratuais, porém, agora, em virtude dos novos rumos do instituto, encontram-se revigorados com o intuito de ampliar e garantir a segurança jurídica. Diante dessa nova tendência faz-se necessário proporcionar ao contrato uma nova concepção, adequada ao contexto social, e que permita a realização e concretude do instituto de acordo com as necessidades da época atual.¹⁷⁷

Outrossim, há que se considerar a segurança jurídica como integrante da nova concepção do instituto contratual. A segurança não se encontra apenas no adimplemento da obrigação por parte do devedor, mas em todos os momentos da relação contratual. Tratar de segurança significa considerar o contrato como um todo jurídico que deixou de representar

¹⁷⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN (Coord.), *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 17.

¹⁷⁵ Nesse sentido Cláudia Lima Marques refere que “a concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação e, em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico. O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas”. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 39.

¹⁷⁶ WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 18, abr./jun. 1996, p. 8.

¹⁷⁷ Nesse sentido, Paulo Nalim: “[...] o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido. A insistência em se manter uma visão do contrato e das obrigações em geral, além de não resolver a questão de sua crise, nem ao menos a explica. Por outro lado, o elogio ao dado histórico do contrato contextualiza no momento, principalmente, de sua interpretação, autorizando um acertamento mais justo das lides dele decorrentes”. NALIM, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 120.

apenas os interesses das partes diretamente relacionadas no contrato – credor e devedor –, passando a representar também as partes que de modo indireto encontram-se submetidas aos efeitos gerados pelos contratos. Também, há que se considerar o objetivo a alcançar em todas as fases do desenvolvimento do negócio, referente ao equilíbrio contratual. Esse equilíbrio efetiva-se no respeito à boa-fé, à confiança e à lealdade, atuais princípios e valores que orientam as relações jurídicas.¹⁷⁸ De fato, com relação à confiança, especificamente, Niklas Luhmann salienta que, “por médio de la confianza, el que confia se alivia él mismo de la complejidad que no puede soportar”,¹⁷⁹ do fato de não saber qual será a reação da parte contrária durante o desenvolvimento da relação contratual. Em virtude das transformações, o contrato assume uma nova função, a de perseguir a segurança e o equilíbrio, o que se torna possível de alcançar pelo incremento da confiança nas relações, aliviando a complexidade e a incerteza do que pode vir a acontecer.

Também cabe ressaltar que na teoria contratual passou-se a priorizar a pessoa e suas expectativas, não mais somente o sentido econômico do contrato.¹⁸⁰ O contrato adquiriu uma feição mais humana e solidária, que considera o alcance dos seus efeitos para além do compromisso firmado bilateralmente. Portanto, uma concepção de contrato, de acordo com a nova sociedade que se apresenta e que se encontra em constante modificação, não pode ser fechada, mas aberta para as mudanças do sistema. Conseqüentemente, de acordo com essa nova realidade social, pode-se caracterizar o contrato como uma relação jurídica subjetiva, baseada na solidariedade constitucional, que objetiva efeitos patrimoniais e existenciais entre as partes e entre terceiros, o que o torna uma relação complexa solidária.¹⁸¹ O objetivo perseguido atualmente é o equilíbrio entre a sociedade, o Estado e o indivíduo. Há que se buscar harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social.¹⁸² Pode-se dizer mais: o

¹⁷⁸ NALIM, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 213.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 110.

¹⁸⁰ Nesse sentido Paulo Nalim: “A despatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre **personalismo** (superação do individualismo) e **patrimonialismo** (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do “produtismo” e, mais atualmente, do consumismo). Nota-se, destarte, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio”. NALIM, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 250.

¹⁸¹ NALIM, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 255.

¹⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 750, abr. 1987/1998, p. 119. Nas palavras do autor: “Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer *tabula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre a sociedade, Estado e indivíduo. O

contrato passou a ser visto como “uma forma de co-operação flexível e cambiante com respeito e entre diferentes atores no mercado que é efetivada como um meio de distribuição racional na sociedade”. Por meio do contrato é possível criar uma cooperação social saudável.¹⁸³

Do exposto verifica-se o surgimento de uma nova teoria dos contratos, em virtude das profundas modificações acontecidas na sociedade, a qual se apresenta globalizada, complexa, inter-relacionada, tornando imperativa e urgente a modificação do instituto contratual para que consiga acompanhar o desenvolvimento social, oferecendo soluções satisfatórias aos novos problemas.

No entanto, apesar dessa constatação, chama a atenção a colocação de José Carlos Moreira da Silva Filho, advertindo que, mesmo em pleno processo de transformação no ordenamento jurídico e em sua teoria, ainda permanece uma certa distância entre a teoria, os acontecimentos e as relações sociais, as quais por si próprias apresentam inovações jurídicas, resultantes mais dos seus próprios fatos e do seu processo de desenvolvimento do que do trabalho dos operadores do direito.¹⁸⁴

Em meio a essas transformações sociais, a sociedade massificada fez surgir a necessidade de um contrato que atingisse o maior número de pessoas, que possibilitasse a concretização do maior número de negócios num período curto de tempo. Não havia mais a possibilidade de examinar com retidão as cláusulas contratuais, de optar pela inclusão ou pelo afastamento de determinada cláusula contratual. Dessa forma, surgiu um novo modelo contratual, no qual as partes mais fortes da relação passaram a ditar as determinações contratuais, cabendo às mais fracas simplesmente a adesão ao que fora estipulado. A esse tipo de contrato denominou-se “contrato de adesão”.¹⁸⁵

contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros”.

¹⁸³ WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 18, abr./jun. 1996, p. 12.

¹⁸⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. Anuário 2003. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 145.

¹⁸⁵ Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. (grifos da autora) MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 58.

Há que se considerar o contrato de acordo com o momento e a época em que se realiza; assim, é preciso interpretar o contrato de acordo com os valores e princípios eleitos pela sociedade. Numa sociedade na qual se considera como fundamentais a boa-fé, a confiança e a função social, não é possível a realização dos contratos sob a égide da autonomia da vontade e da obrigatoriedade do convencionado. Verifica-se a preocupação do direito contratual no sentido de considerar a outra parte contratante, bem como os demais sujeitos que, mesmo indiretamente, encontram-se sob a influência do contrato realizado.

Portanto, o contrato tornou-se mais abrangente, mais humano e social. Valorizam-se as expectativas das partes contratantes, a boa-fé depositada na efetiva realização do negócio, a conduta das partes baseada na confiança e na lealdade. Pode-se, pois, dizer que existe a procura pelos valores que sempre existiram, mas que, em virtude das transformações sociais e das necessidades de cada sociedade em determinada época e local, acabaram encobertos por outros valores identificados com a época e o momento histórico.

Nesse momento, tendo em vista a releitura dos valores que sempre existiram, mas que adquirem, por meio da evolução social, novas molduras, passa-se à análise dos princípios contratuais, representativos dos valores eleitos pela sociedade, para informar as suas relações sociais e negociais.

2.2 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O direito contratual é orientado por princípios gerais, os quais almejam o alcance do equilíbrio e da confiança nas relações firmadas, estendendo-se desde as primeiras negociações, na fase das tratativas contratuais, passando pela execução propriamente dita do contrato, a qual se alonga da formação até a conclusão do contrato, bem como atingindo a fase pós-contratual. Os princípios orientam o vínculo contratual, objetivando a satisfação dos anseios da nova sociedade complexa e globalizada.

Conforme observado anteriormente, a evolução contratual encontra-se diretamente relacionada com a evolução estatal. De um Estado Liberal, temos o contrato com características liberais, no qual predominam o individualismo e a total liberdade. De um Estado com características sociais, temos o contrato funcionalizado. De um Estado complexo e globalizado, necessitamos de um contrato que possibilite a adaptação das relações para o

futuro que se avizinha, possibilitando novos meios de solução dos conflitos nas relações contratuais.

Percebe-se que as características estatais imprimem contornos especiais aos contratos, transformando-se em princípios orientadores das suas relações jurídicas, possuindo influência maior ou menor de acordo com a sociedade e com o momento histórico respectivo. De uma sociedade liberal sobressai um contrato individualista; de uma sociedade social, um contrato com características coletivas e solidárias.

Entre os princípios contratuais, com maior ou menor influência atualmente, destacam-se a autonomia privada e a autonomia da vontade, do qual resultam a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos e a relatividade contratual. Também de acordo com a nova interpretação contratual, distingue-se o princípio da boa-fé – confiança e transparência, objetivo deste trabalho e, conseqüentemente, com uma abordagem mais abrangente, e a função social do contrato, os quais proporcionam a remodelagem dos antigos princípios contratuais, conferindo-lhes uma nova concepção. Outro princípio que mereceu destaque nesta análise é o princípio da igualdade, tendo em vista a conformação contratual que oferece quando considerado em sua versão formal e material, o que resulta numa relação na qual pode predominar o poder de persuasão de uma das partes ou o equilíbrio contratual.

2.2.1 Conceito de princípios

Os princípios são considerados a base do ordenamento jurídico, indicando a direção exata para as demais normas que compõem o sistema, como também definindo os seus horizontes, pois possuem em seu bojo os valores eleitos pela sociedade¹⁸⁶. No entanto, quando considerados somente na esfera juscivilista, os princípios encontram-se submetidos à lei, possuindo um baixo grau na hierarquia positiva, representando apenas uma fonte secundária para a normatividade. No entanto, a partir da sua incorporação na esfera jusconstitucional, passam a guiar e fundamentar as demais normas, ocupando lugar de destaque na pirâmide normativa.¹⁸⁷

Dada a sua importância, a violação de um princípio constitucional significa a ruptura da própria Constituição, pois representa os valores constitucionalmente regulamentados. Violar os princípios é mais inconstitucional do que violar uma norma, visto que são a base das

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807.

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 263.

normas.¹⁸⁸ No momento em que se viola uma norma, resta o princípio que a informou, que lhe serviu de alicerce; então, recorre-se ao princípio. Contudo, no momento em que se violar um princípio, estão sendo violados os valores fundamentais da sociedade, pois os princípios representam a ideologia do Estado, ideologia esta representativa dos valores da sociedade.¹⁸⁹ Assim, os princípios contêm no seu conteúdo os valores que determinada sociedade elegeu como ideais supremos a serem seguidos.

Os princípios orientam as normas, servindo-lhes de sentido e espírito, como também corporificam as regras jurídicas, atingindo, assim, o sistema jurídico como um todo e erigindo os seus ideais à categoria de normas plenamente aplicáveis.¹⁹⁰ Nesse sentido, Paulo Bonavides acentua:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis.¹⁹¹

Para J. J. Gomes Canotilho, a Constituição encontra-se estruturada tanto em função das regras como também dos princípios, o que a torna um sistema aberto. De acordo com o autor, um sistema composto somente por regras, apesar de proporcionar segurança, não seria propício ao desenvolvimento quando diante de uma sociedade aberta composta por conflitos, valores e interesses discrepantes. Outrossim, num sistema composto somente por princípios haveria a predominância da indeterminação que seria ocasionada pela inexistência de regras e pela coexistência de princípios conflitantes, o que não proporcionaria a segurança jurídica e, conseqüentemente, seria incapaz de reduzir a complexidade do sistema. Dessa forma, Canotilho defende a idéia de um sistema misto de regras e princípios, no qual exista a

¹⁸⁸ BORGES, Souto Maior apud DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59.

¹⁸⁹ DANTAS, op. cit., p. 59.

¹⁹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 19. Segundo a autora: “O princípio constitucional revela o sistema jurídico. É o elo que vincula e harmoniza os valores normatizados; o princípio versa o coração do pensamento posto na palavra-norma. São os princípios, pois, os elementos jurídicos normatizadores primários e informadores do sistema. De uma parte, eles inspiram o sentido e demarcam o espírito do ordenamento constitucional e, de outra, corporificam as regras jurídicas integrantes da elaboração normativa fundamental. Assim, são os princípios constitucionais os elementos internos primários da ordem jurídica”.

¹⁹¹ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 260.

prioridade dos princípios no ordenamento jurídico, pois estes possuem a função de permitir a entrada de novos conteúdos no ordenamento, em razão da sua abertura gramatical e interpretativa, o que renova o direito.¹⁹²

Para Alexy, os princípios são suscetíveis de ponderação, o que significa que, diante de um conflito entre os princípios, um prevalece, o que não significa declarar a invalidez dos demais. Isso caracteriza uma dimensão de peso entre os princípios, o que representa a sua relatividade, do que se conclui que não há princípios de valores absolutos.¹⁹³

Do exposto verifica-se que os princípios são a base do ordenamento jurídico, agindo como orientadores das demais normas que compõem o sistema, como também que se encontram positivados nas constituições, o que lhes atribui a característica de normas jurídicas plenamente aplicáveis. Também se verifica que os princípios representam os valores eleitos pela sociedade como métodos plausíveis de garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, proporcionando-lhes viver com dignidade.

2.2.2 Por uma concepção sistêmica dos princípios constitucionais e do princípio da boa-fé

Também com relação aos princípios e com relação ao enfoque proposto para este trabalho, faz-se pertinente a análise dos princípios perante a teoria dos sistemas.

Numa sociedade globalizada, também denominada de “pós-moderna”, não é mais possível manter a teoria jurídica presa à noção de racionalidade do direito através do normativismo da concepção kelseniana. Faz-se necessário uma “noção mais alargada, uma noção mais ampla, que inclua também regras, princípios, diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade”.¹⁹⁴

Nesse sentido, de acordo com Luis Alberto Warat, a concepção do Estado de Direito implica o reconhecimento de que os princípios atuam como suporte para o funcionamento do direito na sociedade. No momento em que se perde a referência a esses princípios, a estrutura jurídica torna-se imprevisível e até descontrolada.¹⁹⁵

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1088-1089.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

¹⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 118-119.

¹⁹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas: informe sobre eco-ciudadania, género y derecho – incidencias del barroco en el pensamiento jurídico*. Joaçaba: Unoesc/CPGD/Efsc, 1996, p. 33.

O direito é um “sistema autopoietico de valores, de princípios, de conceitos básicos, de normas e de fatos que visa à homeóstase (dinâmica) social e à distribuição equitativa dos bens do mundo”.¹⁹⁶ Para Jean Clam, a autopoiese básica caracteriza-se como estruturada de forma circular, operativamente paradoxal, enquanto a autopoiese derivativa caracteriza-se como evolucionariamente circular e semanticamente paradoxal, ou seja, pela circularidade de suas redes operativas supera os paradoxos de ordens subjacentes, pela abertura de novos espaços de estruturação.¹⁹⁷ Nesse sentido, de acordo com Teubner, verifica-se que,

[...] com efeito, a realidade social do direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de meios.¹⁹⁸

A idéia de hiperciclo do sistema social surgiu com Teubner, o que possibilitou a verificação da circularidade existente entre os princípios constitucionais, os quais interagem auto-reproduzindo-se e comunicando-se com os demais elementos do sistema jurídico, bem como com os demais subsistemas.¹⁹⁹ Com relação à autopoiese dos princípios, Benedito Hespanha salienta que

a autopoiese significa a autoprodução de princípios, de cláusula e de regras, ou seja, das unidades básicas do sistema que dão início à produção dos movimentos subseqüentes: sem o desencadeamento do movimento inicial de natureza autopoietica não poderia articular o conjunto dos outros movimentos que caracterizam o sistema.²⁰⁰

¹⁹⁶ MATEIRO, Mário Martins da Silva. Pensar o direito: fragmentos de um ensaio de autopoiesis jurídica. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo: Edupf, v. 11, 1997, p. 17.

¹⁹⁷ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 15.

¹⁹⁸ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 6.

¹⁹⁹ MARCO, Anelise de. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF, 2005, p. 72.

²⁰⁰ HESPANHA, Benedito. A autopoiese na construção do jurídico e do político de um sistema constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 28, jul./set. 1999, p. 63.

Portanto, verifica-se que os princípios se constituem em elementos da autopoiese do direito. No entanto, caracterizam-se como autopoieticos derivativos, pois interagem de forma circular quando inseridos no sistema, superando os paradoxos existentes através de sua evolução.

Conseqüentemente, para a sociedade dita “globalizada”, não é mais possível a estrutura hierárquica do direito, proposta por Kelsen, como um sistema de normas pronto e acabado. O mais adequado para esta nova sociedade é uma noção aberta, propícia aos princípios e à maior participação dos integrantes da sociedade. Por meio da teoria dos sistemas e da autopoiese, facilita-se a organização do direito de forma circular, no qual ocorre a interação entre os seus elementos, não a hierarquização. Dessa forma, faz-se possível a autoprodução dos elementos do direito por meio dos hiperciclos, que operam a circularidade dos princípios, auto-reproduzindo o sistema jurídico.

Com base nessa exposição inicial, parte-se para uma breve análise sobre os princípios constitucionais e a Constituição perante a teoria sistêmica autopoietica, segundo a concepção de Germano Schwartz. Utiliza-se a especificação “princípios constitucionais” em relação ao princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista que a configuração da boa-fé como um princípio obrigacional traz como conseqüência o fato de que, ao mesmo tempo em que se adapta aos princípios constitucionais, ficando possibilitada a sua concreção jurídica, a boa-fé serve, concomitantemente, de instrumento para a interpretação constitucionalizada das relações patrimoniais interprivadas.²⁰¹ Necessariamente, a boa-fé enquadra-se na moldura dos princípios constitucionais. Também nesse sentido verifica-se que a oposição existente entre a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade baseia-se no fato de a eficácia interprivada dos princípios constitucionais importar numa nova configuração da liberdade dos contratos. Nesse sentido, Teresa Negreiros, citando Ricardo Luiz Lorenzetti acentua que a novidade que se apresenta se encontra

na tentativa de entrever na incidência do princípio da boa-fé a impreterível conformação do direito contratual aos princípios constitucionais, uma vez que o contrato deixa de ser considerado como um “instrumento economicamente neutro”, porquanto “seus efeitos transcendem a ‘privacidade’ das partes”, devendo ser, por isso, diretamente informado pelo “quadro axiológico do direito civil-constitucional”.²⁰²

²⁰¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 138.

²⁰² NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 190.

Portanto, de acordo com Germano Schwartz, faz-se uma breve consideração sobre a Constituição e os princípios constitucionais, aos quais se agrega a boa-fé perante a teoria dos sistemas e a autopoiese.

Segundo a concepção de Schwartz, a Constituição é o “acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, o momento por excelência onde há a comunicação do sistema jurídico com o entorno”. Outrossim, a autopoiese constitucional baseia-se na sua auto-referencialidade, isto é, quando ocorre a operação jurídica, baseada na Constituição, o direito produz sentido a partir da sua especificidade e da sua unidade. A distinção auto-referencial possibilita a abertura exógena e cognitiva da Constituição ao entorno. Nessa comunicação com os demais subsistemas, “a Constituição vai-se auto-regulando, e cada vez mais, distinguindo-se do exterior, formulando uma unidade referencial própria de estruturas, princípios e operações específicos”.²⁰³ Nesse sentido, sobre os princípios constitucionais, aos quais se relaciona o princípio da boa-fé,

os princípios constitucionais, por exemplo, são pré-requisitos de decisão, e não condições de justiça. São esquemas operativos de natureza condicional limitados pela função estrutural dada pelo sistema no qual estão inseridos (o Direito – decisão). As pré-condições dos princípios são fornecidas pela diferenciação funcional, pois é ela que dá a individualização dos modos de comportamento. Aliada à individualização dos princípios via diferenciação, a generalização das expectativas normativas via Constituição, torna-se base e requisito estrutural do Direito.²⁰⁴

Outrossim, de acordo com o autor, a Constituição, quando auto-observada, reforça o entrelaçamento auto-referencial de seus componentes, pois os princípios remetem aos direitos fundamentais, que remetem à organização do Estado, que se encontra relacionada à organização dos poderes. Em vista do movimento cíclico-recursivo ocorre a auto-referência, que possibilita a intracomunicação e a intraprodução da Constituição. Posteriormente, a Constituição, por meio de decisões, comunica-se com as demais normas do sistema, o que favorece a reprodução de novas normas tendo em vista as referências do próprio sistema constitucional.²⁰⁵

Com referência ao sentido normativo e à efetividade dos princípios, cabe uma breve análise realçando o seu caráter de norma constitucional integrada no ordenamento jurídico e

²⁰³ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 120-121.

²⁰⁴ SCHWARTZ, *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, p. 121.

²⁰⁵ Idem, p. 122.

passível de aplicação, ampliando, dessa forma, o seu alcance e ultrapassando o terreno da mera abstração jurídica.

2.2.3 A normatividade e efetividade dos princípios e as expectativas normativas

Com relação à normatividade dos princípios constitucionais, salienta-se que os princípios encontram-se no patamar das regras, distinguindo-se esses como duas espécies de normas; não há mais a distinção entre normas e princípios, que conduzia os princípios para um campo de abstração, longe do caso concreto. Considerando-se a distinção entre regras e princípios, verifica-se que os princípios conceituam-se como sendo normas mais abstratas, vagas, indeterminadas, que necessitam de uma mediação para sua aplicação ao caso concreto; são normas que possuem um papel fundamental no ordenamento jurídico porque formam a sua estrutura.²⁰⁶ Os princípios apresentam a idéia de justiça e de direito e encontram-se na base do ordenamento, possuindo também a função fundamentante das demais normas jurídicas.

As regras são normas que apresentam um campo de atuação determinado, delimitado, às quais não é permitido um amplo espectro de abrangência, ao passo que os princípios são normas que possuem uma abrangência maior, não se caracterizando como taxativos ou delimitadores; ao contrário, objetivam alcançar o direito considerando as condições fáticas e jurídicas do caso concreto.²⁰⁷ Portanto, tanto os princípios como as regras possuem a qualidade de normas jurídicas, porém, apresentando as características de normas, devem ser observados os primeiros com maior alcance e as segundas com alcance mais reduzido nas relações entre os indivíduos.

A normatividade passou a ser característica fundamental dos princípios, não sendo possível um conceito que não o considere em seu sentido de norma jurídica.²⁰⁸

Outrossim, conforme Eros Roberto Grau, no momento em que os princípios são positivados na Constituição, são normatizados, devendo, pois, ser cumpridos e ter aplicação no caso concreto. De fato, considerando-se a não-normatização dos princípios, é de se concluir que a Constituição não é passível de aplicação, pois os seus preceitos não

²⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1144. De acordo com o autor “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

²⁰⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1239.

²⁰⁸ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 230.

ultrapassariam o campo da abstração.²⁰⁹ Logo, os princípios são normas passíveis de aplicação imediata, sobretudo porque foram eleitos como valores fundamentais da sociedade que representam.

Após a constatação da característica normativa dos princípios, faz-se necessária a verificação da sua efetividade. Com o surgimento das constituições da segunda metade do século XX, os princípios deixaram de ser fonte subsidiária, ou seja, aquela utilizada somente na falta de outras de mais alto valor, e atingiram o grau de fonte primária do direito, tornando os valores supremos corporificados, tais como os direitos e garantias, passíveis de aplicação imediata, pois se encontram normatizados nas constituições,²¹⁰ o que lhes possibilita a efetividade imediata.

Com a valoração dos princípios em normas-chave, houve a retirada da sua característica de conteúdo programático, isto é, conteúdo para ser realizado no futuro, possibilitando, desse modo, a realização dos conteúdos principais de imediato, tornando-os auto-aplicáveis e, assim, efetivos.²¹¹ Portanto, a partir do momento em que os princípios descem da órbita da abstração e encontram-se positivados na carta constitucional, detentora dos direitos e garantias fundamentais, tornam-se efetivos. Verifica-se, pois, a efetividade dos princípios principalmente quando se salienta a sua positivação na Constituição, como também pela sua normatização e utilização nas decisões dos tribunais, contribuindo, dessa forma, para a formação da jurisprudência. Com sua inclusão na jurisprudência, os princípios vão se materializando e se corporificando nas relações entre os cidadãos.²¹²

Outrossim, os princípios representam determinados valores que as partes buscam alcançar, verdadeiras expectativas que as partes desenvolvem em torno da relação jurídica. As expectativas surgem em meio à relação entre os indivíduos, ao que Luhmann refere “la conducta interpersonal no es un asunto de una mera experiencia *ad hoc*, sino algo interpretado en términos de *actitudes* implícitas y usado para la formación de expectativas [...]”.²¹³ No

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 109. Nesse sentido o autor relata: “Pois bem, quanto aos princípios positivos do Direito, evidentemente reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse, forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, p. ex., quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 não enuncia norma jurídica ao afirmar que “todos são iguais perante a lei [...]”.

²¹⁰ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 254.

²¹¹ *Idem*, p. 257.

²¹² De acordo com o autor: “A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência *princípial*, a que se reporta, com toda a argúcia, García de Enterría. Essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios”. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 260.

²¹³ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 129.

entanto, os princípios, como verificado anteriormente, não deixam de ser expectativas normativas, pois possuem conteúdo e juridicidade. A boa-fé objetiva, como um princípio a orientar as relações contratuais, entre os indivíduos, por meio da lealdade e da confiança, representa uma expectativa normativa almejada pelas partes, que permite um constante reconsiderar e recriar na relação jurídica. Este recriar é necessário quando se está numa sociedade complexa e contingente. Essa recriação, que objetiva e proporciona a readaptação do negócio ao meio e no futuro, solucionando os conflitos, será possibilitada quando trabalhada por meio da concepção sistêmica autopoietica, momento adequado para tratá-los como estrutura de manutenção da estabilidade sistêmica. Isso é obtido por meio da decisão, que ocorre mediante a ponderação. A boa-fé, então, será tratada como uma premissa decisória.

Tratando-se das expectativas que as partes apresentam numa relação jurídica, constata-se que, numa sociedade complexa, os riscos de desapontamentos são constantes, o que faz necessária a possibilidade de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou sustentando-a. Quando ocorre a adaptação das expectativas à realidade, está-se diante das expectativas cognitivas. Quando se está diante de expectativas que não se adaptam à realidade, que se mantêm mesmo na ocorrência de desapontamentos, está-se diante de expectativas normativas, que se caracterizam por atribuir a discrepância existente ao ator. O desapontamento não possui relevância para a expectativa.²¹⁴ Por meio dessa diferenciação, à sociedade será permitido estabelecer um acordo entre a necessidade de adaptação e às expectativas das partes. A sociedade institucionalizará cognitivamente as expectativas comportamentais e trabalhará normativamente as expectativas quando forem vitais tanto para a segurança quanto para a integração social das expectativas. Como consequência, reduz-se o risco de desapontamentos, pois ocorre o encaminhamento dos problemas para um ou outro modo de tratamento das expectativas, o que possibilita o enfrentamento da complexidade e da contingência atual.²¹⁵ Diante disso, Niklas Luhmann acrescenta:

O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori*. Assoma à consciência que não é possível abdicar-se dessa expectativa, tornando-se necessária a exigência de um comportamento correspondente. Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos.²¹⁶

²¹⁴ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 56.

²¹⁵ LUHMANN, *op. cit.*, p. 58.

²¹⁶ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 59.

Os princípios jurídicos, no caso específico da boa-fé, como visto anteriormente, possuem a característica de normas. Representam, outrossim, conforme a sua particularidade, expectativas que as partes possuem com o negócio realizado. Considerando-se as expectativas normativas, as expectativas de confiança, de lealdade, que as partes desenvolvem em torno do princípio da boa-fé, as quais se mantêm apesar do desapontamento, que é atribuído ao ator, constata-se que é possível, segundo Luhmann, quando ocorrem a frustração e o desapontamento, dar início a um processo de formação do direito:

No lugar de uma tal fundamentação por meio de uma hierarquia de fontes do direito vemo-nos diante da fundamentação através de processos reflexivos da expectativa de expectativas, que permitem uma diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas podendo, assim, por meio de diferentes constelações, fazer jus a exigências as mais diferenciadas. Com isso, porém, apenas esboçamos o ponto de partida para a compreensão dos processos de formação do direito. Uma expectativa normativa e inabalável frente à decepções é, inicialmente, apenas uma projeção, um projeto subjetivo.²¹⁷

Essa formação do direito acontece quando se está diante de um princípio jurídico normatizado que não deixa de ser uma expectativa normativa que, mesmo diante de desapontamentos, se mantêm. A essas expectativas faz-se necessário um direito de satisfação, um novo direito, pois, sendo inabalável perante os desapontamentos, necessita de uma regra para sua satisfação. Para esse processo de formação do direito sugere-se a teoria sistêmica autopoietica, pois por meio da complexidade, da contingência, da autoprodução, permite a criação do direito para o caso concreto.

A análise até aqui realizada objetivou uma breve exposição dos princípios jurídicos, seu conceito, normatividade, efetividade, bem como a sua caracterização como expectativas normativas, o que possibilita a construção de um novo direito, facilitando a sua imediata aplicação nas relações sociais. Os princípios são a base e a essência do ordenamento jurídico; atuam como orientadores das demais normas que compõem o sistema, como também se encontram corporificados na forma de normas a partir da sua posituação na Constituição Federal. Possuem, dessa forma, aplicação imediata nas relações jurídicas.

Além da normatividade, da efetividade e da sistematicidade dos princípios, há que se considerar a sua característica de “abertura”, o que os separa da categoria de normas estáticas,

²¹⁷ LUHMANN, op. cit., p. 66.

possibilitando-lhes a constante interpretação e adaptação aos fatos sociais.²¹⁸ Esta assertiva vem ao encontro do objetivo proposto com o trabalho.

A análise até aqui realizada objetivou uma breve exposição dos princípios jurídicos, seu conceito, normatividade e efetividade, bem como a sua sistematicidade. Os princípios são a base e a essência do ordenamento jurídico; atuam como orientadores das demais normas que compõem o sistema, como também se encontram corporificados na forma de normas a partir da sua positivação na Constituição Federal. Possuem, dessa forma, aplicação imediata nas relações jurídicas.

Verifica-se que os princípios, num primeiro momento, pertenciam somente ao campo filosófico e abstrato, tendo ingressado, posteriormente, no direito civil e, após, na Constituição Federal, o que os arrebatou do campo da abstração, proporcionando-lhes a característica de norma positivada, passível de plena e imediata aplicabilidade. Assim, quando o princípio adquire a qualidade de norma constitucional, encontra-se positivado e, sendo positivado, torna-se efetivo, como uma norma a ser seguida. Portanto, há de ser considerado nas relações entre os indivíduos, pois é um valor supremo, eleito pela sociedade, além de ser orientador do sistema jurídico como um todo.

Para proceder à análise dos princípios a seleção foi feita em vista do grau de influência que exerceram e continuam a exercer sobre o contrato. Como prioridades elegeu-se o princípio da autonomia da vontade e da autonomia privada, o princípio da igualdade, a boa-fé e a função social. Ainda, a análise abordará aspectos concernentes à liberdade, à relatividade contratual, à obrigatoriedade do pactuado e ao consensualismo.

²¹⁸ LIMA, George Marmelstein. *As funções dos princípios constitucionais*. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.net>. Acesso em: 14 maio 2003. De acordo com o autor: “De fato, os princípios, em relação às regras, têm uma grande vantagem: a abertura. Ou seja, os princípios têm uma “substância política ativa”, uma “estrutura dialógica”, capaz de captarem as mudanças da realidade e estarem “afinados” às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”. Eles não são – nem pretendem ser – verdades absolutas ou axiomas imutáveis; são, isto sim, “poliformes” (Cármem Rocha). Na medida das transformações ocorridas no bojo do seio social, as interpretações dos princípios vão-se adaptando, vão-se moldando constantemente às vicissitudes do meio sócio-político em que atuam. [...] Ou seja, eles transcendem a literalidade da norma mesma em que estão inseridos, permitindo que se mude o sentido, isto é, a interpretação dos textos, sem que se precise, com isso, alterar os seus enunciados normativos”.

2.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE

De acordo com Clóvis V. do Couto e Silva, entende-se por “autonomia de vontade” a facultas que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, realizar a troca dos bens e, dessa forma, relacionar-se em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se juridicamente por meio de sua vontade.²¹⁹

Por sua vez, o princípio da autonomia da vontade determinava que o contrato dependia exclusivamente da vontade das partes, o que caracterizava a ciência do direito, manifestada por meio da dogmática jurídica. A autonomia da vontade contratual fazia lei entre as partes, prevalecendo apenas o pactuado no contrato. Os efeitos jurídicos do contrato dependiam da vontade expressa ou tácita das partes, sendo tutelados de acordo com o que esta vontade determinava.²²⁰

O voluntarismo encontrou seu ápice no período do jusnaturalismo, quando a organização do Estado passou a ser explicada como uma obra da vontade humana. De fato, todas as relações baseavam-se na associação voluntária entre os indivíduos, desde o contrato entre duas pessoas até as relações com o Estado. O fundamento ideológico e econômico da teoria clássica encontrava-se no liberalismo, resultado da transformação socioeconômica verificada no regime feudal, que originou o crescimento do voluntarismo. Na área social o liberalismo determinou profundas alterações, pois as posições sociais antes ocupadas pelo *status* e pelo nascimento passaram a ser determinadas pelo voluntarismo e pelo contrato.²²¹ Em matéria contratual era a primazia do consenso, o qual encontrou sua força na autonomia

²¹⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 17.

²²⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112. Corroborando o exposto, Antonio J. de Azevedo refere que, “para se chegar a essa concepção da vontade soberana, criando, por sua exclusiva força, direitos e obrigações, foi preciso que, na obra lenta dos séculos, a filosofia espiritualizasse o direito, para libertar a vontade pura, das formas materiais pelas quais ele se manifesta, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundamentando nele a própria sociedade, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Então, pôde reinar a doutrina da autonomia da vontade que é simultaneamente o reconhecimento e o exagero da onipotência do contrato”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81.

²²¹ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 23-24, jul./dez. 1997, p. 49-50. Segundo o autor, na Idade Média a terra era a principal fonte de riqueza. Com o surgimento da economia capitalista salientou-se a importância dos bens oriundos do comércio e da indústria explorados pelos burgueses, que desenvolveram um sistema jurídico que facilitasse a livre circulação dos bens e dos sujeitos (mercantilismo capitalista). Nesse aspecto a autonomia da vontade representou a liberdade de contratar, escolher com quem contratar e o conteúdo do contrato. A legislação priorizava a vontade. A base da autonomia privada eram a liberdade e a igualdade formal.

da vontade. Encontrava-se estabelecido o regime do *laissez-faire*, *laissez-passer*, *laissez-contracter*, considerado imprescindível para a rapidez e segurança dos negócios, tendo em vista o desenvolvimento industrial e comercial da época.²²²

Também Immanuel Kant, referindo a autonomia da vontade, salienta que o princípio significa “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”.²²³

No entanto, apesar da preponderância da autonomia da vontade, faz-se necessário registrar que nos direitos históricos sempre existiu uma autoridade pública (Estado) que se encarregava de arbitrar e de sancionar (de reconhecer e, reconhecendo, proteger) os próprios modos de composição espontânea – modos que, de resto, pela sua repetição, tornavam-se direito costumeiro. E nessa conversão e sancionamento aconteciam uma certa seleção por determinados modos de composição, os quais passavam a submeter-se a um controle social. Por esse processo o *jus imperi* passou a interferir reforçando as opções dos indivíduos, sujeitando-as às suas próprias opções. Ao consagrar a sua juridicidade, o poder não serviu somente aos poderes: serviu-se, igualmente, desses poderes. Disso se verifica que a referida composição *inter pares* nunca surgiu historicamente em estado puro, sendo a sua autonomia sempre uma autonomia relativa, fazendo do poder dos indivíduos um poder que podia ser exercido nos limites da ordem jurídica existente, como que conferido ou atribuído por essa ordem externa.²²⁴ Nesse sentido, de acordo com Pontes de Miranda “não há autonomia

²²² De acordo com o autor: “Os aplicadores do Direito, inclusive os juízes, pensavam, retratando o espírito da época, que não devia ocorrer intromissão naquilo que as partes clausuraram no negócio jurídico”. OLIVEIRA, Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva, p. 52.

²²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 – Printefólio, 1995, p. 85. Também de acordo com Kant: “Se agora lançar-mos um olhar para trás sobre todos os esforços até agora empreendidos para descobrir o princípio da moralidade, não nos admiraremos ao ver que todos eles tinham necessariamente de falhar. Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à idéia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja *universal*, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava da *sua* vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por *qualquer outra coisa* a agir de certa maneira. Em virtude desta consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da acção partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio ora alheio. Mas então o imperativo tinha que resultar sempre condicionado // e não podia servir como mandamento moral. Chamarei, pois, a este princípio, princípio da **Autonomia** da vontade, por oposição a qualquer outro que por isso atribuo à **Heteronomia**.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 – Printefólio, 1995, p. 75.

²²⁴ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981, p. 27.

absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”.²²⁵

Entretanto, o contrato adquiriu uma nova feição, resultante das transformações sociais, o que gerou um novo paradigma para a ciência jurídica. Passou-se, então, para uma ciência jurídica funcionalizada, na qual a autonomia da vontade passou a sofrer maiores limitações pelo poder estatal. O princípio da autonomia da vontade tornou-se limitado, surgindo a autonomia privada da vontade, que possibilita a liberdade para os contratantes desde que observados determinados limites que visem à justiça contratual e ao bem social, tais como os desígnios da boa-fé e da função social do contrato.²²⁶ Infere-se que, de uma concepção liberal e individualista, passou-se para uma concepção social e coletiva, o que resultou na tutela do bem-estar social, com vistas a valores humanizados e dignificantes. Outrossim, com relação à terminologia “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, cabe registrar a concepção de Francisco dos Santos Amaral Neto, que salienta ser a autonomia da vontade um princípio que possibilita ao indivíduo praticar um ato jurídico, podendo determinar-lhe a forma, o conteúdo, bem como os efeitos; em contrapartida, a autonomia privada caracteriza-se como o poder que o indivíduo tem de estabelecer as regras jurídicas que irão regulamentar o seu comportamento.²²⁷

Ao lado da autonomia da vontade e da autonomia privada da vontade, aparecem outros princípios de fundamental importância e que também acarretam características aos contratos. Entre esses princípios destacam-se a liberdade contratual, o consensualismo, a obrigatoriedade dos contratos e a relatividade contratual, que serão a seguir analisados. Além desses, destacam-se o princípio da boa-fé e a função social do contrato, aos quais se junta o

²²⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte especial, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, p. 39.

²²⁶ De acordo com o autor: “Na lição de Larenz e mais concretamente “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”. É o poder “de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelo próprio titular deles”, de que falava Betti, a ser exercido nos limites e com as finalidades assinadas pela função social do contrato”. NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 115.

²²⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, v. 46, p. 7-26, 1988, p. 10. Com relação à questão terminológica vale acrescentar a noção de Teresa Negreiros, que refere, “a rigor, entendemos que ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim, optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia da vontade’ ou ‘princípio da autonomia da vontade’ sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico, no qual, como será amplamente demonstrado no decorrer do trabalho, o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam. A expressão ‘autonomia privada’ é, sob este prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-4.

princípio da igualdade, que objetiva uma relação de equilíbrio entre as partes contratantes, que serão analisados de modo mais amplo, haja vista corresponderem diretamente à época e às necessidades atuais. À boa-fé será dado um relevo especial, por corresponder ao objetivo do presente trabalho.

Como reflexos da autonomia da vontade manteve-se a liberdade contratual. Ocorre que a idéia de autonomia de vontade encontra-se ligada à idéia de uma vontade livre e dirigida exclusivamente pelo indivíduo, que não é passível de sofrer influências externas. A liberdade contratual, por sua vez, significa a liberdade de contratar ou não, de escolher o parceiro contratual, de estabelecer o conteúdo do contrato, enfim, liberdade para expor a sua vontade, sendo tutelado pelo direito. Por sua vez, a união entre a liberdade e a autonomia originou efeitos na teoria contratual, como, por exemplo, o princípio da liberdade da forma das convenções, o da livre estipulação das cláusulas contratuais, bem como a faculdade de criar novos tipos de contratos. De fato, a liberdade encontra-se ligada à autonomia da vontade, “pois é a vontade, na visão tradicional, que legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade”.²²⁸

Do mesmo ponto de vista, de acordo com Mário Júlio de Almeida Costa, a liberdade contratual refere-se à liberdade de celebração do contrato, à seleção do tipo contratual e à liberdade de estipulação, que podem ser reunidas na liberdade de fixação do conteúdo contratual.²²⁹

No entanto, a liberdade contratual passou a sofrer limitações no seu campo de abrangência, oriundas da nova concepção contratual influenciada por determinações éticas e sociais, que busca proporcionar às relações a justiça e a equidade,²³⁰ isso em consequência da desigualdade resultante dos novos modos de contratação. De fato, a liberdade de contratar aparece nos contratos paritários, sendo totalmente ignorada nos contratos de adesão, também chamados “contratos de massa”, nos quais a parte mais fraca se vê obrigada a contratar, não podendo sequer opinar com relação às cláusulas contratuais, como também, em muitas situações, não podendo sequer apresentar vontade de contratar ou não. Outrossim, o que se busca proteger com a limitação à liberdade de contratar é a inclusão de cláusulas abusivas que fatalmente acarretarão a injustiça e o desequilíbrio da relação contratual. Por meio da lei

²²⁸ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 48-49.

²²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 196-197.

²³⁰ COSTA, *Direito das obrigações*, p. 207.

busca-se implementar uma superioridade jurídica àquele que possui uma inferioridade econômica.²³¹

Para finalizar esta exposição sobre a “liberdade contratual” como reflexo da autonomia da vontade, faz-se pertinente uma breve análise das chamadas “liberdades positiva e negativa”. Refere Norberto Bobbio que a liberdade positiva (politicamente), segundo Rousseau, designa a situação na qual o sujeito tem a possibilidade de orientar o seu querer no sentido de uma finalidade, de decidir sem ser influenciado pelo desejo dos demais. Essa liberdade também é denominada de “autonomia”, que se refere ao sentido de se autodeterminar.²³² A liberdade negativa, por sua vez, “compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer”.²³³

Outro princípio da concepção clássica da teoria contratual é o da força obrigatória do contrato, que representa a força que possui a vontade das partes quando manifestada, pois, a partir do momento em que se encontram vinculadas pelo contrato, possuem direitos e obrigações, não podendo mais se desvincular, a não ser por meio de um novo acordo ou quando da ocorrência do caso fortuito ou da força maior, acontecimentos que não dependem da vontade das partes envolvidas. Ao poder jurisdicional cabe apenas fazer valer a vontade das partes, assegurando que os efeitos pretendidos sejam alcançados. Ao direito cabe apenas interpretar e proteger a vontade das partes.²³⁴

²³¹ VENOSA, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 375.

²³² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Nelson Carlos Coutinho, Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 51. “A definição clássica de liberdade positiva foi dada por Rousseau, para quem a liberdade no estado civil consiste no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do *eu comum*, não obedecer outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu: *A obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade (Contrat social, I, 8)*. Este conceito de liberdade foi retomado, sob a influência direta de Rousseau, por Kant, no qual, porém encontra-se também o conceito de liberdade negativa. No ensaio *Para a paz perpétua*, no momento mesmo em que ele exclui que a liberdade jurídica possa ser definida *como a faculdade de fazer tudo o que se queira contanto que não cause injustiça a ninguém* (trata-se da definição de justiça acolhida nas Declarações de direito, como, por exemplo, no art. 4 da Declaração de 1789 e no art. 5 da Declaração de 1793), Kant especifica – na nota ao primeiro artigo definitivo – que *é melhor definir minha liberdade exterior (isto é, jurídica) como a faculdade de só obedecer às leis externas às quais pude dar o meu assentimento*. Ele diz o mesmo na *Metafísica dos costumes*, onde a liberdade jurídica é definida como a *faculdade de não obedecer a outra lei que não aquela à qual os cidadãos deram o seu consentimento* (II, 46). O filósofo que celebrou a liberdade como autonomia, desdenhando da liberdade negativa, foi Hegel; para ele, a liberdade política se realiza apenas no Estado, através da manifestação da sua vontade racional, que é a lei: *A lei é a objetividade do espírito e a vontade em sua verdade; e somente a vontade que obedece à lei é livre: com efeito, ela obedece a si mesma, está em si mesma e, portanto, é livre* (G.W.F. Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Florença, vol. 1, p. 109)”.
²³³ BOBBIO, op. cit., p. 49.

²³⁴ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 50.

Também cabe referir, segundo Arnaldo Rizzardo, que o cumprimento do pactuado decorre da palavra empenhada, cabendo à lei impor a obediência ao que fora pactuado e sanções quando do incumprimento.²³⁵

No entanto, com o desenvolvimento e as transformações ocorridas no instituto contratual, verificou-se um amadurecimento no sentido de amenizar o brocardo *pacta sunt servanda*, que deixou de possuir a força para impor a conclusão do contrato de acordo com o pactuado. Atualmente, observa-se que princípios como a boa-fé, a solidariedade, a transparência e a função social tornam possível a revisão contratual quando o contrato deixa de ser uma relação de equilíbrio e justiça para as partes contratantes, minimizando a obrigatoriedade do pactuado.

Com relação à relatividade contratual, a concepção tradicional defendia que “o contrato só ata àqueles que dele participaram. Seus efeitos não podiam prejudicar, nem aproveitar a terceiros”.²³⁶ De fato, “como corolário da liberdade e da autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando a sua vontade”.²³⁷

Entretanto, a nova teoria contratual realça o interesse social do contrato, de tal modo que, além dos efeitos causados entre as partes contratantes, há que se considerar também os possíveis efeitos causados a terceiros e à sociedade como um todo, o que será regulado pelo crescente intervencionismo do Estado, que, como consequência, acarretará a relativização do dogma da autonomia da vontade. Com essa nova conduta, impõe-se o princípio da boa-fé objetiva, buscando-se alcançar a função social do contrato.²³⁸ Nesse sentido, Marta Maria Vinagre complementa que, apesar de dizer-se que os efeitos do contrato só ocorrem entre as partes contratantes, tem-se de considerar a função social do contrato e a sua projeção na coletividade, o interesse difuso que suscita em virtude do papel desempenhado na economia.²³⁹

Também se faz necessário uma breve análise sobre o princípio do consensualismo, que representa o acordo entre duas ou mais vontades, sendo esse acordo suficiente para a criação do contrato. Este princípio originou-se com os canonistas, baseando-se em valores morais e religiosos e na necessidade de cumprimento da palavra empenhada. Somente o consentimento forma os contratos, o que não significa que os contratos são somente consensuais, pois ao lado

²³⁵ RIZZARDO, *Contratos*, p. 37.

²³⁶ VENOSA, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 377.

²³⁷ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 50.

²³⁸ MARQUES, op. cit., p. 176.

²³⁹ VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, n. 44, ano 12, abr./jun. 1988, p. 109.

desses existem os contratos formais e solenes e os contratos reais.²⁴⁰ Também segundo Mário Júlio de Almeida Costa, por meio do princípio consensualista basta o acordo de vontades para que o contrato se encontre perfeito.²⁴¹

2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tratando-se do instituto contratual e dos princípios que o informam, não se pode deixar de fazer uma breve análise do princípio da igualdade, tanto em seu aspecto formal como material, haja vista a forte influência que exerceram e exercem nas relações contratuais, determinando os efeitos dessas relações, bem como a influência que exerce sobre as partes contratantes e a sociedade, conforme o aspecto formal ou material predominante.

Como introdução ao tema, bem como tendo-se em vista que o que se almeja com o trabalho é proporcionar novos métodos de alcance da efetiva justiça e equilíbrio nas relações contratuais, registra-se a concepção de Norberto Bobbio sobre a igualdade e sua estreita relação com a justiça. Segundo o autor, a igualdade consiste numa relação que se torna uma meta desejável na medida em que é considerada justa, pela qual se compreende tanto uma ordem a instituir ou a restituir como a harmonia das partes de um todo.²⁴²

Tratando-se do sentido formal da igualdade, traduzido como igualdade perante a lei, registra-se que denotava a abolição de privilégios pessoais, bem como a extinção dos privilégios existentes.²⁴³ Pode-se caracterizá-lo como um princípio genérico e que prescreve a exclusão de qualquer discriminação arbitrária, ou seja, uma discriminação não justificada e, portanto, injusta.²⁴⁴

Considerado somente num sentido formal, este princípio se traduziria num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Portanto, é preciso

²⁴⁰ VINAGRE, op. cit. p. 107-108.

²⁴¹ COSTA, *Direito das obrigações*, p. 229.

²⁴² BOBBIO, *Igualdade e liberdade*, p. 15. A essa idéia de igualdade e justiça o autor refere: “Dos dois significados clássicos de justiça que remontam a Aristóteles, um é o que identifica *justiça* com *legalidade*, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais), justo o homem que observa habitualmente as leis, e justas as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as naturais ou divinas; o outro significado é, precisamente, o que identifica *justiça* com *igualdade*, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade”. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Nelson Carlos Coutinho, Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 14.

²⁴³ BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, out./dez. 1996. p. 207.

²⁴⁴ BOBBIO, *Igualdade e liberdade*, p. 28.

especificar o princípio da igualdade em sentido material, para que se possa resolver o problema a respeito de quem são os iguais e quem são os desiguais.²⁴⁵

No caminho percorrido entre a igualdade formal e a igualdade material, a introdução do princípio da igualdade no texto das constituições do Estado Moderno não representou a etapa final de construção e efetivação do seu conteúdo. Do Estado Liberal até o Estado Social, o constitucionalismo modificou-se, buscando fazer com que os direitos contemplados e formalmente assegurados passassem a ter materialidade em sua aplicação e efetividade em sua assunção pelos indivíduos. De uma igualdade formal, passou-se a uma igualdade material, pela qual se busca torná-la efetiva”.²⁴⁶ De fato, a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal dos homens vivendo em sociedade. A superação das discriminações é interpretada como o progresso da civilização.²⁴⁷ Nesse sentido, cabe referir a colocação de Carmem Lúcia Silveira Ramos, para quem a igualdade formal, baseada na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, denota a prevalência dos bens sobre o ser, o que impede o alcance da dignidade humana, a justiça distributiva e da igualdade material ou substancial.²⁴⁸

Considerando-se a Constituição Federal brasileira de 1988, constata-se que esta adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a “*igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”. Dessa forma, o que se veda são as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais é uma exigência de Justiça, visto que o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.²⁴⁹ (grifos do autor)

O princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio, ou seja, as diferenciações de tratamento sem fundamento material; proíbe, também, que se tratem por iguais situações essencialmente desiguais.²⁵⁰ Atualmente, nos contratos, a igualdade significa a repressão às cláusulas abusivas para impedir as desproporções entre as partes contratantes. Para atingir esse objetivo, permite-se a revisão econômica e financeira dos contratos²⁵¹. Busca-se implementar a igualdade material, tornando os indivíduos iguais apesar

²⁴⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 425.

²⁴⁶ ROCHA, *O princípio constitucional da igualdade*, p. 34.

²⁴⁷ BOBBIO, op. cit., p. 43.

²⁴⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

²⁴⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

²⁵⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 427.

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 230.

de suas desigualdades. A partir do momento em que se reprimem as cláusulas abusivas, oriundas da parte mais forte da relação contratual, eleva-se a uma condição mais igualitária a parte hipossuficiente, procurando-se diminuir o fator responsável pela desigualdade.

Para que se alcance esse objetivo, permite-se a revisão contratual, econômica e financeiramente. Por meio da revisão, oportuniza-se a mudança das cláusulas, o que levará à recriação do direito daquela relação jurídica. Novamente se pode fazer a análise do prisma da concepção sistêmica autopoiética, quando se considera o princípio da igualdade material como possibilidade de adaptação do contrato no futuro, buscando a efetiva igualdade entre as partes. Ficam aqui um incentivo e um desafio para o aprofundamento sobre o tema.

Conforme J. J. Gomes Canotilho, atualmente se exige uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. A igualdade pressupõe diferenciações, designando uma relação entre diversas pessoas e coisas.²⁵² O discurso que se coloca é o do reconhecimento das desigualdades; o que passa a importar nas relações é a necessidade de reconhecimento de que certas diferenças não são discriminatórias, mas, sim, necessárias para que se alcance um estágio de equilíbrio entre as partes.²⁵³ Niklas Luhmann, sobre o princípio da igualdade, assinala:

En una sociedad diferenciada por funciones se modifica el punto de referencia. Desigual es ahora, aquello que debe ser tratado desigualmente en las operaciones internas de los sistemas para que ellos puedan cumplir con su función. La forma de la igualdad ya no es más el reconocimiento de las esencias de acuerdo a similitudes y diferencias, sino la dinamización del sistema global por medio de la continua repetición de la pregunta: esto ¿es igual o desigual?.²⁵⁴

De acordo com o exposto, verifica-se que é nos próprios acontecimentos que se buscarão diferenças justificadoras de direitos e deveres distintos, não em fatores alheios a eles, pois é ilógico e irracional buscar em um elemento estranho a uma dada situação o fator de sua peculiarização. O princípio da igualdade determina que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Portanto, não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores de desequiparação.²⁵⁵

²⁵² CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 426.

²⁵³ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 286.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000, p. 82.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34.

Como fechamento dessa breve análise sobre o princípio da igualdade registra-se a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

[...] não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano.²⁵⁶

Do exposto, verifica-se a pertinência da análise do princípio da igualdade nas relações contratuais, campo fértil em desigualdades.

2.5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL

O princípio da boa-fé contratual, por ser um dos temas que fundamentam o objetivo deste trabalho, será alvo de uma análise mais específica, o que se justifica por dois motivos principais: primeiro, em virtude das transformações do contrato, que proporcionaram à boa-fé um campo mais abrangente diante da sociedade complexa e globalizada; segundo, diante da proposta realizada, de verificar a possibilidade de solução de conflitos do direito contratual por meio da cláusula geral da boa-fé quando considerada numa perspectiva sistêmica autopoietica.

Para facilitar o alcance desses objetivos, na análise da boa-fé abordam-se brevemente a sua história, sua inclusão como princípio geral, sua concepção subjetiva e objetiva e o seu enfoque em termos da confiança despertada entre os indivíduos da relação jurídica, o que caracteriza as peculiaridades de sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. A versão como cláusula geral é analisada posteriormente, no terceiro capítulo, que trata especificamente da aplicação da cláusula geral da boa-fé e da teoria sistêmica autopoietica no instituto contratual.

A autonomia da vontade permaneceu praticamente intocável até que surgiram as primeiras mudanças políticas e sociais no final do século XIX, prevalecendo a liberdade

²⁵⁶ ROCHA, *O princípio constitucional da igualdade*, p. 118.

contratual como forma de regramento das relações jurídicas. No entanto, atualmente, no direito privado vai-se destacando a influência da boa-fé como um fenômeno de ética jurídica.²⁵⁷ Verifica-se uma inquietude dos operadores do direito em tornar as relações nas quais atuam mais humanizadas e solidárias. Para tanto, a boa-fé foi erigida à categoria de princípio contratual, buscando implementar a dignidade pessoal objetivada pela sociedade de nosso tempo.

2.5.1 Breve notícia histórica

A boa-fé tem suas origens num passado remoto, caracterizando-se por apresentar diversos sentidos conforme a época, a cultura e a sociedade na qual está inserida. Entre os seus diversos sentidos salientam-se três vertentes principais, representantes dos direitos romano, germânico e canônico. Com relação ao direito romano, constata-se que a idéia de *fides* possuía diversos significados, que variavam conforme a influência filosófica que recebia, bem como de acordo com a área do direito na qual se encontrava.²⁵⁸

Apesar do formalismo imperante no direito romano, os contratos mercantis realizavam-se com base na *fides*, a qual se apresentava como “um elemento catalisador” do conteúdo econômico dos contratos, fazendo com que as partes tivessem claramente a idéia dos interesses constantes nos contratos que realizavam, originando, dessa maneira, o adimplemento normal da obrigação contraída. Portanto, mesmo antes da regulamentação contratual, os negócios eram realizados na base da confiança de que alcançariam seu intento, pois eram baseados na boa-fé que as partes possuíam entre si.²⁵⁹

²⁵⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Aspectos modernos do direito das obrigações. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: RT, 1980, p. 80. Também nesse sentido Couto e Silva: “A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com a da *autonomia da vontade*. Pode-se mencionar que no século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário. A essa amplitude de aplicação correspondeu uma profunda restrição no princípio da boa-fé, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese”. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Jacob (Org.). *O direito privado brasileiro e português na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 111. Nesse sentido a autora refere: “[...] importa, contudo, registrar apenas três dos setores aos quais se dirigiu, quais sejam o das relações de clientela, o dos negócios contratuais e o da proteção possessória: o primeiro porque lhe marca a mais remota origem; o segundo, incidente no direito obrigacional; e o terceiro, nos direitos reais.

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 116-117. Conforme a autora: “Betti observa que a prática relatada revela ser o negócio, mesmo inexistente uma ordem jurídica que o regule, reconhecido como plenamente vinculativo por aqueles que o realizam. Esta vinculação, reconhecida, deriva da boa-fé, entendida como confiança na conduta adotada. Até que a ordem jurídica “partindo de valorações gerais de contingente oportunidade, lhes garanta os efeitos, com as sanções que lhes são próprias”, desenvolve-se a prática negocial privada exclusivamente sob a tutela do costume e da correção, impondo a boa-fé, o respeito pela palavra dada, e atribuindo a esta “um valor vinculativo de consideração social”.

Portanto, do direito romano perpetuou-se a idéia da boa-fé como base para a realização dos negócios, pois os litígios eram decididos sob sua fundamentação mesmo sem a presença de uma *lex* para sua regulamentação.

Considerando-se a boa-fé no direito germânico, ressalta-se que “a cultura germânica inseriu, na fórmula, as idéias de *lealdade (Treu ou Treue)* e *crença (Glauben ou Glaube)*, as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”.²⁶⁰ Passou-se, portanto, a considerar a boa-fé como uma lealdade devida no desenvolvimento do negócio, bem como o sentimento de crença de que os negócios realizados e os fins objetivados seriam positivos e alcançados.

Outrossim, tendo em vista o direito canônico, verifica-se que “nesse direito a boa-fé é vista como a ‘ausência de pecado’, vale dizer, como estado contraposto à má-fé”. E “no direito das obrigações, agir com boa-fé significa respeitar fielmente o pactuado, cumprir punctualmente a palavra dada, sob pena de agir com má-fé, *rectius*, em pecado”.²⁶¹

Após essa nova concepção dada à boa-fé no direito canônico, esta se torna abstrata e subjetiva, deixando o sentido concreto e objetivo, o que facilitou a sua caracterização como um princípio geral ordenador, que serviria de base para os ordenamentos futuros.

A partir do relato sobre o surgimento da boa-fé no direito romano, germânico e canônico, faz-se uma referência à boa-fé nos códigos francês e alemão, em razão da grande influência que exerceram para a formação do conteúdo jurídico deste princípio do direito contratual.

O Código Civil francês, o “Code”, regulamentou a boa-fé objetiva no art. 1.134, mas, em virtude da grande influência do princípio da autonomia da vontade, não possuiu a força reguladora que almejava. Isso aconteceu em virtude de dois motivos distintos: de um lado, a ideologia; de outro, o positivismo exegético, que não apreciava a aplicação de um princípio tido como cláusula geral, neste caso a boa-fé.²⁶² No entanto, a influência da boa-fé foi aumentando progressivamente, de tal modo que atualmente se encontra reconhecida em todas as fases do desenvolvimento contratual.²⁶³

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 124. Também a autora citando Christiane Marchello Nizia: A boa-fé se encontrava associada às tradições cavaleirescas, bem como ao ideal de vida sublime, apresentando como características, a “[...] generosidade, *lealdade contratual*, elegância de coração e de maneiras, polidez constante, em suma, *capacidade de conduzir-se bem em sociedade em relação a quem quer que seja*” NIZIA, Christiane Marchello, apud MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 125.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 129-130.

²⁶² NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, op. cit., p. 45.

²⁶³ NEGREIROS, op. cit., p. 48.

Com relação ao Código Civil alemão, o “BGB”, a cláusula geral da boa-fé encontra-se regulamentada no parágrafo 242. Neste caso, também nos primeiros tempos de sua vigência atuou como mero “reforço material do contrato”, porque o BGB caracterizava-se por constituir um sistema fechado, operado por meio de uma atividade interpretativa subsuntiva, o que impedia a aplicação de uma cláusula geral como a da boa-fé. Após, por meio das transformações ocorridas com a Segunda Guerra, iniciou-se uma nova fase de aplicação do princípio da boa-fé, o que se deu por meio da jurisprudência aos casos concretos.²⁶⁴

No Brasil, o caminho percorrido pelo princípio da boa-fé é longo.²⁶⁵ Apesar de se encontrar regulamentado em diversas legislações, não apresentava a vertente objetiva da boa-fé, não alcançando, dessa maneira, a característica de regra de conduta, situando-se apenas em sua versão subjetiva. No entanto, foi por meio do Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, que se deu a positivação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais no Brasil, tanto como linha teleológica de interpretação, art. 4º, III, quanto como cláusula geral, no art. 51, IV, positivando em todos os seus preceitos a existência de deveres anexos nas relações contratuais.²⁶⁶ De outra parte, cabe registrar que o CDC possui suas origens nos ditames constitucionais, mais precisamente, nos artigos 5º, XXXII; 170, V, da Constituição Federal brasileira.

Atualmente, o princípio da boa-fé encontra-se regulamentado também no Código Civil de 2002, no art. 422.²⁶⁷

²⁶⁴ NEGREIROS, op. cit., p. 49-51.

²⁶⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 72-82. A autora refere como exemplo o “Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941, art. 66; o Projeto de Código das Obrigações, 1965, art. 23; o Anteprojeto de Código Civil, de 1972-1973, art. 111; o Projeto de Lei n. 634-B, de 1975 – Código Civil em vigor, art. 422; o Código Comercial, de 1850, art. 131”.

²⁶⁶ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 185. No mesmo sentido José Carlos Moreira da Silva Filho “é mister destacar que foi o Código de Defesa do Consumidor, anterior ao novel Código Civil, que primeiro positivou a boa-fé objetiva como linha interpretativa (arts. 4, III, e 51, IV). Conferiu ao intérprete amplas possibilidades de valoração dos elementos que compõem o caso e reconheceu, de forma concludente, a existência dos deveres denominados laterais, inerentes à conduta dos contratantes, tais como os deveres de proteção, de informação, de cooperação e de cuidado. São deveres laterais aqueles que defluem do comportamento dos contratantes e do complexo de circunstâncias que os envolvem. Dizem respeito a fatos que não visam, de maneira imediata, à consecução da prestação convencionada e cuja existência se explica em razão da complexidade da relação obrigacional, não adstrita, tão-só, aos deveres de prestação direcionados ao devedor. Por isso, a violação a um dever lateral pode motivar a resolução do contrato, por descumprimento contratual (é a chamada *violação positiva do contrato*)”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 82.

²⁶⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Orgs.: André Copetti, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 83. De acordo com o autor: “recentemente positivada no Código Civil sob a forma de cláusula geral (art. 422) e, como tal, ao menos em tese, mais apta a lidar com as reverses concretas, a boa-fé objetiva figura soberana como preceito de conduta amplo e flexível, socialmente indicado e arranjado sobre padrões de correção, proibidade e lhanza, próprios do *bônus pater familias* ou do dito homem médio – entendido pela doutrina dominante como parâmetro comum aceitável de atuação adotado pela média da sociedade”.

2.5.2 A boa-fé como princípio geral do direito

Como princípio geral do direito entende-se aquele que orienta o sistema jurídico no seu todo. “A boa-fé, ao lado de outros princípios jurídicos como os da liberdade e dignidade da pessoa humana, exemplificativamente, compõe o quadro dos ditos princípios gerais do Direito”. Correspondem aos princípios gerais do direito porque se encontram disseminados em todo o ordenamento jurídico, alastrando-se em todos os seus preceitos com seu sentido orientador.²⁶⁸

Tendo em vista que o objetivo do trabalho se refere à boa-fé em sua concepção de cláusula geral, versão que será trabalhada na terceira parte deste estudo, faz-se pertinente a distinção entre princípio e cláusula geral. De acordo com Judith Martins-Costa:

²⁶⁸ NALIN, Paulo R. Ribeiro, apud FACHIN, Luiz. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 185-186. Com relação a essa visão, faz-se pertinente a colocação de Judith Martins-Costa, que refere “a boa-fé, ainda que bem definida e plena de conteúdos em Grotius, percorrerá o caminho da diluição, a ponto de tornar-se um ineficaz princípio geral, esvaziado de qualquer conteúdo prático”, p. 155; como causas dessa diluição refere a mudança de significado do princípio da boa-fé salientando-se a *predominância do critério matemático* – o que se estrutura como o encadeamento de proposições reguladas a partir de proposições primeiras para constituir a totalidade de um saber; *o primado da certeza sobre a verdade* – o que é afirmado como conforme ao método ou ao procedimento é tido como “certo”: a verdade da coisa é identificada com a verdade do conceito atribuído à coisa; *a certeza do ser pensante* – a afirmação da inteligibilidade do real está ligada ao primado da subjetividade; e *a unicidade da verdade* – algo que é partido, seccionado, que é muitas coisas ao mesmo tempo, que não pode ser visto desde uma *fattispecie* unitária, nada é porque impede a totalização. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 167-168.

Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure a cláusula geral *conter* um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado par. 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral. Para ter clareza neste ponto, devemos, todavia, atentar para as seguintes circunstâncias: a) não se pode pensar em 'cláusula geral inexpressa'. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua 'implicitude'. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja, a que a distingue entre princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais; b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza semântica, nem sequer de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio; c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como "boa-fé", "correção", "moralidade pública", "razoabilidade" etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC.²⁶⁹

Considerando-se que os princípios podem ser inexpressos, ao passo que as cláusulas gerais encontram-se regulamentadas legislativamente, bem como considerando-se que as cláusulas gerais promovem o reenvio para *standards* e valores jurídicos e extrajurídicos, bem como a vagueza semântica, não há que se fazer a equiparação entre princípios e cláusulas gerais. As cláusulas gerais podem conter um princípio, mas não se equiparar a ele.

2.5.3 A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé apresenta-se sob dois aspectos: a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva encontrava-se em sintonia com a razão lógica do sistema voluntarista e individualista, o que tornava o contrato caracteristicamente convencional: "O contrato é pura manifestação da autonomia da vontade, expressada por meio da *auto-decisión, auto-regulación e auto-obligarse*".²⁷⁰ Existirá a boa-fé subjetiva "quando o indivíduo estiver convencido que o seu obrar está em conformidade com o direito aplicável, isto é, ele acredita,

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 323. Em contrapartida vale registrar Manuel Júlio de Almeida Costa, que refere: "pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos correspondentes princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos. COSTA, Manuel Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 92.

²⁷⁰ NALIN. Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 191.

ele crê que a sua intenção é legítima”.²⁷¹ A boa-fé subjetiva aparece como o estado de consciência do indivíduo no momento da contratação, pois protege o indivíduo que tem consciência de estar agindo de acordo com o direito, apesar do estado de ignorância no sentido do desconhecimento da situação verdadeira, sendo outra a realidade dos fatos.²⁷² É a confiança e a intenção que a parte deposita no negócio, acreditando que é detentora de um direito.²⁷³ Também pode denotar, através da vinculação ao pactuado, um reforço à obrigatoriedade do pacto, como uma condição psicológica de convencimento do próprio direito, bem como um desconhecimento de lesão do direito alheio.²⁷⁴

A boa-fé objetiva, por sua vez, é tida como regra de conduta, como um dever de se comportar de acordo com regras e padrões socialmente recomendados, baseados na correção, na lisura e na honestidade, tendo em vista não frustrar a confiança da parte contrária da relação jurídica.²⁷⁵ A boa-fé denota a confiança que deve existir entre as partes durante a realização dos negócios jurídicos. De fato, a boa-fé objetiva far-se-á presente numa relação quando “o obrar do indivíduo se enquadra no modelo objetivo de conduta social, no standard jurídico exigido a um homem reto, probo, leal. Aqui não tem qualquer relevância a intenção, o ânimo do indivíduo na realização da sua conduta”.²⁷⁶ Refere-se à ação das partes no sentido de agirem com lealdade e confiança, desempenhando uma conduta diligente e leal, tendo em consideração as expectativas da parte contrária de que o negócio será desenvolvido de modo equilibrado e seguro. Quanto à lealdade como forma de conduta esperada das partes contratantes, exemplifica-se no dever de informação, que superou o contrato formal e legalista para um contrato de boa-fé. Como consequência, resultou na revisão contratual, na rejeição

²⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 79.

²⁷² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 243. Também nesse sentido, vale registrar a lição de Fernando Noronha que refere: “na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na *aparência*. A situação de aparência gera um estado de *confiança* subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas. NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 132.

²⁷³ NALIN, Paulo R. Ribeiro, apud FACHIN, *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 194.

²⁷⁴ MARTINS, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 411.

²⁷⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

²⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 79.

das cláusulas resolutorias e na impossibilidade de se complementar os preços nos contratos em via de execução.²⁷⁷

Como visto, a boa-fé tanto denota a confiança que a parte possui no sentido de que é detentora de um direito, como a confiança que deve existir entre as partes durante a realização do negócio a que se propõe. Está-se diante da boa-fé, em sua variante de “confiança”, perante as concepções subjetiva e objetiva. E, por meio da confiança surgida durante as relações, as partes direcionam suas ações no sentido de alcançar o objetivo proposto, seguindo padrões de conduta que reduzem o risco de frustrações, reduzindo a complexidade existente. De acordo com Niklas Luhmann:

Donde hay confianza hay aumento de posibilidades para la experiencia y la acción, hay un aumento de la complejidad del sistema social y también del número de posibilidades que pueden reconciliarse con su estructura, porque la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad.²⁷⁸

Complementando a assertiva de que a confiança opera a redução da complexidade, Luhmann descreve:

La confianza educa. Esto es cierto tanto en el nivel emocional como en el nivel táctico, y neutraliza los peligros que hay en un control solamente táctico de las relaciones de confianza. El vínculo emocional existente en la confianza que ha sido dada es, por decirlo así, una continuación de la reducción de la complejidad internamente, simplificando la reacción a través de la internalización de las expectativas del que confía. [...] En vez de amarse uno mismo contra la incertidumbre de la otra persona en la intensa complejidad de todas las posibilidades, uno puede tratar de reducir la complejidad concentrándose en la creación y conservación de la confianza mutua, y comprometerse en una acción más significativa con respecto a un problema ahora más estrechamente definido. Presumiblemente, si esto se conociera mejor podría dársele un mejor uso de las oportunidades que esta circunstancia ofrece.²⁷⁹

²⁷⁷ NALIN, Paulo R. Ribeiro, apud FACHIN, *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 196-197.

²⁷⁸ LUHMANN, *Confianza*, p. 14.

²⁷⁹ LUHMANN, op. cit., p. 111-112. Também de acordo com o autor “Y en la simplificación, en la reducción de la complejidad, siempre hay un momento inestable, incalculable. Si el problema de la confianza o desconfianza se hace agudo, entonces la situación se torna por una parte, más problemática, más compleja, más rica en posibilidades; y por otra parte, los procesos simplificadores entran en el juego de la reducción, de la orientación a unas cuantas experiencias claves y prominentes. Los objetivos y los sucesos que parecen tener valor como indicadores, gana especial relevancia y controlan la interpretación de otras situaciones”. p. 130.

Também derivado do princípio da boa-fé surge o dever de cooperação, que se traduz na solidariedade que deve permear o contrato. Por meio do dever de cooperação, as partes devem colaborar para que ambos alcancem os objetivos visados com o negócio jurídico para o cumprimento da obrigação, tendo em vista os usos, costumes e a boa-fé. A cooperação deixa de atingir primordialmente o devedor para alcançar também o credor, em igualdade de condições.²⁸⁰ Por meio da nova feição contratual, busca-se alcançar a paz social e a justiça contratual, evitando-se prejuízos e danos, os quais podem ser ocasionados quando da violação do princípio em questão.²⁸¹

Em decorrência da boa-fé objetiva e subjetiva sobressaem-se as funções da boa-fé, que Cláudia Lima Marques refere como a complementação ou concretização da relação ou função interpretativa, por meio da qual o aplicador da lei pode precisar os direitos e deveres que decorrem da relação específica; a função de controlar e limitar as condutas, no sentido de proibir as cláusulas e as práticas abusivas, e a possibilidade de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias que envolvem o negócio, como exemplo a quebra da base objetiva do negócio jurídico. Também a autora salienta a permissão para decidir por equidade, o que ocorre quando o julgador participa ativamente buscando a equidade contratual, adaptando a relação contratual à sociedade e às necessidades atuais.²⁸²

Também com relação às funções da boa-fé, Ruy R. de Aguiar Junior salienta outras duas funções principais: criar deveres secundários de conduta (anexos ou acessórios) e impor limites ao exercício de direitos. Com relação aos deveres secundários, salienta-se o dever de informação, de cooperação, de lealdade que a parte deve apresentar em todos os momentos da relação negocial. Quanto ao fato de impor limites ao exercício de direitos, refere-se ao fato de que limita a autonomia da vontade, o exercício de direitos subjetivos.²⁸³ A boa-fé limita o agir com arbitrariedade, tendo em vista a satisfação da parte contrária; conseqüentemente, está impondo limites às partes contratantes.

Complementando a exposição sobre as funções da boa-fé objetiva, destaca-se a lição de Judith Martins-Costa, segundo a qual a boa-fé objetiva possui três funções, destacando-se a da hermenêutica-integrativa do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Na função hermenêutico-integrativa

²⁸⁰ NALIN, Paulo R. Ribeiro, apud FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 198.

²⁸¹ NALIN, op. cit., p. 200. De acordo com o autor: “O contrato, nesse momento, deixa de ser um instrumento do egoísmo individual, atingindo o nível de serviço às necessidades humanas. Fala-se no contrato enquanto instrumento da paz social e ao bem comum, conectando-o à uma certa **justiça contratual**. E por justiça contratual, segundo CANARIS, citado por ALPA, devem os contratantes não agir injustamente na relação, sem necessariamente se aproximarem de um senso de justiça, mas definitivamente evitar qualquer ato injusto grave. Tudo em vista de ter se tornado o homem um núcleo de preocupações legais, sempre na perspectiva do coletivo, e o **contrato um instrumento de desenvolvimento da personalidade humana**”

²⁸² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 186.

²⁸³ AGUIAR JUNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 249 .

atua como meio para o preenchimento de lacunas, já que a relação contratual apresenta diversos eventos e situações nem sempre previstos pelas partes contratantes. Nesse sentido, a boa-fé atua qualificando os comportamentos não previstos, mas essenciais para a proteção da *fattispecie* contratual, bem como para a produção dos efeitos pretendidos com o contrato. Para a realização desta técnica, o juiz deve considerar as normas contratuais como um conjunto significativo, formado pelos direitos e deveres, bem como pela função social. Também neste conjunto significativo, tem-se de considerar as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual visualizadas como um todo.²⁸⁴

Com relação à boa-fé e à criação de deveres jurídicos, verifica-se que a relação contratual é composta por deveres de prestação, que se subdividem em deveres principais, ou primários de prestação, os quais formam o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo contratual, os deveres secundários e os laterais, anexos ou instrumentais. Os deveres instrumentais, por sua vez, derivam de cláusula contratual, ou de dispositivos da lei ou da incidência da boa-fé objetiva. Denominam-se deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, dirigindo-se a ambos os contratantes.²⁸⁵

Com relação à função da boa-fé objetiva que limita os direitos subjetivos, salienta-se que a função de criação de deveres para uma parte, ou para ambas, pode desenvolver, concomitantemente, a função de limitação ou de restrição de direitos, inclusive os direitos formativos.²⁸⁶

Como visto, as funções da boa-fé, entre elas a adaptação, a complementação, a busca de equidade, a criação de deveres secundários e a imposição de limites, corroboram a tese defendida sobre a consideração da boa-fé como mecanismo de solução de conflitos, pois facilitam a flexibilização do contrato, conduta necessária diante do contexto social atual.

Diante da análise realizada sobre o princípio da boa-fé, constata-se que existiu nas relações jurídicas desde o início da civilização, apresentando-se de modo mais vigorante em determinadas épocas, em razão das características sociais predominantes em determinado tempo e local. Com relação ao seu sentido, verificou-se que tanto pode representar a crença de que se possui um direito como o dever de agir com lealdade e confiança²⁸⁷ durante o

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 428-430.

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 438-439.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 454.

²⁸⁷ Niklas Luhmann, referindo a abrangência da confiança nas relações entre os indivíduos, afirma que “hasta que el problema de la confianza sea el punto focal de una relación consciente, cultivada mutuamente, este compromiso con uno mismo adquiere un nuevo, casi impersonal carácter, y ello supone que los aspectos relevantes de la confianza tienen un cierto grado de especificación. El si mismo se presenta desde el principio como digno de confianza. El compromiso con uno mismo es anticipado por la sumisión a las condiciones de la confianza. El actor en su autopresentación se muestra como interesado en la confianza, como tratando de ganar confianza. Como este interés se hace obvio, y la manipulación de la presentación también, el que confía puede poner su confianza en ello y controlar la conducta del actor por medio de su interés, señalándole las condiciones para la continuación o el retiro de la confianza”. LUHMANN, *Confianza*, p. 109.

desenvolvimento da relação jurídica. Considerando-se o alcance, verifica-se que, com a sua inclusão no Código de Defesa do Consumidor, bem como no Código Civil, adquiriu a característica de norma, sendo passível de aplicação imediata, bem como de imputar o dever de reparação quando de sua violação pelo dano causado.

2.6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

O princípio da função social merece destaque nesta análise tendo em vista a sua estreita relação com a boa-fé na transformação ocorrida no direito contratual.

De fato, constata-se desde a Primeira Guerra a preocupação ética com a socialização do indivíduo e sua responsabilidade social, o que favorece a ampliação do alcance do princípio da boa-fé, a proteção da confiança, a busca da justiça contratual, a função social da propriedade, como também a funcionalização dos direitos de crédito.²⁸⁸ Também nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Junior salienta a proximidade entre a boa-fé e a função social na nova fase do direito contratual:

A aproximação dos termos ordem econômica-boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas do negócio.²⁸⁹

Com relação à funcionalização dos institutos jurídicos, salienta-se o re-direcionamento dado ao direito, o qual se caracteriza pela função social predominante em todas as áreas da ciência jurídica. A assertiva encontra justificativa, em primeiro lugar, na Carta constitucional

²⁸⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, nov de 1993, Porto Alegre: p. 60-77, p. 69-70.

²⁸⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 14, p. 20-32, abr./jun. 1995. p. 22-23..

de 1988, a qual apresenta como princípio a função social na busca por uma maior igualização entre os cidadãos, bem como no Código Civil de 2002, o qual a estabelece no art. 421. Com vistas ao estudo do assunto em questão, a análise aborda, de um modo geral, os aspectos referentes à função social do ordenamento como um todo e, especificamente, a função social do instituto contratual.

2.6.1 Notícia histórica

Como introdução ao tema, faz-se pertinente uma rápida passagem sobre o contrato vigente no Código Civil de 1916, para se obter um breve panorama da extensão da transformação ocorrida. Conforme verificado no decorrer deste trabalho a característica do então código era essencialmente individualista. Defendia-se a idéia de liberdade e igualdade, as quais significavam, perante o contrato, o indivíduo acordar livremente os seus pactos e cláusulas contratuais. De fato, “o Direito dos Contratos passou a ser conformado por dois princípios básicos, que condensavam juridicamente todas as idéias sociais, políticas e econômicas de então: a liberdade de contratar e a igualdade dos contratantes”.²⁹⁰ A liberdade de contratar conferia ao contratante a faculdade de realizar ou não o contrato, estipulando as cláusulas que julgasse necessárias. Também, o contrato deveria ser cumprido até suas últimas conseqüências, pois imperava o princípio *pacta sunt servanda*, que significa a obrigatoriedade do pactuado.

Entretanto, com o advento da industrialização e o surgimento de novas ideologias, surgiram outras formas de negociação, que necessitavam de regulamentações por meio da intervenção do Estado, antes apático e observador. Nesse sentido, “com o advento do Estado de índole social, marcado pela intervenção no domínio econômico como forma de regular o mercado teve início as exceções aos princípios fundamentais da autonomia da vontade e da igualdade”. A autonomia da vontade, antes absoluta, encontrou certos limites de ordem pública que deram origem à possibilidade de revisão dos contratos que sofressem a influência de alguma circunstância alheia causadora de disparidade entre os contratantes.²⁹¹ Diante dessa

²⁹⁰ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 260.

²⁹¹ SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 264-265. De acordo com o autor: “Primeiramente, no que se refere aos limites estabelecidos pela lei à liberdade de contratar, devendo os contratantes atender a determinadas imposições de ordem pública (o que se tornou conhecido como “dirigismo contratual”). Ao depois, com a mitigação da intangibilidade dos contratos através da idéia de sua revisão por causas supervenientes que influam no seu equilíbrio econômico (da qual são exemplos a teoria da imprevisão e a resolução por excessiva onerosidade). Pouco a pouco, foi-se restringindo a liberdade contratual através das intervenções do legislador e do papel criativo da jurisprudência”.

realidade, com o advento da Constituição Federal de 1988 novos paradigmas foram lançados, entre os quais a “função social”, que abriu novos horizontes, abrangendo o ordenamento como um todo, e que, após, solidificou-se pela vigência do Código Civil de 2002, de acordo com os princípios e valores que orientam o ordenamento jurídico.

Portanto, tendo em vista a concepção “coletiva” em posição superior à “individual”, fez-se necessária a reinterpretação dos contratos, dando-lhe a conotação da função social.

2.6.2 A funcionalização dos institutos jurídicos

Por meio da nova ordem constitucional, a funcionalização dos institutos foi declarada como o novo paradigma do sistema jurídico, responsável pela releitura do direito civil e do contrato, em especial, proporcionando a nova “função singular do contrato”.²⁹²

De acordo com José Carlos Moreira da Silva Filho, a funcionalização determina o “poder-dever” para o titular do direito agora funcionalizado. Somente haverá o reconhecimento jurídico desse direito quando houver a satisfação da sua função social, pois o não-atendimento dessa função pode acarretar para o proprietário restrições e até a perda do seu direito. Entre os institutos que se encontram funcionalizados salienta-se a família, a propriedade e os contratos, objeto de estudo dessa análise.²⁹³

Outrossim, em se tratando da funcionalização, faz-se pertinente registrar a visão de Paulo Nalin, que salienta a conduta da ciência jurídica, a qual, por meio da interdisciplinariedade, recepcionou outras áreas científicas, adquirindo uma nova feição, o que lhe facilitou a busca pelo alcance da dignidade humana e da justiça social, adaptando-se à sociedade complexa da atualidade, através da funcionalização. A função social acontece no momento em que interagem as diversas ciências que compõem a sociedade, pois todos em conjunto atuam sobre o indivíduo e sobre os fatores que conformam as condições de vida, tais como o econômico, o social, o emocional e o cultural. A dignidade do homem, a personalidade, o seu meio ambiente, bem como a igualdade entre os cidadãos, formam-se e perpetuam-se quando todos os fatores que os circundam interagem em harmonia.²⁹⁴

²⁹² NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 215.

²⁹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK; Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 172.

²⁹⁴ NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 217. De acordo com o autor: “Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise, história e especialmente a ética, acabam, nesse prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de

2.6.3 A função social no ordenamento jurídico

A função social que engloba o ordenamento baseia-se no princípio da socialidade. Na tentativa de melhor colher o sentido da função social, cabe uma breve análise do sentido da socialidade proposto no projeto do Código Civil agora em vigor. Através do projeto, de suas normas, buscou-se proporcionar uma igualdade maior entre os cidadãos a partir do momento em que o sentido puramente individual do sistema cedeu seu espaço à busca do coletivo. As relações e os negócios adquiriram o sentido do coletivo, o fim social.²⁹⁵ Na atualização das normas civis incrementou-se o fim social, pois as relações sociais e as ideologias clamavam antes pelo bem-estar coletivo do que pelo individual. Com esses objetivos, justificou-se a elaboração do novo código, com vistas a um direito social em sua origem e destino para obter uma correlação entre os valores coletivos e os individuais.²⁹⁶ De fato, a funcionalização significa que a expressão “relações privadas” passou a abranger não apenas as partes diretamente envolvidas na relação, como também os demais setores que envolvem o “elo da cadeia”, cadeia essa resultante da crescente complexidade social. A função social nos contratos, que representam a circulação das riquezas, passa a significar a inclusão de parâmetros éticos de conduta, de equivalência e de equilíbrio nas relações²⁹⁷.

atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa. É romper com a auto-suficiência do Direito, hermético em sua estrutura e tecnicismo, outrora mais preocupado com os aspectos formais das regras, do princípio e do instituto, que com sua eficácia social. Por isso a função perseguida é a **social**. Funcionalizar, sobretudo, em nosso contexto é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social, “[...] atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, [...]”.

²⁹⁵ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2.ed. ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p.7. Segundo o autor: “O “sentido social” é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o Projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador” (grifo nosso).

²⁹⁶ REALE, *O projeto do novo Código Civil*, p. 46.

²⁹⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 172.

2.6.4 A função social do contrato²⁹⁸

A análise até aqui empreendida pautou-se por um breve esboço sobre as características contratuais sob a égide do Código Civil de 1916 e, para introdução ao assunto da funcionalização dos contratos, realizou-se uma rápida passagem sobre o significado e abrangência da função social para o ordenamento jurídico. Verificou-se que a função social passou, com o implemento da Constituição Federal de 1988 e com a vigência do Código Civil de 2002, a ser um dos fundamentos da ordem jurídica vigente no país.

A função social dos contratos encontra-se diretamente relacionada com os efeitos que apresenta no meio no qual se realiza, preocupação que não é originária do novo Código Civil, pois se encontrava, além da Constituição, artigo 170, *caput*, também no Código Civil de 1916, artigo 159, sendo apenas uma questão de interpretação da norma jurídica ali exposta²⁹⁹. A introdução da função social no instituto contratual reflete na modificação do contrato, a qual é necessária e bem-vinda, pois quando se modifica, acompanhando os interesses de um sistema econômico modificado, o contrato garante a sua preservação. “A mudança estrutural e funcional do contrato se faz para que este mecanismo jurídico possa se adequar bem ao atendimento de novas finalidades, de novos rumos sócio-econômicos”.³⁰⁰

Outrossim, com relação à função social, pode-se dividi-la em funções intrínseca e extrínseca. À função intrínseca cabe a observância do princípio da boa-fé, da igualdade material e da equidade; por sua vez, à função extrínseca cabe a atenção às repercussões causadas nas relações sociais, às demais pessoas envolvidas.³⁰¹ Desse modo, cai por terra a relação única e exclusiva entre credor e devedor que dominou a relação contratual por longo tempo, redefinindo os contornos da relativização contratual. Diante dessa nova realidade, a

²⁹⁸ Para Junqueira de Azevedo, “a idéia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor da livre iniciativa* (art. 1, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 179, *caput*, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 750, abr. 1998, p. 116.

²⁹⁹ NALIN, *Do contrato*: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional p. 221. De acordo com o autor: “Conforme parecer civil de lavra de Junqueira de Azevedo, é exatamente esta a noção que se extrai da leitura do já multicitado artigo 170, *caput*, da Constituição da República, sendo preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma “ordem social harmônica”, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade, por conta da relação estabelecida. O autor vai mais adiante, também inovando ao sustentar que a regra constitucional veio tornar mais evidente o que já era consagrado em nível infraconstitucional, fundada na regra de responsabilidade prevista no artigo 159 do CC, que invariavelmente exige um comportamento social sempre adequado”.

³⁰⁰ SELEME, Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 267.

³⁰¹ NALIN, op. cit., p. 198.

função social nos contratos adquiriu como característica a integração entre os contratantes diretamente relacionados no negócio, bem como dos terceiros possíveis interessados que venham a ser atingidos pelo negócio realizado. O contrato passa a considerar as demais pessoas que se encontram sujeitas aos seus efeitos.³⁰² Por meio da função social, que proporciona a consideração dos terceiros e da sociedade, os quais podem sofrer os efeitos do contrato, houve uma releitura do princípio da relatividade contratual, que adquiriu uma feição mais aberta e coletiva, auxiliando a busca pelo fim social. Nesse sentido, Giselda Hironaka refere que a doutrina da função social surgiu com o objetivo de limitar os institutos de cunho individualista, tendo em vista o interesse coletivo, bem como objetiva igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade seja igual para todos.³⁰³

No entanto, de acordo com Paulo Nalin, a função social não se refere à função social do contrato em si, mas à função social da liberdade de contratar. Na realidade, a função social do contrato encontra-se atrelada à liberdade dos contratantes no momento de contratar.³⁰⁴ Não é o contrato em si que deve possuir uma função social, no sentido de respeitar a coletividade e os princípios constitucionais envolvidos no negócio, mas os grandes responsáveis pela função social, que, por sua vez, são responsáveis pela garantia dos valores e princípios; é a liberdade dos contratantes, que, ao firmarem um contrato e acordarem sobre as cláusulas que o regem, devem manter sempre presentes os efeitos que este produzirá nos indivíduos direta e indiretamente relacionados, bem como na sociedade como um todo. A autonomia da vontade e a liberdade contratual continuam existindo para os contratantes, mas profundamente atreladas aos efeitos que surgem do negócio realizado. Pode-se afirmar que não existem apenas direitos e obrigações entre os contratantes, mas entre os contratantes e a sociedade como um todo. A autonomia da vontade, outrora determinante individual dos contratos, passou a existir como dirigente contratual em parceria com o coletivo. Trata-se de uma autonomia privada da vontade, privada no sentido de limitada à função social, à boa-fé, à confiança e aos valores que levam ao fim social.

Do exposto, verifica-se a relação do princípio da boa-fé com a função social, pois por meio da confiança, da solidariedade, da transparência, atuando em parceria com a funcionalização e o coletivo, estes princípios fundamentam e reforçam a transformação social e jurídica, em especial a contratual.

³⁰² NALIN, op. cit., p. 198.

³⁰³ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988, p. 141.

³⁰⁴ NALIN, *Do contrato*: conceito pós-moderno em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional p. 230.

Na primeira parte deste trabalho realizou-se, basicamente, a análise do contrato. Foram abordados, num primeiro momento, os temas referentes à sua história, às suas características e à sua evolução. Constatou-se que os contratos possuem as características específicas da época social na qual se enquadram, ocorrendo uma influência recíproca entre o contrato e a sociedade. Com relação aos princípios, fez-se uma rápida abordagem sobre aspectos pertinentes ao conceito, passando, após, à análise dos princípios relativos ao direito contratual, consensualismo, obrigatoriedade, relatividade, igualdade e, sobretudo, função social e boa-fé.

Também se constatou a relação existente entre a boa-fé e a função social, o que contribuiu para formar a base para o objetivo que se propõe, da verificação da boa-fé como um mecanismo de solução de conflitos no direito contratual para o futuro diante da concepção sistêmica autopoietica. Portanto, com a análise realizada constatou-se que as mudanças que ocorreram, e que continuam a se processar, na sociedade e no contrato fazem surgir a necessidade de uma nova teoria contratual, que possibilite a sua adaptação aos novos tempos complexos e contingentes. Essas mudanças, além de criar a necessidade de uma nova teoria, anunciam, conjuntamente, a chegada de “algo novo” e a entrada do contrato numa nova época, numa nova realidade, rumo a um “novo horizonte”.

Sob a influência da esperança do “algo novo” que se descortina, lenta, mas progressivamente, é que se iniciará a caminhada rumo a um “novo horizonte”, utilizando-se as palavras de Luiz Edson Fachin, que possibilite uma nova visão sobre a teoria contratual, para a qual se sugerem a cláusula geral da boa-fé e a teoria sistêmica autopoietica.

2.8 O DIREITO CIVIL E A TRAVESSIA RUMO AO NOVO HORIZONTE

Este item foi inserido no trabalho com o intuito de proporcionar um panorama do contexto jurídico atual segundo a visão de Luis Edson Fachin.³⁰⁵ Durante a leitura de sua obra, objeto desta rápida exposição, constatou-se a importância da sua inclusão no trabalho, em virtude do entusiasmo despertado durante a sua leitura, haja vista vir ao encontro do objetivo proposto, bem como pela esperança que fez surgir de que, pela necessidade de um novo caminho a trilhar na ciência do direito, está-se no rumo certo.

³⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Melhor dizendo, também se justifica quanto ao entusiasmo despertado, pois refere as inquietações diante de uma ciência jurídica em transformação, de um direito contratual ávido de equilíbrio, justiça e solidariedade. Quanto à esperança surgida, justifica-se porque salienta a urgência de uma nova teoria, de um novo método ou meio de se fazer o direito contratual, ao que se sugere a cláusula geral da boa-fé aliada à teoria sistêmica autopoietica do direito para a solução dos conflitos.

Portanto, para tratar da transformação que se processa no direito civil em geral, utiliza-se como texto-base a obra citada, pois, diante da realidade que apresenta e analisa, estimula a busca de novos “horizontes” para as inquietações que surgem no dia-a-dia da lide jurídica, bem como funciona como uma ponte entre a realidade do contrato analisada até este momento, suas características e especificidades e a teoria sistêmica autopoietica, objeto deste estudo, que será analisada posteriormente.

De acordo com Fachin, o direito, atualmente, encontra-se num momento de crise, que denota a ruptura existente entre o direito civil tradicional e o direito civil do terceiro milênio. Aliás, a crise que se manifesta não ocorre particularmente no direito civil, mas no sistema jurídico moderno. Essa crise se manifesta na dificuldade que o Estado atualmente encontra no exercício de sua função de produção das regras; também, quando a regra do direito em si mesma é confrontada com a crise de racionalidade e, quando o instrumental jurídico começa a ter sua legitimidade contestada quando tenta agir como fonte de regulamentação social. A crise comprova-se pela existência de relações fora do campo de abrangência do direito. Os fatos e relações começam a acontecer no plano da “dobra do direito”, ou seja, “do não-direito”. Surgem condutas e comportamentos que não possuem regulamentação, bem como condutas contrárias ao que já se encontra regulamentado. Esse modo de agir exige uma nova regulamentação, não se contentando somente com a adaptação ao que está pacificado. Verifica-se, muitas vezes, uma “ruptura total de padrões, não tão-só “ressignificações”. Há que se ter “coragem e ousadia para prosseguir no debate”.³⁰⁶ “Outro tempo, novos conceitos. A crise pressupõe idéia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas”.³⁰⁷

Conforme Fachin, o que se está metodologicamente reconhecendo é o fato de que o presente não passa de um elo nessa cadeia sucessiva, de tal modo que não é possível o

³⁰⁶ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 223-225. Com relação à crise vivenciada, o autor acrescenta “Não há, necessariamente, uma passagem do ‘não-direito’ para o Direito; há determinado caminho em que deve trilhar essa passagem no espaço das dobras do mundo jurídico, onde se revelam valores que nem sempre o próprio sistema reconhece ou incorpora”, p. 199.

³⁰⁷ FACHIN, op. cit., p. 320.

esgotamento da corrente. É essa a visão que a travessia da interdisciplinaridade pretende oferecer, ou seja, de que existe, concomitantemente, tanto um horizonte que denota um caminho a seguir como alguns limites durante essa caminhada. A travessia se faz no diálogo entre conceitos diversos e, ao mesmo tempo, familiares e estrangeiros. Trata-se com conceitos conhecidos que se põem ao lado de outros dos quais nos apropriamos culturalmente. Novos fatos e novos conceitos vão surgindo a todo instante, pois a reconstrução se faz indefinidamente”.³⁰⁸ Junto a isso, Fachin assinala:

[...] eis o relançamento, forma e fundo sob novos ares de comunicações, abertas, porosas e atentas aos valores mais despídos de formalidade”. Diante dessa reconstrução não há que se pensar em destruição dos institutos que aí estão, pois dessa turbulência nascem novos sinais para se poder pensar e trabalhar o Direito³⁰⁹.

Também se deve deixar espaço para a transdisciplinaridade, supressão das tradicionais fronteiras epistemológicas, permitindo-se uma união que favoreça a diversidade. Daí a necessidade de um novo mapeamento, cuja descrição não pode ser previamente construída nem se deve antecipar à emolduração do objeto ainda em curso. Diante dessa flexibilidade, que permite as descobertas futuras, o direito civil pode se permitir reconhecer no singular as possibilidades da regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais. “Do singular novo saber se constrói na transversalidade, afrontando a verticalidade da cognição insossa e a horizontalidade do conhecimento pouco profundo”. De fato, “para apreender e não clausurar as relações, existe um Direito Civil novo e que se renova, bem como outras possibilidades do direito”.³¹⁰

A projeção do que está a nossa frente, aparecendo pouco a pouco, envolve rompimento e superação. Por certo, não se apresenta como uma travessia tranqüila. Futuro, ruptura e transformação seguem, concomitantemente, para a construção desse caminho, novo ou renovado, que nasce do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre “o novo que surge e o velho que declina”.³¹¹

³⁰⁸ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 242-243. Com relação aos conceitos, o autor conclui: “Parece fundamental, todavia, abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em uma certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas. Hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas” p. 195.

³⁰⁹ FACHIN, op. cit., p. 321.

³¹⁰ FACHIN, op. cit., p. 322.

³¹¹ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 329.

Do exposto se conclui que a “crise” demonstra uma realidade de relações fora do direito, fazendo-se necessário coragem e ousadia para seguir em frente, pois são outros tempos, novos conceitos. Há que se ter superação e rompimento nessa cadeia sucessiva de acontecimentos; há que se reconstruir e se relançar continuamente inter e transdisciplinarmente. E nesse contexto o indivíduo se encontra, modificando e se modificando, razão porque Hannah Arendt, afirma:

[...] pelo fato de que se movimenta sempre entre e em relação a outros seres atuantes, o ator nunca é simples ‘agente’, mas também, e ao mesmo tempo, paciente. Agir e padecer são como as faces opostas da mesma moeda, e a história iniciada por uma ação compõe-se de seus efeitos e dos sofrimentos deles decorrentes. Estas conseqüências são ilimitadas porque a ação, embora possa provir do nada, por assim dizer, atua sobre um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia, e todo processo é causa de novos processos. (...) Além disso, seja qual for o seu conteúdo específico, a ação sempre estabelece relações, e tem, portanto, a tendência inerente de violar todos os limites e transpor todas as fronteiras.³¹²

Com essa breve exposição, causa de entusiasmo e esperança, procurou-se demonstrar as modificações na realidade e no direito, bem como no indivíduo, constatando-se a transformação que ocorre e a necessidade de novas possibilidades, que favoreçam o encontro de possíveis soluções para os fatos que aí se encontram. Os fatos acontecem e produzem modificações sociais e pessoais; as relações acontecem e vão produzindo e reproduzindo as soluções, estejam elas dentro da regulamentação jurídica ou não, no plano da “dobra do direito”, ou seja, do “não-direito”. O indivíduo relaciona-se, e nesse relacionamento atua e participa como agente e como paciente. Há um entrelaçamento entre o sujeito da relação e a relação: um acontece e se faz, influenciando o outro e interagindo com o outro. O acontecimento, quando se faz, revela novos acontecimentos, tanto dependentes quanto independentes. As situações se dão em cadeia, continuamente; as decisões apresentam soluções aqui e seus efeitos também acontecem amanhã e depois.

Portanto, urge um novo meio de encontrar soluções para um mundo flexível, poroso e em constante mutação. A essa necessidade sugere-se a teoria sistêmica autopoietica, porque permite a visão da realidade em movimento, em interação, em forma de redes interligadas, em complexidade, em globalização, num contexto. E dentro da análise que se propõe, objetiva-se enquadrar o contrato, agora transformado, dentro dessa nova realidade, permitindo-lhe

³¹² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 203.

encontrar as soluções necessárias para os seus conflitos, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva, já que situado em uma realidade complexa e em constante transformação.

Conforme o objetivo proposto inicialmente, bem como diante da realidade que se constatou com a análise realizada, passa-se à explanação da boa-fé como cláusula geral diante da teoria sistêmica autopoietica por ser a linha de pesquisa eleita para esta dissertação, como também por ser o meio possível de adequar a ciência do direito, mais especificamente, o instituto contratual, à realidade complexa atual.

3 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ, O CONTRATO E A TEORIA SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA DO DIREITO

Neste capítulo aborda-se o tema referente à cláusula geral da boa-fé como possibilidade de solução de conflitos no direito contratual, quando considerada perante a teoria sistêmica autopoietica do direito. Para o estudo do tema é utilizada como exemplo a concepção do contrato relacional, que apresenta o traço da continuidade, exigindo constantemente, em virtude das vicissitudes e influências que sofre, a adaptação e recriação do direito, das cláusulas contratuais, para o caso concreto. Nessa altura é que se encaixa a pertinência da teoria sistêmica autopoietica, em razão dos aspectos que comporta, tais como complexidade, contingência, meio envolvente, autoprodução, recriação, os quais se ligam diretamente com o assunto em questão; logo, juntos podem proporcionar um novo meio de solução para as questões jurídicas, no caso específico, para as relações contratuais.

3.1 A CLÁUSULA GERAL COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PERANTE A TEORIA SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA

Neste item aborda-se o tema referente às cláusulas gerais, sua concepção da boa fé objetiva, bem como a sua possibilidade de solução de conflitos intersistêmicos.

3.1.1 As cláusulas gerais

Tendo em vista o objetivo do trabalho centralizar-se em torno da cláusula geral da boa-fé diante da concepção sistêmica autopoietica e a consideração como possibilidade de solução de conflitos contratuais diante da complexidade atual, faz-se neste item uma breve explanação sobre as cláusulas gerais como introdução para o tema que segue.

Vivencia-se um momento de mudança: da acumulação de bens materiais para os bens imateriais; dos contratos de dar para os de fazer; do modelo imediatista da compra e venda para a relação contratual continuada; de relações privadas para relações particulares de iminente interesse social ou público. Vivencia-se a crise dos antigos paradigmas e do

aparecimento de novos paradigmas para o direito. A atividade jurídica acontece por meio de instrumentos jurídicos antigos e novos; “instrumentos da ciência moderna do direito, esculpidos pelos ideais da Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade, com a necessária leitura atual da sociedade industrial e massificada”.³¹³

Entretanto, em meio a essa mudança verifica-se que, atualmente, não é mais admissível o modelo estático da positividade. O acelerar da história impõe a configuração de um paradigma metodológico diferente, baseado na pluralidade e na complexidade das relações sociais. A essa nova realidade faz-se necessário um novo tipo de legislação, inspirada na Constituição, repleta de modelos jurídicos abertos. Destacam-se, legislativamente, os valores, bem como os programas que objetivam o bem comum e o social. Novas normas têm sido formuladas, as quais, de um lado, empregam conceitos de significados imprecisos e abertos, denominados de “conceitos jurídicos indeterminados”; de outro, surgem normas que apresentam apenas uma vaga moldura, permitindo a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta, as quais se denominam “cláusulas gerais”.³¹⁴ De fato, um código capaz de enfrentar as mudanças operadas na sociedade e que facilite a adaptação às novas necessidades sociais deve apresentar-se como portador de cláusulas gerais, as quais facilitem o “maior grau possível de flexibilidade”.³¹⁵

Judith Martins-Costa, sobre as cláusulas gerais, salienta que

[...] constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.³¹⁶

Outrossim, a cláusula geral, quando considerada como um instrumento hermenêutico, manifesta-se indispensável para o magistrado na função de proteção das partes vulneráveis e na consecução da justiça social diante de uma realidade complexa e em constante mutação³¹⁷.

³¹³ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 85-86.

³¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 284-286.

³¹⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da codificação*. Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 165.

³¹⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 274.

³¹⁷ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 14, p. 38-48, 2003, p. 42.

As cláusulas gerais, além de admitirem uma grande quantidade de conteúdos, apresentam-se sob três tipos distintos: tipo restritivo, tipo regulativo e tipo extensivo.³¹⁸

Também se faz pertinente uma breve colocação sobre a distinção entre cláusula geral, princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção entre cláusula geral e princípio já foi devidamente analisada no item 2.6.2, bastando referir que de fato não se confundem, pois a diferença existe, o que se verifica quando se consideram os princípios expressos e os inexpressos. Isso já não ocorre com as cláusulas gerais, pois ou estão formuladas na lei, ou não. Ainda é preciso considerar que as cláusulas gerais operam o reenvio a outros espaços do ordenamento, ao passo que os princípios que não possuem vagueza semântica não o fazem. Por último, mesmo se considerando os princípios que possuem vagueza semântica, como a boa-fé, não existe a equiparação, visto que neste caso está-se diante de uma cláusula geral que contém um princípio.³¹⁹

No entanto, cabe a análise sobre a diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, haja vista determinada parte da doutrina negar tal distinção por considerar em ambos um alto grau de vagueza, bem como o “reenvio a *standards* valorativos extra-sistêmicos”. Os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato em exame, com vistas à aplicação do direito, de modo que a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Coincidindo ou não o modelo normativo e o fato, a solução já se encontrará predeterminada; ocorre uma *subsunção*, não havendo possibilidade de criação do direito, mas apenas de interpretação. Dessa forma, Judith Martins-Costa refere que, na cláusula geral, existe a exigência para que o juiz concorra ativamente na formação da norma, ao passo que, nos conceitos indeterminados, ao juiz basta reportar ao fato concreto o elemento indicado na *fattispecie*.³²⁰

Também a cláusula geral apresenta grande importância para a abertura do sistema jurídico por causa da sua vagueza semântica e da imprecisão do seu conteúdo, pois permite a mobilidade ao direito para que enfrente este momento atual de grandes mudanças diante da sociedade globalizada.³²¹ Neste ponto encontra-se uma ligação entre a cláusula geral e o

³¹⁸ MARTINS-COSTA, A *boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 295. Com relação ao tipo restritivo a autora salienta que opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual; de tipo regulativo, quando regula através dos princípios, todo um vasto domínio de casos, e de tipo extensivo, quando amplia uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, A *boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 323.

³²⁰ *Idem*.

³²¹ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 14, p. 38-48, 2003, p. 43. Também nesse sentido, Karl Engisch refere: “graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo a ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 233.

objetivo deste trabalho. Por meio da “vagueza” semântica e da imprecisão do seu conteúdo, as cláusulas gerais possibilitam ao direito a adaptação à realidade complexa atual. Por meio da mobilidade, favorecem ao direito o crescimento no sentido de permitir o enfrentamento de novas situações, bem como de encontrar novas e atuais soluções para as questões jurídicas.

Diante dessa nova realidade operada por meio das cláusulas gerais, cabe ao juiz um novo e decisivo papel no trato dos casos concretos. O magistrado, a partir das cláusulas gerais, tem a incumbência de encontrar medidas próprias de valoração diante do caso concreto.³²² Conseqüentemente, faz-se pertinente uma nova atitude do órgão julgador, o qual vai examinar o fato concreto segundo os valores eleitos pela sociedade, o que só acontece diante da perspectiva de um sistema aberto, que possibilite essa nova atuação, desde que plenamente motivada. No caso, haverá a consideração do princípio da boa-fé em relação à conduta das partes no desenvolvimento da relação jurídica. Também cabe explicitar que às cláusulas gerais correspondem às normas que dependem de preenchimento de seu conteúdo, o que acontece por meio das valorações realizadas pelo aplicador, isto é, os critérios para a sua concreção somente se darão quando da observação do caso concreto.³²³

Corroborando o exposto sobre as cláusulas gerais, Gunther Teubner esclarece sobre a relação entre as cláusulas gerais e a ciência jurídica:

Um direito funcional de conflitos exige, portanto, mecanismos internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais, entre as ordens quase-jurídicas de esferas sociais semi-autônomas, e entre os vários setores internos do sistema jurídico. Um exemplo paradigmático desses mecanismos podemos encontrá-lo porventura nas conhecidas cláusulas gerais do direito privado (“boa-fé”, “interesse público”).³²⁴

³²² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 626. Também nesse sentido, Judith Martins-Costa refere que, “[...] a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de *estabelecer* o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, *criando direito*, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências”. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 330.

³²³ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 316.

³²⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 230.

Para encerrar a consideração sobre as cláusulas gerais, salienta-se a sua função de possibilitar a abertura, como também a mobilidade do sistema jurídico. Com relação à mobilidade, verifica-se que ocorre em duplo sentido: interno e externo. A mobilidade interna é responsável pelo retorno para as demais disposições do sistema, ao passo que a mobilidade externa possibilita a abertura do sistema para o recebimento de valores extrajurídicos, favorecendo, dessa forma, a adequação valorativa.³²⁵

3.1.2 A cláusula geral da boa-fé objetiva

No item anterior tratou-se da análise das cláusulas gerais. Agora, inicia-se a análise da cláusula geral da boa-fé objetiva, já que compõe o objetivo proposto. A boa-fé, especificamente, justifica-se pelo campo de abrangência que apresenta no direito contratual, o que se conclui pelo entendimento de Clóvis do Couto e Silva, segundo o qual a boa-fé possui um valor por si só, que não se relaciona com a vontade. A extensão do conteúdo da relação obrigacional deve ser medida também pelas circunstâncias ou fatos que se relacionam com o contrato, de modo que se possa construir objetivamente o regramento do negócio em questão, através de um constante dinamismo³²⁶. A boa-fé objetiva é o caminho que possibilita a construção de uma noção substancialista do direito, bem como a elaboração de um sistema aberto, “que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente aplicadores recipiendários ou destinatários”.³²⁷ A boa-fé objetiva “qualifica uma norma de comportamento leal”, constituindo-se em um modelo jurídico e revestindo-se de variadas formas; o seu conteúdo depende das circunstâncias concretas do caso; constitui-se em uma norma proteifórmica, que convive num sistema aberto, o qual enseja a sua própria e permanente construção e controle.³²⁸

³²⁵ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 341.

³²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980, p. 54. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa anota que “a utilização da cláusula geral da boa-fé mostrou-se particularmente frutífera na jurisprudência alemã do pós-guerra, por forma a permitir a construção ou o desenvolvimento, no direito obrigacional, dos casos de *exceptio doli*, da inalegabilidade de nulidades formais, de culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*), de abuso da posição jurídica, de modificação das posições contratuais por alteração superveniente das circunstâncias. Serviu ainda para evidenciar a complexidade do conteúdo da relação obrigacional e o seu intrínseco dinamismo. Os tribunais, muitas vezes em oposição à doutrina, apoiavam-se nas cláusulas tidas como “vagas”, conferindo-lhes sentido e aplicabilidade prática”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 292.

³²⁷ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 382.

³²⁸ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 412-413.

Entretanto, tratando-se da cláusula geral da boa-fé, cabe uma breve consideração da relação jurídica, a qual passa a ser considerada como um todo. Judith Martins-Costa, citando Larenz, assevera que o vínculo obrigacional engloba constante e progressivamente os elementos de todas as relações obrigacionais que se apresentam na prática jurídico-social, isto é, a relação obrigacional, em razão das influências que sofre no seu percurso, pode gerar outros direitos e deveres que não os diretamente resultantes do vínculo criado, podendo acarretar ônus jurídicos e deveres laterais, anexos e secundários ao dever principal, aos quais poderão corresponder novos deveres. Uma vez ocorridas essas vicissitudes e os efeitos jurídicos resultantes, faz-se possível completar o conceito para que se torne *concretamente geral*, para que possua uma “unidade do todo articulado que contém em si a diferença”, sendo unitário do ponto de vista estrutural e funcional, como também total com relação ao conteúdo. Constatando-se a totalidade concreta da relação obrigacional, passa-se a considerar a relação como um *vínculo dinâmico*, inaugurando um novo paradigma para o direito obrigacional, baseado na boa-fé objetiva.³²⁹

A boa-fé é considerada uma cláusula geral porque possibilita a consideração dos fatores metajurídicos e dos princípios jurídicos gerais para a solução dos casos. A boa-fé encontra no sistema a sua fundamentação e do próprio sistema retira o caráter juridicamente normativo de seu enunciado.³³⁰ A partir do momento em que os contratantes agirem de acordo com a boa-fé, proporcionarão o implemento dos valores que a sociedade elegeu como fundamentais, tais como a confiança e a transparência no negócio realizado.

Conseqüentemente, por meio das cláusulas gerais, tais como o princípio da boa-fé, renasce a possibilidade de julgamentos mais criativos, que proporcionem a verdade, bem como a consideração de novos valores, expectativas e intenções das partes. Considerando-se a boa-fé como uma cláusula geral, verifica-se que compete ao juiz definir a regra de conduta

³²⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 394. Referindo brevemente, a boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. A boa-fé objetiva, por sua vez, modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual, “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsuntivo. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 411.

³³⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 248. Nesse sentido, de acordo com Heloísa Mello “A boa-fé que delimita o exercício dos direitos constitui verdadeira “válvula” do sistema, por onde penetram elementos dele ausentes, inclusive metajurídicos, permitindo sua permanente adaptação à realidade social e econômica, em constante e veloz mutação, sem que se faça necessária qualquer mudança legislativa. A realização da justiça contratual depende, indubitavelmente, da capacidade do sistema de permanentemente se atualizar, pois jamais se poderia prever exaustivamente todas as condutas possíveis, tidas como indesejáveis”. MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 318.

com que as partes deveriam ter agido diante do fato concreto. Com base na confiança e na lealdade do princípio da boa-fé, o juiz deverá estabelecer a conduta das partes; após, há o confronto com a conduta efetivamente realizada.³³¹ Ao juiz cabe a tarefa de formar novas instituições para responder aos novos fatos, criando um direito específico para o caso, no qual seja permitida a influência das reais circunstâncias ou fatos do contrato, o que facilita o surgimento de um regramento específico para o negócio, que escapa, muitas vezes, do controle das partes.³³²

Para que ocorra a aplicação da cláusula da boa-fé, é necessário um sistema aberto, tanto interna quanto externamente, mas com um rígido controle do arbítrio que se dará por meio da fundamentação da decisão, bem como de sua conformidade com o ordenamento³³³. Com o sistema aberto possibilita-se a composição de valores opostos, alcançando-se uma solução que atenda os diversos interesses em questão. Segundo essa concepção, tanto a vontade quanto os efeitos externos dos negócios possibilitariam uma resposta aceitável ao problema proposto.³³⁴ Também, com relação à boa-fé, em especial à confiança, faz-se pertinente a colocação de Niklas Luhmann:

En una situación que es relativamente abierta y donde ambas as partes pueden operar elecciones selectivas que originan influencia mutua, es posible poner en movimiento un proceso que forme la confianza, atajando el problema de la reducción de complejidad sobre varios pasos discretos, es decir, secuencialmente.³³⁵

A partir do momento em que as partes se relacionam e que nessa relação ocorre um processo de influência mútua, naturalmente nasce a confiança, que atua como um mecanismo de redução da complexidade que existe naturalmente nas relações negociais, complexidade essa, resultante da indeterminação diante de uma nova situação, de um novo percurso a seguir.

³³¹ AGUIAR JUNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 248. Complementando, o autor refere: “Estabelecido este modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado. Se houver contrariedade, a conduta é ilícita porque violou a cláusula da boa-fé, assim como veio a ser integrada pela atividade judicial naquela hipótese. Somente depois dessa determinação, com o preenchimento do vazio normativo, será possível precisar o conteúdo e o limite dos direitos e deveres das partes. Esse método é indispensável para a aplicação da cláusula geral”.

³³² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

³³³ AGUIAR JUNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 249.

³³⁴ SILVA, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, op. cit., p. 43.

³³⁵ LUHMANN, *Confianza*,: Anthropos, 1996, p. 71.

Do exposto se verifica que o princípio da boa-fé sempre existiu nas relações humanas e jurídicas, em determinadas épocas de forma mais latente, saliente; em outras, encoberto por ideais contrários à sua orientação. Com a análise realizada, verificou-se que a função primária da boa-fé é orientar o sistema como um todo, possibilitando o alcance da justiça e da equidade; por isso a denominação de “cláusula geral”, pois a estas cabe orientar e direcionar o ordenamento jurídico, como também proporcionar mais segurança e estabilidade às relações jurídicas, haja vista a sua condição de norma jurídica com plena efetividade. A boa-fé passa a ser considerada uma premissa decisória que prioriza a justiça, a equidade, valorizando a confiança, a lealdade e a transparência.

Com relação à consideração da boa-fé como “premissa decisória”, salienta-se o fato de que por meio da “decisão” o direito torna-se capaz de produzir diferença e de (re)iniciar a sua própria autopoiesis. “É o próprio Direito que define suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica e das decisões judiciais. Tal é o início do movimento autopoietico do sistema jurídico que se descortina em sua auto-referencialidade”.³³⁶ O direito caracteriza-se como uma organização complexa e que apresenta como sentido decisões voltadas para o futuro, apesar da possibilidade de risco. Com essa realidade são possibilitados os meios que favorecem a (re)criação constante do direito; conseqüentemente, essas decisões apresentam caráter autopoietico e paradoxal. “Paradoxal porque só se deve decidir pela impossibilidade de não-decidir. Autopoietica porque, do resultado da recusa de não julgar, o Direito vai-se recriando, testando e se reutilizando das decisões anteriores”. A decisão jurídica caracteriza-se como uma seleção contingencial, que procura reconstruir o futuro com base no passado, buscando apreender o presente. Conseqüentemente, a decisão jurídica produz tempo; futuro, se produzir diferença, passado, quando se detiver na repetição.³³⁷ Sobre essa característica de produção da diferença a partir de decisões, Leonel Severo Rocha acentua:

³³⁶ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 68.

³³⁷ SCHWARTZ, op. cit., p. 146-147. O autor, citando Weber, salienta: “Na linha de Weber, decidir é ação social. Tomando-se como base tal pensamento, pode-se apontar que decidir no Direito é um processo reflexivo entre várias escolhas possíveis, com a finalidade da produção de diferença a partir da complexidade. Dita complexidade advém do fato de o Direito se legitimar por haver, na maioria das vezes, duas ou mais versões (expectativas) sobre o mesmo fato (daí o princípio do contraditório e da ampla defesa)”.

Ao se assinalar a repetição de diferenças, fica-se fora da produção da diferença, entra-se num grave processo de alienação e cria-se um tempo especial para o direito. Isto é, por exemplo, um processo pode demorar anos, para o jurista isso não é surpreendente, mas para a sociedade que deseja soluções mais rápidas isso é uma crise.³³⁸

Nesse sentido, complementando o exposto, Gunther Teubner refere a tese de Luhmann e Derrida sobre o processo decisório:

A rotina das decisões jurídicas e econômicas contém um componente de loucura, de irracional, de misterioso, do sacro, que não deve ser visto simplesmente como uma sobra desprezível num processo crescente de racionalização, mas como a verdadeira dinâmica condutora da própria decisão.³³⁹

Por intermédio das decisões, faz-se possível ao direito recriar-se, produzir diferenças e dirigir-se para o futuro em meio a um “tempo” complexo e contingente. E orientando-se pela boa-fé nestas decisões, faz-se possível considerar as expectativas das partes decidindo de acordo com a confiança depositada no negócio realizado. De fato, as decisões possibilitam a mudança necessária ao direito, já que este não é estático, encontrando-se, diante da sociedade atual, em constante desenvolvimento. Sobre isso acrescentam-se as lições de Niklas Luhmann:

[...] el derecho de la sociedad moderna *debe salir adelante sin un futuro cierto*. Los parámetros naturales, en tanto que se refieren a la sociedad, no pueden aceptarse como algo constante – aunque, por supuesto, podemos partir de que el sol seguirá brillando todavía por mucho tiempo; ni los valores pueden ser proyectados al futuro, en la medida en que proporcionan instrucciones para la decisión, esto es, en tanto que deben funcionar como reglas de colisión. Todo futuro se expone en el *mediun* de lo (más o menos) probable y de lo (más o menos) improbable. Esto significa, sin embargo, que las estimaciones relativas al futuro pueden divergir y que no existe tampoco una línea general en la forma de una “historia sagrada”, un “progreso” o de un “fin del mundo” a lo que uno pudiera atenerse.³⁴⁰

³³⁸ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 133.

³³⁹ TEUBNER, Gunther. Reflexão do direito. Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Economia da dádiva – positividade da justiça: “assombração” mútua entre sistema e *différance*. In: _____ *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 57.

³⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000, p. 470.

As decisões são tomadas numa sociedade complexa, devendo-se considerar as expectativas das partes e, portanto, pautando-se, no momento de decidir, pela confiança e pela boa-fé despertadas com o contrato. Considerando-se que o momento futuro para o qual se decide é incerto e invisível, exige-se dessa forma, que a decisão seja consciente, com base nos fatores da situação vivenciada.

A análise até aqui realizada direciona-se ao encontro do objetivo proposto com o presente trabalho, qual seja, a verificação da possibilidade de solucionar conflitos no instituto contratual por meio da cláusula geral da boa-fé perante a concepção sistêmica autopoietica do direito, pois permite um maior grau de flexibilidade, tanto permitindo a entrada de valores, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, como também para a função criativa do juiz, que escapa da simples subsunção do fato à lei. Também porque por meio da vagueza semântica e da imprecisão do seu conteúdo possibilita a mobilidade ao direito no enfrentamento aos novos desafios sociais. Torna-se possível, por meio das cláusulas gerais, em especial da boa-fé, a construção do direito relativo ao caso concreto. Em termos de teoria sistêmica autopoietica, faz-se possível a autoprodução das cláusulas contratuais para o negócio em questão.

Entretanto, para isso é necessário que se realize uma mudança na forma de compreender a relação obrigacional. Para que se consiga captar a totalidade dos vínculos criados por um contrato, na sua unidade e funcionalidade, faz-se necessário considerar “a totalidade que permite encontrar os deveres instrumentais através de quadros materiais, complexos, superadores da falsa simplicidade, considerados funcionalmente em direção a fins imersos na vida social”.³⁴¹

3.1.3 A cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos intersistêmicos

Para a análise deste tópico da pesquisa, utiliza-se como base a teoria dos sistemas autopoieticos do direito, de acordo com a concepção de Gunther Teubner, seguidor de Niklas Luhmann, para o que serão feitos como introdução breves apontamentos sobre o entendimento de Teubner acerca da teoria dos sistemas autopoieticos, passando-se, após, para as cláusulas gerais, objeto do presente estudo.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 454.

Com relação às cláusulas gerais, Teubner refere a “abertura” do sistema e tenta descobrir de que modo ocorrem as intervenções jurídicas indiretas e os seus respectivos problemas. A essa intervenção indireta relaciona três formas, que são: a observação sistêmica mútua, a articulação pelas interferências e a comunicação pela organização. No entanto, para compreendê-las faz-se necessário verificar como ocorre a regulação social através do direito reflexivo. De acordo com Teubner, o direito reflexivo acontece “se, e apenas se, o sistema jurídico se identifica a si mesmo como um sistema autopoietico num mundo de sistemas autopoieticos, e extrai dessa identificação conseqüências operacionais”.³⁴²

Para a concepção de sistema jurídico autopoietico, Teubner sugere uma perspectiva mais elaborada, acrescentando a noção de “hiperciclo”. De acordo com essa concepção, o sistema jurídico autonomiza-se na medida em que consiga constituir os seus elementos em ciclos auto-referenciais, atingindo o termo máximo de sua autonomia quando os componentes do sistema se articularem entre si, formando um hiperciclo.³⁴³ Em outras palavras, “a auto-referência de sistemas sociais presume uma dualidade imanente para que se crie um círculo, cujo rompimento permite a criação de estruturas”.³⁴⁴

Com relação à clausura autopoietica, Teubner salienta que implica a impossibilidade de se conceber o direito como produto da evolução social como um todo, ou de localizar qualquer dos mecanismos de evolução fora do sistema. De fato, modelos evolutivos que associam desenvolvimentos sociais e jurídicos só poderiam ocorrer quando referidos a estágios pré-autopoieticos do sistema jurídico. As mudanças ocorridas no sistema jurídico derivam de mudanças nas estruturas sociais como um todo e, em particular, nas estruturas normativas por estas geradas. As normas sociais determinam as possibilidades das normas jurídicas, cuja retenção resulta de idéias partilhadas e discutidas na sociedade. Pela autopoiese, os mecanismos intra-sistêmicos absorvem e assumem as funções evolutivas, que podem ser estimuladas, não causadas do exterior, seguindo assim sucessivamente. Dessa forma, os processos extrajurídicos somente podem ter efeito “modelador” na variedade que se produz no direito. Os conflitos sociais operam como estimulantes dos processos sistêmicos internos de formulação de expectativas, inovando, assim, o direito. Como decorrência, as variações sofridas pelo direito, responsáveis pela sua evolução, derivam da comunicação interna do sistema jurídico. A seleção jurídica também ocorre dentro do sistema. A

³⁴² TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 138-139.

³⁴³ TEUBNER, op. cit., p. 58.

³⁴⁴ TEUBNER, Gunther. *Reflexão do direito*. Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Economia da dádiva – positividade da justiça: “assombração” mútua entre sistema e *différance*. In: _____. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Univel, 2005, p. 66.

determinante da evolução passa a ser a aprovação sistêmica interna, que se realiza autopoieticamente. A seleção dá-se por meio de processos jurídicos internos, e os critérios da seleção referem-se à adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes, bem como a sua compatibilidade com a autopoiesis jurídica. Com relação às expectativas, somente serão aceitas aquelas que foram selecionadas por atos jurídicos cujos pressupostos sejam definidos pelo próprio sistema. A estabilidade das estruturas é assegurada por mecanismos gerados dentro do sistema, que assim retém as normas jurídicas.³⁴⁵

Outrossim, de acordo com Teubner, não se deve excluir o meio envolvente da evolução. As relações entre o sistema e o meio envolvente dão-se sob a forma de processos de co-evolução dos sistemas, que produzem influência recíproca indireta. O centro de gravidade da co-evolução é o processo jurídico individual, no qual as expectativas dos vários subsistemas coincidem, complementam-se e conflituam entre si; é no contexto de interação que se negociam as expectativas que serão impostas, determinando-se as várias estruturas subsistêmicas. Com relação ao processo de retenção, verifica-se que opera pela aferição da compatibilidade da expectativa eleita com as várias culturas, multividências e dogmáticas, o que pode representar uma influência recíproca entre os vários subsistemas. No entanto, na co-evolução muitas vezes surgem problemas de conciliação entre os subsistemas, o que ocorre nos processos de interação, quando as exigências funcionais desses sistemas entram em conflito. Quando isso ocorre, surgem mecanismos de regulação, que se destinam a mediar a interação entre os sistemas e a renovar o processo de co-evolução. Essa regulação se dá por meio do direito reflexivo,³⁴⁶ sobre o qual Leonel Severo Rocha salienta:

A Sociedade Mundial fecha-se operacionalmente numa auto-reprodução de sua comunicação, diferenciando-se do seu entorno. Esse fechamento é condicionado e condicionante da própria abertura do sistema, que atua sensitiva ou cognitivamente às irritações provocadas pelo seu ambiente. Os subsistemas sociais constituem-se, por sua vez, em autonomizações internas, ambiente (sociais) no próprio sistema (social geral). As comunicações ocorridas no sistema social, à medida que adquirem um alto grau de perficiência e complexidade, autonomizam-se, formando sistemas sociais funcionalmente diferenciados dotados de um alógica e racionalidade específica. Tais sistemas operam de forma enclausurada, segundo sua comunicação e racionalidade específica, e abrem-se sensitivamente ao seu ambiente (demais sistemas sociais).³⁴⁷

³⁴⁵ TEUBNER, O direito como sistema autopoietico, p. 115-119.

³⁴⁶ TEUBNER, op. cit., p. 122-125.

³⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade jurídica e estado ambiental. In: *Constituição sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. SANTOS; STRECK; ROCHA (Org.). p. 134.

A regulação social ocorre por meio de dois mecanismos, a informação e a interferência, que asseguram a mediação entre a clausura operativa e a abertura ao meio envolvente. De um lado, gerando informação interna a partir do seu próprio sistema, o direito produz uma realidade jurídica autônoma, que orienta as suas operações sem contato com o meio envolvente; de outro, o direito liga-se ao meio envolvente por mecanismos de interferência intersistêmica.³⁴⁸

A observação intersistêmica, por sua vez, é um processo que ocorre dentro do próprio sistema, não permitindo o acesso da realidade ao sistema, nem do sistema à realidade. De fato, representa o fato de um sistema introduzir distinções nas operações internas que realiza e, ao mesmo tempo, retirando indicações destas.³⁴⁹ No entanto, a esses circuitos fechados de auto-observação, Teubner sugere a interferência de sistemas autopoieticos homogêneos, resultantes de um processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente, que possibilita o contato direto recíproco entre os diferentes sistemas sociais, indo além da observação. Outrossim, o mecanismo de interferência atua como uma ponte entre os subsistemas sociais, que, além de ultrapassar a auto-observação, articulam-se num mesmo evento comunicativo, isso em virtude de três motivos: todos utilizam como matéria-prima o “sentido”, todos se desenvolvem tendo como base a comunicação e porque todas as formas de comunicação especializada entre os subsistemas constituem comunicações sociais gerais.³⁵⁰

Com relação ao contrato, refere que se utiliza da interferência intersistêmica, sendo que nesses institutos coincidem três ações, a jurídica, a econômica e a social.³⁵¹ No entanto, com relação à comunicação pela organização, refere que os principais subsistemas sociais (política, direito, economia e ciência), não apresentam a capacidade de ação coletiva, sendo que para assegurar essa capacidade, necessitam de organizações operacionais capazes de agir. Essas organizações formais (atores coletivos) comunicam-se através das fronteiras dos subsistemas funcionais se existir um sistema de comunicações intersistêmicas. Essa estrutura multiplica as relações de observação operativamente fechadas. Aqui, o conjunto também é suportado por mecanismos de interferência intersistêmica.³⁵²

³⁴⁸ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 130.

³⁴⁹ TEUBNER, op. cit., p. 157.

³⁵⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 172-173.

³⁵¹ TEUBNER, op. cit., p. 184. De acordo com o autor, “um contrato é sempre e simultaneamente uma comunicação do tipo econômico, pois constitui um acto de pagamento que, enquanto obrigação, renuncia outros actos de pagamento; de tipo jurídico, pois não apenas altera uma situação jurídica como origina novas normas jurídicas; e permanece ainda uma comunicação geral de carácter social”.

³⁵² TEUBNER, op. cit., p. 191-192.

Outrossim, “informação e interferência são os dois mecanismos que asseguram a abertura de sistemas sociais autopoieticamente fechados”. De um lado, o direito produz o seu modelo interno do mundo externo; de outro, as interferências externas que ocorrem entre o direito e a envolvente social são responsáveis pela “articulação estrutural” entre eles. Por meio desses mecanismos torna-se possível a regulação social pelo direito. O direito torna-se reflexivo e aumenta a sua eficácia regulatória, no sentido de que orienta suas normas e processos em função dessa situação social.³⁵³

Também Teubner destaca o surgimento de um novo elemento na teoria dos sistemas recursivos, denominados de “atratores”. Teubner, citando Krohn & Krüppers, esclarece que, “na linguagem da teoria de sistemas dinâmicos, as diferentes possibilidades de solução são chamadas de atratores. Diferentes condições iniciais colocam o sistema na zona de entrada de diversos atratores, para os quais o desenvolvimento está sendo direcionado”. Com essa constatação, surgem novas possibilidades para o direcionamento através do direito. Ocorre que, a partir do momento em que sistemas recursivos e auto-organizados realizam valores próprios, em vista das perturbações externas, ao direito faz-se possível tentar, por meio da produção normativa geral ou de atos jurídicos especiais, gerar perturbações de forma orientada, irritando os sistemas recursivos, fazendo com que mudem de um estado atrator a outro que esteja de acordo com o objetivo legal. No entanto, essa ação ocasiona riscos, pois nada garante que a direção conduza ao atrator desejado.³⁵⁴

Com relação à utilização das cláusulas gerais para a intermediação nos conflitos, Teubner salienta o fenômeno da indeterminação do direito. A indeterminação encontra-se associada aos conflitos entre sistemas sociais autônomos, aos quais a doutrina pode reagir utilizando-se de um “novo direito de conflitos intersistêmicos”, que o autor denomina de “cláusulas gerais”.³⁵⁵ A nova indeterminação surge quando determinadas esferas de comunicação, tais como política, direito, economia, educação, atuando sobre a base de uma comunicação social geral, tornam-se independentes do sistema autopoietico de primeiro grau. Está-se, pois, diante de um problema de autopoiesis de segundo grau.³⁵⁶ As esferas comunicativas constituem os seus próprios componentes, que diferem da comunicação geral. O efeito desta clausura hipercíclica resulta na adaptação dos sistemas nas relações com o meio envolvente. No entanto, o aspecto perturbador desta harmonia verificada nas inter-relações

³⁵³ TEUBNER, op. cit., p. 195.

³⁵⁴ TEUBNER, Gunther. Reflexão do direito. Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Direito regulatório: crônica de uma morte anunciada. In: _____ *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 37-38.

³⁵⁵ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 202.

³⁵⁶ TEUBNER, op. cit., p. 205.

das esferas sociais encontra-se nos conflitos entre informação e interferência. Os subsistemas, por sua vez, interferem uns nos outros, tanto quando uma comunicação participa simultaneamente em vários circuitos autopoieticos, como quando uma pessoa atua em contextos sistêmicos diferentes. Também cabe relacionar um terceiro tipo de interferência, relacionado ao “entrecruzamento” entre o subsistema funcional e a sociedade.³⁵⁷ As conseqüências das interferências resultam em conflitos entre informação e interferência, trata-se de um conflito entre o modo como o meio envolvente é construído no interior do sistema e as operações que têm lugar nos sistemas envolventes, o qual é autopoieticamente fechado. Por causa desse fechamento, “as operações reais dos sistemas envolventes não são acessíveis ao sistema considerado”. Como solução, pressupõe-se a separação entre o código e o programa sistêmico, isto é, deixar intacto o código do próprio sistema, adaptando o seu programa às autodescrições dos demais sistemas, enquanto houver compatibilidade com o código. A conseqüência é a indeterminação do programa sistêmico, pois deve, simultaneamente, adaptar as exigências da envolvente social, bem como se manter compatível com o código sistêmico.³⁵⁸

Outrossim, não é tarefa fácil identificar as unidades conflitantes nas quais a colisão deve ser regulada, isto mesmo partindo-se de uma teoria autopoietica. Para resolver este problema, Teubner sugere a diferenciação entre as seguintes áreas de conflitos: conflitos entre subsistemas sociais, conflitos entre o direito estadual e os quase-diretos dos vários campos sociais semi-autônomos e conflitos entre as várias subordens no interior do próprio direito estadual. Entre essas áreas, o autor salienta que o direito deve ocupar-se, de imediato, dos conflitos existentes entre os diferentes subsistemas sociais autopoieticos, quer se trate de subsistemas funcionais, tais como a política, a economia, a família, a religião, cultura, ciência, quer de organizações formais ou de interações especializadas.³⁵⁹ No entanto, de acordo com Leonel Severo Rocha:

A sociedade diferenciada funcionalmente possui uma autonomia que dificulta qualquer planejamento. Os efeitos colaterais de decisões juridicamente corretas, por exemplo, podem ser socialmente desastrosos. E sequer é possível uma decisão jurídica capaz de observar toda a realidade policontextual da sociedade contemporânea.³⁶⁰

³⁵⁷ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 206-207.

³⁵⁸ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 208-209.

³⁵⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 218-219.

³⁶⁰ ROCHA, CARVALHO, Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: *Constituição sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. SANTOS; STRECK; ROCHA, (Org.) et al.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 133.

Entretanto, tentando solucionar os conflitos, verifica-se que as tentativas de instaurar uma unidade conceptual e axiológica por meio da dogmática ou da doutrina não alcançam sucesso. Também a especialização que enfatiza a existência de princípios específicos para cada área jurídica não alcança o sucesso. O isolacionismo jurídico não previne o surgimento dos conflitos intersistêmicos. De fato, as soluções são construídas de modo contingente, com relação às contradições dos casos particulares, não havendo, dessa forma, possibilidade de se construir uma teoria geral dos conflitos.³⁶¹

Diante do exposto, em que se constatou a existência de um direito funcional de conflitos, surge a necessidade de mecanismos internos para solucioná-los, que alcancem as três áreas de conflitos antes referidos: os subsistemas sociais, as ordens quase-jurídicas de esferas sociais semi-autônomas e os vários setores internos do sistema jurídico. Gunther Teubner sugere as “cláusulas gerais do direito privado”, em virtude do seu elevado grau de indeterminação e abertura, tornando-as apropriadas para o tratamento dos conflitos existentes entre as esferas sociais autônomas.³⁶²

O conceito de materialização do direito privado deve ser utilizado para designar os esforços feitos para enfrentar os problemas resultantes do alto grau de diferenciação social, como processo de harmonização e coordenação das exigências sociais contraditórias que se manifestam no centro da relação contratual. A materialização, portanto, “significa assegurar a dependência de estruturas de expectativas contratuais de mecanismos regulatórios não-consensuais extremamente variados, incluindo mecanismos intervencionístico-estaduais, e a respectiva coordenação no seio do próprio contrato”.³⁶³

No entanto, para compreender esse sentido da materialização, faz-se necessário reformular a relação contratual no seu todo, definindo-a como um sistema autopoietico num universo de sistemas autopoieticos. Essa nova definição substitui a visão tradicional do contrato, baseada no acordo de vontades, por uma nova visão do contrato, que o considera como uma relação social juridificada.³⁶⁴

Diante disso, Teubner destaca várias concepções contratuais que o reinterpretem “à luz da idéia de sistema”, isto é, um todo que se constitui pelos seus elementos e relações. Acrescenta que o contrato relacional direciona-se no mesmo sentido, pois realça a interação e a cooperação entre as partes, a emergência de valores e necessidades específicas, a processualização das relações contratuais, a incidência do direito contratual formal na *práxis*

³⁶¹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 228-229.

³⁶² TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 230.

³⁶³ TEUBNER, op. cit., p. 231.

³⁶⁴ TEUBNER, op. cit., p. 232.

negocial e a ambivalência da “juridificação” do contrato originada na seqüência de numerosas intervenções estatais. Isso implica “uma análise microscópica das expectativas particulares e percepções de reciprocidade das partes contratantes e uma avaliação macroscópica das mutações dos nossos níveis de expectativas no moderno estado social”.³⁶⁵ Essas idéias resultaram num conceito de contrato como sistema social aberto ao meio envolvente, que, além de exprimir o consenso entre as partes, também é portador de problemas funcionais próprios que devem ser resolvidos em interação com o respectivo meio sem violar as suas próprias fronteiras. A relação contratual passa a ser definida como um conjunto de ações que dependem do consenso e, também, simultaneamente, das exigências próprias das diferentes esferas sociais. Essa dupla dependência prefigura a problemática conflitual, na qual a relação contratual é colocada sob exigências estruturais contraditórias”.³⁶⁶

Esse modelo, entretanto, mantém-se aprisionado na teoria dos sistemas abertos, como uma espécie de “teoria da contingência do contrato”, no contexto da qual as estruturas contratuais aparecem como variáveis dependentes da envolvente sistêmica. Dessa forma, Teubner sugere uma reformulação, ou melhor, uma radicalização autopoietica dessa problemática, que poderia modificar este modelo numa direção construtivista, fornecendo níveis adicionais de observação. Nessa concepção, a relação contratual apareceria como um sistema de interação auto-reprodutivo entre as partes contratantes, cujas estruturas seriam construídas justamente graças à relação conflitual com um meio envolvente autodefinido (ou seja, um meio envolvente construído comunicativamente entre as partes contratantes).³⁶⁷

Considerando-se que os impulsos regulatórios externos não conseguem influenciar o quadro contratual, visto que se manifestam antes por meio dos conflitos existentes entre informação (interna) e a interferência (externa), geram como conseqüência a indeterminação. Como recurso para solucionar o problema da indeterminação, Teubner sugere a cláusula da “boa-fé”, que agiria na reconstrução e no balanceamento das exigências externas no seio contratual. Os elementos não consensuais do contrato constituem a reconstrução interna das diversas exigências do meio envolvente social no contrato concreto, as quais surgem como estruturas de expectativas do sistema contratual nos seguintes níveis: interação, institucional e nível societário.³⁶⁸

³⁶⁵ TEUBNER, op. cit., p. 232-233.

³⁶⁶ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 234.

³⁶⁷ TEUBNER, op. cit., p. 235.

³⁶⁸ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 235-236. Com relação aos níveis, o autor salienta que o nível de interação refere-se às relações pessoais entre as partes contratantes; o nível institucional refere-se ao mercado e à organização além do contrato individual; o nível societário, por sua vez, refere-se à inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como política, economia e direito”.

Dessa forma, “a cláusula geral pode ser vista como uma regra de conflitos, como quadro de referência quer para a resolução de conflitos ou colisões em qualquer desses três níveis de formação sistêmica, quer para a respectiva sincronização jurídica”. Diante disso, o debate referente às cláusulas gerais “materializadas” direciona-se à questão da *harmonização* de exigências sociais contraditórias da relação contratual concreta, podendo se falar de uma “socialização” do direito pelas cláusulas gerais, bem como da intrusão da “factualidade social” no direito dos contratos. A função “concretizadora” das cláusulas gerais consiste em “reduzir o caráter indefinido dessa socialização, transformando a sua natureza casuística em algo de mais sistemático”.³⁶⁹

Realizando-se a distinção entre os três níveis e entre as exigências próprias no contexto contratual, faz-se possível reformular o problema da indeterminação jurídica. Identificando-se os níveis em que operam os “elementos não-consensuais do contrato”, abrem-se as perspectivas para a elaboração dos critérios de seleção entre as diferentes alternativas de indeterminação, que variam de acordo com o nível respectivo. De acordo com um ponto de vista substantivo, o nível de abstração da integração das expectativas variará de acordo com a interação entre as partes, suscitando expectativas de condutas contratuais que sofrem a influência externa do mercado ou organização sobre o contrato, ou com a incorporação no contrato individual de tarefas regulatórias sociais ou políticas. Outrossim, considerando-se um ponto de vista temporal verifica-se a necessidade de uma determinação mais precisa do grau de consolidação normativa ou da flexibilidade cognitiva das expectativas de conduta que se afiguram mais apropriadas para cada nível particular. De acordo com um ponto de vista social, significa que é necessário questionar sobre qual o grau de institucionalização pressuposto para cada nível, decidindo-se em cada caso ora pela referência a mecanismos sociais auto-regulatórios, ora, em caso de falha desses mecanismos, pela necessidade de reformulação jurídica compensatória das expectativas de conduta. Como consequência, constata-se que, no nível de interação, em se tratando de expectativas de condutas informais, falhando a interação, caberá ao juiz a definição dos fins contratuais e dos deveres de conduta “objetivos”. No nível institucional, quando ocorrer a “falha de mercado”, os usos e costumes do comércio passam a ser substituídos pelo direito jurisprudencial das relações econômico-comerciais, de deveres de informação e de padrões profissionais. No nível societário, cabe às cláusulas gerais encontrar numa “política da lei” a sua referência,

³⁶⁹ TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 237.

cabendo ao juiz, quando ocorrerem falhas dos mecanismos políticos, decidir sobre a definição concreta da política jurídica”.³⁷⁰

Retornando aos três níveis salientados anteriormente, verifica-se que, em nível de interação, está-se perante um conflito entre o acordo contratual e a moral da interação. De fato, as normas contratuais formalizadas no acordo negocial precisam de complementação de expectativas informais, cuja origem não se encontra nas declarações de vontade nem são derivadas de uma interpretação *ex lege* das normas jurídico-estaduais que determinam o contrato. A coordenação recíproca das condutas e a estabilização no tempo propiciam o surgimento e o desenvolvimento das normas informais de conduta, que possuem a função de conformar a conduta das partes de modo algum inferior aos acordos realizados. No nível institucional o conflito se dá entre o contrato e as instituições sociais, como o mercado e a organização. Os contratos encontram-se integrados num contexto institucional mais amplo, originando restrições que o direito contratual deve considerar. Nesse sentido, surge a cláusula geral assumindo a função de regra de conflitos para as relações externas do contrato, ora impondo obrigações contratuais adicionais, ora limitando os direitos contratuais e assegurando, dessa forma, a adaptação das obrigações contratuais nas estruturas adicionais. Constata-se que a redução da indeterminação ocorre nas dimensões fatural, temporal e social.³⁷¹

Com relação à dimensão social, ocorre a substituição dos padrões sociais de moralidade do tráfico econômico pela formulação de diretivas judiciais, isto é, no momento em que houver uma falha de mercado, as normas complementadoras desse mercado serão substituídas por medidas compensatórias, passando os pressupostos consensuais a serem determinados pelas instâncias jurisdicionais. Isso modifica o nível de generalização na dimensão fatural ou objetiva. No lugar das normas universais encontra-se agora, expectativas funcionais particulares, para cuja consecução são utilizados novos conceitos dogmáticos, tais como fim contratual, função e organização, que possuem a função de regular a definição substantiva dos pressupostos de conduta. Tratando-se da dimensão temporal, a cláusula geral torna-se mais flexível, assumindo um estilo cognitivo, isto é, as exigências funcionais definem-se de forma a se adaptarem a cada situação, podendo, inclusive, ocorrer a sua estabilização contra o consenso das partes. Por fim, tratando-se do nível societário, constata-

³⁷⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 237-239.

³⁷¹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 239.

se um conflito entre o contrato e o seu meio envolvente social, isto é, subsistemas sociais funcionais (política, economia, família, cultura e religião).³⁷²

Verifica-se que, quando a diferenciação funcional aumenta, também aumenta a autonomia desses subsistemas sociais e a interdependência. Na medida em que se intensificam as fricções, as contradições e os conflitos, intensificam-se também as regulações sistêmicas próprias. Os contratos agem como estabilizadores dessa interdependência. No entanto, muitas vezes, além da estabilização corriqueira, faz-se necessária a introdução de mecanismos de mediação capazes de resolver os conflitos surgidos entre os contratos e a envolvente social. Nesse sentido, constata-se que a primazia ilimitada do consenso individual não pode determinar a ordem contratual, mesmo que se trate de questões relativas à consciência individual, às proibições religiosas, às regulações políticas ou de controle econômico. Conseqüentemente, as cláusulas gerais, em virtude do seu alto grau de indeterminação, tornam-se particularmente adequadas para conciliar as envolventes sociais instáveis, possuidoras de exigências constantemente mutáveis e discrepantes.³⁷³ Nesse sentido, fazendo-se um paralelo com a cláusula geral da boa-fé, e sua variante da confiança, registra-se o pensamento de Niklas Luhmann:

[...] la confianza reduce la complejidad social yendo más allá de la información disponible y generalizando las expectativas de conducta en que remplaza la información que falta con una seguridad internamente garantizada. De este modo, es dependiente de otros mecanismos de reducción desarrollados paralelamente con ésta, por ejemplo los de la ley, de la organización y, por supuesto, los del lenguaje, sin embargo, no puede reducirse a ellos. La confianza no es la única razón del mundo; pero una concepción muy compleja y estructurada del mundo no podrá establecerse sin una sociedad definitivamente compleja, que a la vez no podría establecerse sin la confianza.³⁷⁴

Com base nessa assertiva, que encerra o ponto referente à cláusula geral da boa-fé como meio de solução de conflitos intersistêmicos, faz-se a introdução do tópico seguinte, conclusivo do trabalho até aqui exposto.

³⁷² TEUBNER, op. cit., p. 241.

³⁷³ TEUBNER, *O direito como sistema autopoiético*, p. 241.

³⁷⁴ LUHMANN, *Confianza*, p. 164.

3.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PERANTE A CONCEPÇÃO SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA DO DIREITO

Conforme verificado no transcorrer do trabalho, a sociedade atual caracteriza-se pela complexidade, pelas profundas mudanças sociais, pela troca de paradigmas nas diversas áreas de conhecimento, pela transposição do sentido individual para o coletivo. Dessas características sociais resultaram características aos contratos, imprimindo-lhes uma moldura socializada, bem como a inquietação por uma concepção contratual adaptada às atuais necessidades sociais, de cunho complexo e contingente.

A partir dessa realidade que dificulta as operações contratuais, Leonel Severo Rocha e Jeferson Dutra salientam que por meio dos sistemas de comunicação faz-se possível introduzir mecanismos de redundância com a finalidade de simplificar e facilitar a compreensão para a contratação: as cláusulas gerais. De acordo com os autores, as cláusulas gerais atuam material, temporal e socialmente, reduzindo a complexidade pela introdução de uma complexidade organizada no sistema jurídico. A boa-fé, bem como a função social e o equilíbrio econômico transformam-se em mecanismos reflexivos do próprio sistema jurídico, permitindo o desdobramento auto-reflexivo, o que permite a satisfação das necessidades de plasticidade e estabilidade das estruturas diante de um contexto complexo.³⁷⁵

De acordo com os autores, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual permitem a auto-referência e a reflexividade do sistema jurídico. No entanto, a auto-referência não representa apenas uma redundância, pois significa uma busca constante de novas possibilidades a partir do que se tem. Com isso podem-se alcançar mais segurança e coerência no direito, permitindo sua evolução e adaptação; adquirem-se novos direitos, mantendo-se os já existentes.³⁷⁶

No instituto contratual, por meio das cláusulas gerais, especificamente da boa-fé objetiva, facilita-se a contratação, reduzindo-se a complexidade pela introdução de uma complexidade organizada no sistema jurídico, o que resulta no aumento de possibilidades disponíveis para a seleção. A boa-fé, atuando como um mecanismo reflexivo do próprio

³⁷⁵ ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. In: Anuário do programa de pós-graduação em Direito: mestrado e doutorado. ROCHA; STRECK (Org.) São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 304.

³⁷⁶ ROCHA; DUTRA, op. cit., 307.

sistema jurídico, permite-lhe o desdobramento auto-reflexivo, que facilita a satisfação das necessidades num contexto altamente complexo.

Com a introdução da cláusula geral da boa-fé objetiva nas relações contratuais agindo com indeterminação, vagueza semântica e abertura, permite-se tratar da complexidade aumentando as possibilidades, pois, quando age como um mecanismo reflexivo, permite o desdobramento auto-reflexivo, possibilitando a reprodução do direito, das cláusulas contratuais, de forma a adaptá-las ao caso, o que justifica o enquadramento do contrato na teoria sistêmica autopoietica. Nesse sentido, utiliza-se como exemplo de aplicação da cláusula geral da boa-fé nos contratos os “contratos cativos de longa duração” ou “contratos relacionais”, que Cláudia Lima Marques define como uma série de novos contratos que se utilizam dos métodos de contratação de massa, fornecendo serviços especiais ao mercado, o que origina relações jurídicas complexas de longa duração, utilizando diversos fornecedores e colocando o cliente numa posição de dependência.³⁷⁷

A autora, entre outros que serão a seguir relacionados, quando salienta as noções sobre os contratos relacionais, refere as lições de Ian McNeil, para quem os contratos cativos de longa duração receberam a denominação de “contratos relacionais”, os quais priorizam os elementos sociológicos que condicionam o nascimento e a estabilidade destes contratos. Ocorre que, pela análise das relações não contratuais, que se baseiam em relações de troca, de confiança, de solidariedade e de cooperação, desenvolveu-se a noção de um contrato “aberto”, contínuo e duradouro, sendo plenamente modificável pelos usos e costumes, bem como pelas necessidades atuais das partes.³⁷⁸ Especificamente com relação à confiança, elemento essencial no desenvolvimento dos contratos de longa duração, Niklas Luhmann salienta:

³⁷⁷ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 79. De acordo com a autora, “a posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família *status*, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’ ou mesmo ‘saúde’ no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro”.

³⁷⁸ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2004, p. 82.

La comunicación de interés en la exposición de la confianza, la presentación del sí mismo como confiable, la aceptación y el intercambio de la confianza son todos esfuerzos para intensificar y generalizar las relaciones sociales que resultan ser, al menos en las relaciones a largo plazo, tanto la oportunidad como la restricción. De este modo, se forma el elemento de control social en las relaciones de confianza. La confianza se acumula como una especie de capital que ofrece más oportunidades para una acción más extensa, pero que debe usarse y dirigirse continuamente y que obliga al que la utiliza a una autopresentación confiable de la que solamente puede escapar con gran dificultad.³⁷⁹

Quem atua com confiança possui maiores oportunidades, mas deve se conduzir continuamente com base na confiança, tanto em suas ações como em seu sentimento; assim, estará possibilitando o aumento de oportunidades. No caso da cláusula geral da boa-fé, baseando-se na confiança das partes no contrato firmado torna-se possível alcançar novas formas de solução dos conflitos, pela autoprodução do direito relativo ao caso, que, prioritariamente, atenda às necessidades das partes.

Gunther Teubner, referindo Ian McNeil, salienta sobre os contratos relacionais:

Em contraste com o modelo simplista do consenso negocial, o modelo relacional sublinha a “interação e cooperação entre os participantes, a emergência de valores e necessidades específicas, a processualização das relações contratuais, a incidência marginal do direito contratual formal na *práxis* negocial, e a ambivalência da ‘juridificação’ do contrato originada na seqüência de numerosas intervenções estatais”. Köndgen descreveu este pensamento relacional do direito dos contratos como um “afastamento do dogma da validade última quase codificada do consenso contratual”, o que implica “uma análise ‘microscópica’ das expectativas particulares e percepções de reciprocidade das partes contratantes e uma avaliação ‘macroscópica’ das mutações dos nossos níveis de expectativas no moderno estado social”.³⁸⁰

O modelo relacional afasta-se da idéia do contrato como criação da vontade única das partes envolvidas na relação jurídica. Essas novas idéias denotam a flexibilidade existente entre a relação obrigacional e a realidade social, o que acabou resultando num conceito de contrato como sistema social aberto ao meio envolvente, isto é, um contrato, uma relação contratual, que, além do consenso entre as partes, também apresenta problemas funcionais que devem ser resolvidos através de uma relação com o meio. No entanto, essa dupla dependência coloca a relação contratual diante de um conflito de exigências estruturais contraditórias. No entanto, segundo Teubner, este modelo encontra-se dentro da moldura da teoria dos sistemas

³⁷⁹ LUHMANN, *Confianza*, p. 111.

³⁸⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 233.

abertos, teoria da contingência do contrato, na qual as estruturas contratuais aparecem como variáveis que dependem da envolvente sistêmica. Diante desse fato, o autor sugere uma reformulação, uma “radicalização autopoietica”, por meio da qual se poderia dar uma direção construtivista a essa situação, fornecendo níveis adicionais de observação. A partir disso, a relação contratual apareceria como um sistema de interação auto-reprodutivo entre as partes, sendo as estruturas formadas através da relação conflitual com o meio envolvente autodefinido. De acordo com o autor, essa situação representa uma versão sistêmico-subjetiva da teoria da contingência de Deggau, na qual impulsos externos não influenciam diretamente o contrato, mas manifestam-se pelo conflito antes descrito, resultando na indeterminação. Como solução, aplica-se a boa-fé com o objetivo de diminuir a indeterminação, pela reconstrução e balanceamento das exigências externas na relação contratual.³⁸¹

Por meio da boa-fé e da confiança, faz-se possível diminuir a indeterminação e a contingência, possibilitando a solução dos conflitos contratuais e a satisfação das expectativas das partes contratantes.

No entanto, Teubner, no artigo denominado “Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de *private governance*”,³⁸² formulou uma nova concepção para a teoria dos contratos relacionais, considerando a intertextualidade, isto é, a relação não entre pessoas, mas entre textos, em vista da pluralidade de discursos que dominam a sociedade pós-moderna. O autor inicia sua análise referindo as radicais transformações sociais ocorridas em vista do processo crescente de globalização. A partir disso, surge a questão referente à possibilidade de “reconstrução do direito privado”, o que traz à tona o fato de que a obrigação deixou de existir entre dois contratantes, situando-se entre dois textos. Diante disso, o autor refere que o direito contratual deveria ser reconstruído nos moldes do “contrato relacional”, não baseando-se somente na cooperação, na simpatia, hoje predominantes, também através de uma relação fria e impessoal de intertextualidade.

O contrato deveria se tornar um espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos. A sociedade mundial, atualmente, encontra-se fragmentada em vários discursos fechados, em diferentes linguagens. A essa realidade, chama-se policontextualidade,³⁸³ sendo

³⁸¹ TEUBNER, op. cit., p. 234-236.

³⁸² TEUBNER, Gunther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de *private governance*. In: _____. Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 270-297.

³⁸³ TEUBNER, op. cit., p. 289. Com relação à policontextualidade, o autor salienta que a transformação do direito privado deveria se dar tendo em vista a policontextualidade. O direito privado opera num acoplamento estrutural com o sistema econômico, intermediado pela propriedade e pelo contrato, dessa forma, se reduz a um acoplamento monocontextual. O direito privado acaba recebendo as informações sobre a sociedade através do cálculo custo-benefício do discurso econômico, para após proceder à solução do conflito. A partir dessa constatação se verifica a necessidade de o direito privado manter contato com outros subsistemas sociais que

o novo desafio do direito a sua reconstrução em vista dessa nova realidade. A sociedade global é formada por vários contratos. O contrato aparece como uma relação entre vários discursos, e é intertextualidade.³⁸⁴ Leonel Severo Rocha apresenta a característica policontextural do direito referindo:

Por policontextualidade, entende-se a proposta de uma metáfora dotada de um valor heurístico para a observação de vários sistemas (política, economia, Direito) que atuam segundo racionalidades específicas, e, sobretudo, levam a produção de ressonância nos demais sistemas (economia, por exemplo) através da utilização de instrumentos jurídicos, num processo social co-evolutivo.³⁸⁵

A perspectiva relacional introduz a dimensão temporal, na qual ocorre a mudança de expectativas, a institucionalização por meio da qual as obrigações formais de trocas se tornam materiais, e a geração normativa estende-se além da celebração do contrato, ocasionada pela interação e pela cooperação. O contrato relacional inclui a adaptação informal recíproca, novas interpretações em vista de novas ocorrências, como também uma moral interativa.³⁸⁶

Com base nessa breve introdução, constata-se que um novo conceito de contrato relacional deve revelar as diferentes lógicas que se encontram em contradição na sociedade. Quando se utiliza o termo “relacional”, deve-se pensar tanto em adequar o contrato às exigências de cooperação, adaptação e boa-fé (já descrita na análise deste tópico), como às exigências que se contradizem, oriundas de vários âmbitos de atuação, como uma relação de conflitos entre discursos, jogos lingüísticos, sistemas, textualidades e projetos colidentes. A

seguem critérios racionais. Como exemplo o autor cita o uso pelo direito contratual das “cláusulas gerais dos bons costumes” para declarar inválido um contrato que economicamente faz sentido, usando como fundamento critérios não econômicos, ou utilizando-se da “boa-fé” acaba compensando os critérios econômicos com outros critérios da sociedade. P. 293, Também segundo o autor, objetiva-se transformar o direito privado em si, em um novo direito constitucional, isto é, a constituição social dos “private governance regime” que agem politicamente. Se os sistemas de regulamentação privada produzem direitos que normatizam e regulamentam, submetendo à sua jurisdição grandes áreas de atividade social, faz-se necessário uma constituição para esses regimes privados. Um direito privado alterado poderia assumir o papel de uma constituição social que proteja as autonomias do direito civil. Com isso, buscam-se instituições jurídicas e políticas impostas externamente contra as tendências autodestrutivas de sistemas sociais em expansão.

³⁸⁴ TEUBNER, op. cit., p. 271-277.

³⁸⁵ ROCHA, CARVALHO, Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: SANTOS; STRECK; ROCHA (Org.) et al. p. 143.

³⁸⁶ TEUBNER, *Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance*. In: Direito, sistema e policontextualidade, p. 280.

intersubjetividade do contrato, representada por duas ou mais pessoas, está sendo ultrapassada por relações mais complexas de intertextualidades.³⁸⁷

Conseqüentemente, o nexu contratual inicia um movimento ultracíclico entre os sistemas sociais, possibilitando que através da autopoiesis, *ad hoc* e momentaneamente, possam-se explorar os ciclos de auto-reprodução de outros sistemas, não questionando sua autonomia.³⁸⁸

De acordo com Cláudia Lima Marques, a contribuição desses novos estudos sobre os contratos relacionais para a teoria contratual brasileira centraliza-se

na criação de um modelo teórico contínuo que engloba as constantes renegociações e as novas promessas, bem destacando que a situação externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante ou validar prejuízos sem causa ao contratante mais fraco ou superar deveres de cooperação, solidariedade e lealdade que integram a relação em toda a sua duração.³⁸⁹

De fato, a teoria do contrato relacional, por meio do seu modelo contínuo e que favorece as renegociações, pode contribuir, especialmente nos contratos de mútuo e de fornecimento de serviços, para uma nova compreensão da confiança despertada pela atividade dos fornecedores, bem como para a aceitação de uma nova conduta, que favoreça a readaptação permanente nas relações de longa duração, de forma que se dificulte a frustração

³⁸⁷ TEUBNER, op. cit., p. 281-284. O entendimento intertextual comporta três dimensões, que correspondem à relação entre colagens de expectativas. O contrato vincula os interesses que existem como textos. A segunda dimensão reconstrói o contrato como um “projeto discursivo”. Prevalece o dualismo de textos, representado tanto pelo discurso originário como pela sua transformação em um novo texto através de promessas e cumprimentos contratuais. “A obrigação do contrato é a obrigação de um texto, em face de sua transformação recursiva em um outro texto, com uma indicação da direção que é definida pelo contrato”. A terceira dimensão salienta que o contrato se aperfeiçoa como uma “tradução” mútua de projetos discursivos. O contrato traduz informações do projeto produtivo para o econômico e o jurídico e vice-versa. No entanto, entre discursos, a transmissão de sentidos é impossível, mas necessária, ocorrendo por meio de “mal-entendidos” produtivos. Um discurso somente reconstrói o sentido de outro com seus próprios termos, em seu contexto, no entanto pode, por meio de irritação externa, se aproveitar do material de sentido dos demais discursos, criando algo novo no seu interior. Isso vai gerar valor agregado. Por meio da tradução contratual cada discurso pode entender mal aos demais, de forma reconstrutiva, tirando proveito quando lhe aprouver.

³⁸⁸ TEUBNER, *Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance*. In: Direito, sistema e policontextualidade, p. 286.

³⁸⁹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 83.

das expectativas das partes contratantes, apesar da limitada vontade manifestada.³⁹⁰ Corroborando o exposto, Niklas Luhmann refere: “La confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas”.³⁹¹

Entre as características dos contratos relacionais destaca-se, muitas vezes, como objeto principal um evento futuro, certo ou incerto, e a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade. Outrossim, para atingir o objetivo contratual os consumidores manterão relações de convivência e de dependência com os fornecedores desses serviços, relações que se prolongam no tempo, pagando mensalmente suas contribuições e seguindo as instruções regulamentadoras dos fornecedores, os quais podem usufruir ou não dos serviços contratados. Os contratos de longa duração geralmente são controlados pelo Estado ou por conselhos profissionais; são negócios jurídicos privados, mas que, em virtude da sua importância econômica e social, levam o Estado a autorizar e fiscalizar o seu funcionamento e conteúdo.³⁹²

Portanto, está-se diante de uma nova visão da obrigação, caracterizada como um complexo de atos, condutas e deveres que se prolongam no tempo, estendendo-se do nascimento à extinção do vínculo. Aceitar a existência de deveres de conduta anexos aos contratos ou obrigações acessórias oriundas do princípio da boa-fé objetiva (como o dever de informar, de cooperar, dever de cuidado, de sigilo, de conselho, de lealdade etc.) significa reconhecer um novo espaço para a boa-fé no mercado, boa-fé criadora de deveres de conduta contratual. De fato, reconhecer a boa-fé objetiva como um novo princípio para orientar as condutas nos contratos cativos, relacionais, é o mesmo que reconhecer a limitação para o exercício dos direitos subjetivos.³⁹³

³⁹⁰ MARQUES, op. cit., p. 84. Com relação aos contratos de serviços, a autora salienta que “a estrutura dos contratos cativos de longa duração caracterizam-se, através dos contratos de serviços, como serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, fornecedores ‘terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetivo’ do contrato, daí a grande importância da noção de cadeia ou organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica”. p. 87.

³⁹¹ LUHMANN, *Confianza*, p. 41.

³⁹² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 88-89.

³⁹³ MARQUES, op. cit., p. 91.

O contrato passou a ser visto como uma relação complexa, cativa e de longa duração, o que lhe acarretou uma visão dinâmica, demonstrando a sua especialidade e importância social, bem como a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, de uma visualização mais precisa dos deveres principais e secundários existentes nessas relações contratuais e de que, tendo em vista a confiança despertada nas partes contratantes, o paradigma máximo há de ser o princípio da boa-fé objetiva.³⁹⁴ Nesse sentido, Luhmann assevera:

En vez de amarse uno mismo contra la incertidumbre de la otra persona en la intensa complejidad de todas as posibilidades, uno puede tratar de reducir la complejidad concentrándose en la creación y conservación de la confianza mutua, y comprometerse en una acción más significativa con respecto a un problema ahora más estrechamente definido. Presumiblemente, si esto se conociera mejor podría dársele un mejor uso de las oportunidades que esta circunstancia ofrece.³⁹⁵

Também José Carlos Moreira da Silva Filho, referindo a necessidade de um novo enfoque para a “pessoa humana”, salienta tanto a ênfase constitucional na dignidade da pessoa humana, como a análise da complexidade das relações contratuais, que se prolongam no tempo indicando a necessidade de haver uma maior interação entre as partes durante o desenvolvimento do contrato, o que favorece a inclusão das *teorias relacionais do contrato*. A conexão entre o conceito de pessoa e o plano das relações contratuais ocorre por meio do princípio da boa-fé,³⁹⁶ corroborando as idéias expostas anteriormente.

Outrossim, justificando a relação existente entre as teorias relacionais e o princípio da boa-fé, cita-se Ronaldo Porto Macedo Júnior, estudioso dos contratos relacionais:

³⁹⁴ MARQUES, op. cit., p. 92.

³⁹⁵ LUHMANN, *Confianza*, p. 112.

³⁹⁶ SILVA FILHO, Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI; STRECK; ROCHA (Org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. p. 133.

Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e as ameaças à solidariedade, as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança ('trust'), sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não-promissórios (não-contratuais). Assim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. Por fim, a boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social [...].³⁹⁷

A boa-fé, em sua dimensão objetiva, faz surgir a necessidade social e institucional de haver confiança entre as pessoas, o que origina determinados parâmetros de comportamento que transcendem a vontade das partes. Esses parâmetros relacionam-se com as circunstâncias e peculiaridades de cada relação e dos sujeitos. O tempo dos contratos deixou de ser o tempo estagnado, tornando-se o tempo da continuidade, que abrange, além do atual, o tempo anterior e posterior à realização do contrato.³⁹⁸

Outrossim, constata-se que a previsibilidade do contrato, além da reafirmação das cláusulas estipuladas, ocorre também pela renegociação que deve se dar constantemente entre as partes, o que leva à revisão ou, mesmo, à alteração do pactuado, para que o contrato possa atingir o seu objetivo. Em virtude da velocidade das relações econômicas, ao contrato é exigida uma constante flexibilidade e capacidade de adaptação.³⁹⁹

Segundo José Carlos Moreira da Silva Filho:

Através da boa-fé objetiva, fica evidente o apelo a uma concretização do contrato no plano das efetivas e cambiantes relações entre pessoas de carne e osso, sujeitas à imprevisibilidade e desvios que sua condição histórico-temporal lhes traz, e que apresenta, na contrapartida, a possibilidade de que as relações sociais, mesmo entre pessoas de interesses opostos, possam crescentemente se apoiar na confiança mútua, na qual a *palavra dada* se mantém através de um entendimento que se firma *a cada vez*, no cenário real do *mundo da vida*, e não simplesmente no plano abstrato do *ato jurídico perfeito*.⁴⁰⁰

³⁹⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 231.

³⁹⁸ SILVA FILHO, Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI; STRECK; ROCHA (Org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. p. 134.

³⁹⁹ SILVA FILHO, op. cit., p. 134.

⁴⁰⁰ SILVA FILHO, Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI; STRECK; ROCHA (Org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, p. 136.

Do exposto verifica-se que os contratos cativos, complexos de longa duração, também denominados “contratos relacionais”, protraem-se no tempo, tendo de ser constantemente adaptados às circunstâncias sociais, bem como às possibilidades e necessidades dos contratantes, o que lhes permite reconstruir o direito e as cláusulas contratuais de acordo com as circunstâncias atuais e com as partes da relação, quando consideradas a boa-fé e a confiança como fundamento da relação jurídica estabelecida.

Essa situação criada pelos contratos relacionais exemplifica e justifica a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva e da concepção sistêmica autopoiética ao instituto contratual, como meio possível de solução dos conflitos, pois permite a autoprodução do direito para o caso num mundo complexo, contingente e global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a nova visão do direito, originada nas constantes transformações sociais que ocorrem em decorrência do processo de globalização vivenciado atualmente, torna-se necessária a realização de estudos, que proporcionem uma releitura, bem como uma outra compreensão sobre os institutos jurídicos. Diante dessa assertiva, realizou-se a presente pesquisa, que primou pela seleção de um tema importante tanto para o direito como para as relações sociais.

A partir dessa posição, procedeu-se à escolha do tema, que recaiu no instituto contratual, delimitando-se na área dos princípios contratuais, mais especificamente no princípio da boa-fé objetiva, considerado como cláusula geral, bem como em torno da concepção sistêmica autopoietica, considerada uma nova teoria para se trabalhar a ciência do direito. A partir da delimitação do tema, o problema proposto questionou a possibilidade de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução dos conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoietica do direito.

O princípio da boa-fé tornou-se um dos focos do trabalho em vista da abrangência que adquiriu através das novas disposições legais, possuindo a função de orientador dos negócios jurídicos com fundamento na confiança, na lealdade e na transparência. A teoria sistêmica autopoietica, por sua vez, tornou-se outro foco de pesquisa, porque proporciona uma releitura do direito, por meio da qual introduz conceitos como “complexidade, contingência, autoprodução, flexibilidade”, que favorecem uma nova interpretação, originando a adaptação das relações negociais ao meio social em que se desenvolvem.

Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho realizou-se em três capítulos. O primeiro referiu-se ao instituto contratual, priorizando-se sua conceituação, as fases, bem como as características adquiridas de acordo com as transformações sociais. O segundo tratou dos princípios contratuais, com ênfase ao princípio da boa-fé objetiva, e o terceiro capítulo centralizou-se nas cláusulas gerais e na teoria sistêmica autopoietica do direito. Após as análises realizadas sobre os temas selecionados, faz-se possível sistematizar algumas considerações com o intuito de se verificar o alcance do objetivo proposto.

Com relação ao instituto contratual, verificou-se por meio da análise realizada que o contrato sempre existiu nas relações entre os indivíduos, ressaltando-se que, em paralelo com a evolução social, ocorreu o desenvolvimento das características contratuais.

Com o advento do Estado moderno, em sua versão liberal, caracterizada pelo individualismo e pela total liberdade, o contrato adquiriu a moldura tradicional e clássica que dominou a legislação até a entrada em vigor das novas disposições legais regulamentadas na Constituição Federal brasileira, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Oriundo da fase liberal destaca-se o contrato de concepção clássica, que apresentava como princípios orientadores a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, a obrigatoriedade do pactuado, o relativismo, a igualdade formal e o consensualismo, entre outros. Tem-se um contrato formado unicamente por meio da vontade das partes contratantes, ao qual não era permitido qualquer modo de intervenção estatal, o que fez surgir a regra de que o contrato fazia lei entre as partes.

O contrato ocupou a posição principal na vida econômica, assegurando às partes a plena capacidade de criar direitos e obrigações. Decorrente dessa situação, a função do direito limitava-se à proteção da vontade dos contratantes, bem como a assegurar os efeitos pretendidos com o negócio realizado.

No entanto, durante a fase do Estado Liberal iniciou-se a busca pela justiça social como consequência das novas necessidades resultantes do crescente desenvolvimento e da impossibilidade de satisfação de todos os cidadãos. Dessa forma, aumenta a complexidade na sociedade, tornando-a um meio propício para o desencadeamento das crises decorrentes das ideologias sociais. Como resultado dessa crise, operou-se também a crise da teoria contratual tradicional. Surgiu a massificação das relações contratuais, que alterou drasticamente a forma de contratação, bem como a troca do objeto de interesse pelo consumidor. Passou-se à valorização dos serviços, do lazer e do transitório, o que levou a uma releitura dos princípios do direito civil, influenciada pelo direito público e pelos direitos fundamentais. Dessa forma, iniciou-se a transformação do Estado Liberal no Estado Social, trazendo como característica marcante o surgimento da legislação extravagante voltada ao social e à defesa da coletividade.

O Estado Social tinha como características a proteção do cidadão e o intervencionismo em áreas até então pertencentes unicamente à esfera privada. Iniciou-se a limitação da liberdade contratual e econômica. Despertou na sociedade da época a idéia de coletividade, de cooperação e de ajuda mútua. Isso resultou numa nova concepção do contrato, que foi obrigado a adaptar-se às realidades sociais, políticas e econômicas, adotando uma postura mais flexível e social, buscando soluções mais justas e equitativas. A partir desse momento, limitou-se a autonomia da vontade por meio do intervencionismo estatal, criando-se espaço para o desenvolvimento de uma principiologia, voltada para a funcionalização, o coletivo e a

solidariedade, os quais proporcionaram a releitura dos princípios existentes por meio da sua limitação.

Dessa forma, o conceito de contrato passou a apresentar uma concepção social, na qual passaram a interagir a manifestação da vontade, o consenso, o efeito que exerce na sociedade e nos terceiros.

No entanto, a sociedade atual, caracterizada pela complexidade e pela globalização, fez surgir a necessidade de novas tendências para a ciência jurídica, especificamente para o contrato. De fato, como consequência do aumento da complexidade, ocorre o aumento dos conflitos sociais, que necessitam de outras soluções para as questões apresentadas. A essa sociedade denominada “pós-moderna”, o direito não consegue proporcionar todas as respostas, o que demonstra a expressiva distância entre o desenvolvimento social e o desenvolvimento contratual. A sociedade adquire as características do pragmatismo, do relativismo, da pluralidade, da complexidade e do risco, passando a encontrar o seu fundamento na circulação das informações, o que facilita a realidade multinacional, a sociedade sem fronteiras.

Em consequência dessa transformação social, o contrato tornou-se dinâmico, complexo, com fazeres de longa duração; tornou-se múltiplo, conexo, triangular ou plúrimo, compondo seus pólos com vários agentes. Diante dessa realidade e da falta de regras capazes para sua regulamentação, passou-se a valorizar a confiança, a informação, a palavra empregada e a consideração do risco. Valorizam-se as expectativas das partes contratantes, a boa-fé depositada na efetiva realização do negócio e a conduta das partes baseada na confiança e na lealdade, o que resulta em um contrato mais abrangente, humano e social.

Conforme se verificou, as transformações ocorridas no direito em geral, bem como nos contratos, evidenciaram a releitura dos valores da sociedade, os quais adquiriram, por meio da evolução social, novas configurações. Como representativos dos valores sociais salientam-se os princípios que informam e orientam as relações e que atuam como meio possível para o alcance do equilíbrio e da segurança jurídica.

Os princípios são considerados a base do ordenamento jurídico, representando os valores fundamentais da sociedade; atuam como orientadores do sistema no qual se encontram inseridos, agindo como suporte para o funcionamento jurídico na sociedade. Os princípios, através da circularidade que realizam em seu meio interagem, autoproduzem-se e comunicam-se com os demais elementos do sistema e dos subsistemas. São considerados elementos da autopeiose do direito, superando os paradoxos da ciência jurídica por meio da sua evolução.

Também, os princípios apresentam-se como expectativas normativas, pois possuem conteúdo e juridicidade. A boa-fé objetiva, como um princípio que orienta as relações contratuais por meio da lealdade e da confiança, representa uma expectativa normativa almejada pelas partes, que permite a constante reprodução na relação jurídica, produzindo o direito.

A boa-fé, como em geral todos os princípios, teve a sua concepção modelada segundo a ideologia dominante. De uma concepção subjetiva que denotava crença e estado subjetivo, passou a ser considerada uma regra de conduta, responsável pela existência de deveres anexos nas relações contratuais. Estes deveres são de lealdade, confiança, transparência e de cooperação no desenvolvimento do negócio firmado. Por meio desses deveres, a relação passa a ser considerada como um todo, tanto do ponto de vista estrutural e funcional como também com relação ao conteúdo. A relação passa a ser considerada como um vínculo dinâmico, baseado na boa-fé objetiva.

Conseqüentemente, passam-se a considerar as expectativas e intenções das partes contratantes diretamente relacionadas com os deveres e os valores, o que faz surgir a necessidade de um sistema que tanto possibilite a composição dos valores opostos que surgem durante o desenvolvimento da relação jurídica como torne possível a produção de decisões que satisfaçam aos interesses em questão. De fato, a boa-fé, em vista da abrangência que exerce nas relações contratuais, é considerada uma premissa decisória, que prioriza a justiça e a equidade através da valorização da confiança, da lealdade e da transparência. Ocorre que, por meio da decisão, o direito produz diferença e reinicia a sua própria autopeiose. A partir do momento em que decide com base na boa-fé, o direito recria suas premissas de validade, enfrentando por meio das decisões as possibilidades de risco. Quando, diante de um caso concreto, decide com base na boa-fé, em vistas das expectativas das partes, produz diferença e direciona-se para o futuro. Dessa forma, ao se decidir utilizando-se a cláusula geral da boa-fé objetiva como meio de solucionar conflitos no direito contratual, por meio da concepção sistêmica autopoiética do direito, o direito se autoproduz, produz diferenças e direciona-se para o futuro, um futuro incerto e invisível, inserido numa sociedade complexa e globalizada. Portanto, infere-se que a cláusula geral da boa-fé objetiva pode ser utilizada como solução de conflitos intersistêmicos.

Por meio da confiança despertada na relação contratual, as partes direcionam suas ações seguindo determinados padrões de conduta com o intento de reduzir o risco de frustrações, reduzindo também, dessa forma, a complexidade existente. Como funções da boa-fé que auxiliam a atingir esse objetivo destaca-se a função interpretativa, a controladora de

condutas, bem como a função que possibilita a correção e adaptação no caso de alteração das circunstâncias que envolvem o negócio. Como visto, as funções da boa-fé corroboram a idéia defendida sobre a consideração da boa-fé como um mecanismo de solução de conflitos, que facilita a flexibilização do contrato, conduta necessária diante do contexto social atual.

Com base no exposto, verificou-se que o direito se encontra em um momento de crise, que denota a ruptura existente entre o direito civil tradicional e o novo direito civil, originando novos conflitos na sociedade. A crise manifesta-se na dificuldade encontrada pelo direito na sua função de produção de regras, como também quando tem a sua legitimidade contestada em vista de não encontrar soluções que satisfaçam os conflitos surgidos. Começam a surgir relações fora do direito, na “dobra do direito”, com condutas não regulamentadas, bem como contrárias ao que se encontra regulamentado. Surgem novos fatos e conceitos, que se colocaram ao lado do que estava definitivamente regulamentado, gerando o questionamento. Faz-se necessário encontrar um meio que possibilite soluções adaptadas ao contexto flexível, poroso e em constante transformação. A essa situação utiliza-se a teoria sistêmica autopoietica como meio para a solução dos conflitos, pois permite a visão da realidade em interação, em movimento, em sua complexidade e contingência. Desta forma, dentro desta realidade, faz-se a análise do contrato, o que possibilitou encontrar as soluções necessárias para os conflitos pelo uso da cláusula geral da boa-fé objetiva. De fato, por meio da concepção sistêmica autopoietica, faz-se possível ir além da concepção de contrato até aqui descrita.

A teoria dos sistemas e a teoria da autopoiese proporcionam uma visão generalizada da sociedade em sua complexidade, favorecendo, dessa forma, a compreensão e a interpretação dos fenômenos de forma inter-relacionada e integrada, numa constante autoprodução. Através dos sistemas autopoieticos pode-se visualizar uma nova realidade em constante movimento no contexto que a cerca. A sociedade passa a ser considerada como um conjunto de sistemas, formado por subsistemas, que se encontram em constante crescimento, transformação e autoprodução. As relações acontecem inseridas num contexto envolto por uma realidade complexa e globalizada, sendo, dessa forma, consideradas integrantes de um todo maior, no qual adquirem o sentido específico que possuem, mas que somente se torna valorado enquanto parte de um todo maior, resultante das comunicações que realiza.

A condição de sistemas autopoieticos confere um sentido de abertura para o contexto no qual se encontra inserido, bem como a característica de fechamento em si mesmo, por meio do qual realiza a sua autoprodução. Pode-se dizer um sistema aberto e fechado, no qual

acontecem simultaneamente a autoprodução, que conduz a sua autonomia, e a inter-relação, através da qual efetua as trocas de influências com o meio circundante.

Do exposto, constatou-se com a pesquisa realizada a necessidade de alteração do modo de se visualizar o direito. Deve-se favorecer uma maior interpretação dos fenômenos sociais e jurídicos para que sejam considerados em relação com as inter-relações, a autoprodução, a interdependência e a influência que realizam no e com o meio no qual se inserem. Deve-se oportunizar a caracterização do direito como uma ciência sistêmica e autopoietica, que permite a apreciação da ciência jurídica de forma aberta, autoproduzindo-se e desenvolvendo-se em sintonia com a sociedade complexa, contingencial e globalizada da atualidade.

De fato, a sociedade complexa, com grande contingência, faz surgir a possibilidade do risco. Com isso, verifica-se a pertinência da teoria sistêmica autopoietica, pois permite a consideração das contingências e dos riscos, analisando-os e recriando o seu direito, conforme o momento atual, o contexto e o caso concreto, como também conforme as expectativas e a confiança depositadas na realização do negócio jurídico. Isso torna possível viver em uma sociedade mais complexa, pois resulta na redução da complexidade. A esta nova realidade complexa e contingencial, fazem-se necessários novos meios, que possibilitem a consideração dos valores que proporcionem o alcance do bem comum e social. Entre esses meios destacam-se as cláusulas gerais, que permitem a incorporação de valores, princípios e máximas de conduta.

Por meio das cláusulas gerais possibilita-se a abertura do sistema jurídico, em vista da imprecisão do seu conteúdo e da sua vagueza semântica, permitindo, dessa forma, a mobilidade ao direito para que enfrente este momento de transformações sociais. De fato, as cláusulas gerais possibilitam o crescimento no sentido de permitir o enfrentamento das situações jurídicas gerando soluções para os conflitos surgidos. Conseqüentemente, as cláusulas gerais, tais como a boa-fé, apresentam-se como mecanismos internos aptos a solucionar os conflitos existentes entre os subsistemas, entre as ordens quase-jurídicas e entre os vários setores internos que compõe o sistema jurídico.

Portanto, a cláusula geral pode ser vista como uma regra de conflitos, como quadro de referência para a solução de conflitos, bem como para a sincronização jurídica. Nesse sentido, considerando-se os mecanismos de solução de conflitos contratuais perante a teoria sistêmica autopoietica, verifica-se que por meio dos sistemas de comunicação se faz possível introduzir mecanismos que visem simplificar a compreensão para a contratação: as cláusulas gerais. De fato, atuam material, temporal e socialmente reduzindo a complexidade, por meio da

introdução de uma complexidade organizada. Por meio da boa-fé, que se torna um mecanismo reflexivo, permite-se o desdobramento auto-reflexivo, o que auxilia a satisfação das necessidades de flexibilidade e de estabilidade das estruturas num contexto complexo. A boa-fé permite a auto-referência e a reflexividade do sistema jurídico. A auto-referência significa uma busca constante de novas possibilidades a partir do que se tem, o que proporciona mais segurança, permitindo a evolução e a adaptação: adquirem-se outros direitos, mantendo-se os já existentes.

Como exemplo da aplicação da cláusula geral da boa-fé nos contratos utilizaram-se os contratos relacionais, que salientam a cooperação e a interação, os valores e as necessidades específicas. Os contratos relacionais demonstram uma outra visão da obrigação, que se caracteriza como um complexo de atos, condutas e deveres que se prolongam no tempo.

O contrato relacional denota a idéia de flexibilidade que existe entre a relação obrigacional e a realidade social, o que resultou num conceito de contrato como um sistema social aberto ao meio envolvente, isto é, uma relação contratual que, além do consenso entre as partes, também apresenta problemas funcionais que devem ser resolvidos através de uma relação com o meio. De acordo com a concepção autopoietica, poder-se-ia dar uma direção construtivista a essa situação, fornecendo níveis adicionais de observação. A relação contratual apareceria, então, como um sistema de interação auto-reprodutivo entre as partes, sendo as estruturas formadas por meio da relação conflitual com o meio envolvente auto-definido. Os impulsos externos manifestam-se por meio do conflito antes descrito, resultando na indeterminação. Como solução aplica-se a cláusula geral da boa-fé objetiva para diminuir a indeterminação através da reconstrução e do balanceamento das exigências externas na relação contratual.

O contrato passou a ser visto como uma relação complexa e dinâmica, o que gerou a necessidade de uma nova interpretação para as obrigações assumidas e que, em vista da confiança despertada nas partes contratantes, apresenta como fundamento o princípio da boa-fé objetiva. Com base na boa-fé objetiva, é possível reduzir a complexidade, proporcionando um uso mais adequado das possibilidades que se tem.

Portanto, após o trabalho realizado, constata-se que, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva, os contratantes desenvolvem a confiança de que as partes irão se conduzir adequadamente durante o desenvolvimento da relação contratual. Esta é uma forma de se reduzir a complexidade. No entanto, no momento da quebra desta confiança ocorrem a frustração e o desapontamento das expectativas, o que, por meio da teoria sistêmica autopoietica, se reconstrói, em vista da autoprodução e da flexibilidade que proporciona ao

contrato. Isso confirma o problema proposto, bem como satisfaz ao objetivo que se propôs a alcançar, de que a cláusula geral da boa-fé objetiva pode ser utilizada como um meio para solucionar os conflitos contratuais através da concepção sistêmica autopoietica do direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 14, p. 20-32, abr./jun. 1995.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Aspectos modernos do direito das obrigações. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: RT, 1980.

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

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da codificação*. Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Manuel A Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 7. reim. Coimbra: Almedina, 1992.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *O direito entre modernidade e globalização*. Lições de filosofia do direito e do estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 87, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 2, abr. 1996.

BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

BESSONE, Darci. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BETTI, Emílio. *Teoria feral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, out/dez, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 3, n. 12, out/dez., 2002.

BRASIL. *Código Civil*. Projeto n. 6.960/2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-fetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Aspectos modernos do direito das obrigações. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. *Noções de direito civil*. 3. ed. rem. e actual. Coimbra: Almedina, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

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

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. II.

HESPANHA, Benedito. A autopoiese na construção do jurídico e do político de um sistema constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 28, jul./set. 1999.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 14, p. 38-48, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 – Printefólio, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.net>. Acesso em 14 maio 2003.

LÔBO, Paulo. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 722, p. 41-45, dez. 1995.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. Madrid: Iberoamericana, 2000.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Porto Alegre, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.

_____. *Sociologia del riesgo*. México: Triana Editores, 1998.

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

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

MARCO, Anelise de. Os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da teoria dos sistemas. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MATEIRO, Mário Martins da Silva. Pensar o direito: fragmentos de um ensaio de autopoiesis jurídica. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo: Ediupf, v. 11, n. 11, p. 11-20, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NALIM, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 191.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico perfeito e reserva mental*. São Paulo: RT, 1983.

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

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, p. 41-78, jul./dez. 1997.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, Porto Alegre, n. 28. p. 1-13, jun. 1994.

_____. Direito, cultura política e democracia. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

_____; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo.(Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoietica do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 655, maio 1990.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro e português na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. reimp. Lisboa: Lex, 1995.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. Direito no processo de globalização. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. Policontextualidade e reflexos no direito privado. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de *private governance*. In: _____. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. Reflexão do direito. Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Direito regulatório: crônica de uma morte anunciada. In: _____. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. Reflexão do direito, Paradoxos, conflitos de discursos e policontextualidade. Economia da dádiva – positividade da justiça: “assombração” mútua entre sistema e *différance*. In: _____. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, ano 12, n. 44, p. 102-124, abr./jun. 1988.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998.

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

_____. *Por quien cantan las sirenas: informe sobre eco-ciudadania, género y derecho – incidencias del barroco en el pensamiento jurídico*. Joaçaba: Unoesc/CPGD/Efsc, 1996.

WIEACKER, Franz. *A história do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 18, p. 9-22, abr./jun. 1996.