

Luiz Felipe Ribeiro Rodrigues

Os Contratos Cativos de Longa Duração e o Direito Intertemporal: Equilíbrio nas Relações Contratuais com Base na Teoria dos Contratos Incompletos

Dissertação de Mestrado
apresentado ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade
Milton Campos.

Belo Horizonte, novembro de 2010.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1–A NOVA ORDEM CONTRATUAL e a FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

2- NOVA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL

2-1- O Contrato e sua Função Social

2-2 – A boa-fé nas Relações Contratuais

3-OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

3-1-Origem e definição

3-2-Características

3-2-1- O Fornecimento de Serviço

3-2-2- A Longa Duração

3-2-3- O Cliente Dependente

4- ALTERAÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS

4-1- Teoria da imprevisão e da Base do Negócio Jurídico

4-2- A Boa-Fé Como Norteadora do Restabelecimento do Equilíbrio Contratual

5-SUPERVENIÊNCIA DAS LEIS DURANTE OS CONTRATOS

5-1- Principais Teorias Sobre o Conflito de Leis No Tempo

5-2- Análise da Jurisprudência

5-3- O Art. 2035 DO Código Civil

5-4- O Diálogo das Fontes

5-4-1- O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

6- OS CONTRATOS INCOMPLETOS

6-1-O Movimento “Law Na Economics”

6-2- Definição

6-3- Contratos Incompletos E Contratos Relacionais

6-4- Contratos Incompletos E O Princípio Da Boa-Fé

7-CONCLUSÃO

8-REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Conforme ressalta Enzo Roppo, o contrato constitui a veste formal das operações econômicas, não podendo ser abstraído desta finalidade instrumental (Roppo, 1988, p. 11)

Os contratos são, assim, vias de ordenação dos mercados impactados por normas jurídicas, pelas quais, o Estado intervêm sobre o domínio econômico.

A dinamicidade das relações econômicas presente na sociedade contemporânea trouxe novos desafios para a teoria geral dos contratos. Isto porque não existe mais a propalada visão de equilíbrio contratual decorrente puramente da liberdade e do consenso, que marcaram a teoria clássica, principalmente, em razão da notória desigualdade material entre aqueles que contratam.

Por estes fatores, tais pactos reclamam formas constantes de adaptação ou renegociação entre as partes para o fim de manter o equilíbrio desejado e necessário à eficiente circulação de riquezas inerente à idéia de contrato, sendo, para isso, necessários instrumentos para sua imposição ou manutenção.

Os contratos cativos de longa duração representam de forma intensa essas novas relações contratuais. São pactos que se protraem no tempo; que se renovam, periodicamente, durante vários anos, e que têm, comumente, em seu objeto, a prestação de serviços considerados essenciais.

Não raro, porém, as circunstâncias que levaram os agentes a firmarem o pacto são alteradas em decorrência da própria dinâmica da vida social, podendo surgir o desequilíbrio entre as prestações assumidas.

Assim, as contínuas mudanças nos produtos ou nas características dos serviços contratados, por exemplo, impedem que os contratantes possam prever todas as contingências futuras e especificar de forma completa os termos dos ajustes, bem como regras para reajustes contratuais.

Um fator contingencial específico e problemático é a superveniência de novas leis e os efeitos causados na relação jurídica já existente. Em tais situações poderão surgir dificuldades para os agentes contratantes manterem o equilíbrio do pacto mostrando-se necessário um planejamento contratual para o futuro.

A dogmática tradicional dos contratos não trouxe, ainda, de forma satisfatória, mecanismos que assegurem às partes, a manutenção do sinalagma contratual durante todo o pacto, reclamando a ordem jurídica outros mecanismos que atinjam este mister.

A teoria dos contratos incompletos, definida pelos economistas, consiste na constatação da dificuldade de se descrever, com precisão, as prestações a que se obrigam as partes ao longo do prazo de duração de contrato e as ações que cada uma delas poderá adotar, baseando-se, para isto, em conceitos econômicos como custos de transação, oportunismo e assimetria de informações.

De forma conjunta com institutos e princípios informados pela ordem jurídica, estas formulações podem ser utilizadas para a análise do equilíbrio nos contratos cativos de longa duração.

Para tanto, estes pactos devem ser entendidos como um processo e como palco de constante renegociação baseada em um propósito de cooperação entre os agentes, o que permitirá, mediante interpretações do pacto com base na boa-fé, se atingir o fim almejado quando de sua celebração.

O presente trabalho tem como propósito a abordagem da aplicação da teoria dos contratos incompletos como mecanismo para solucionar as alterações das circunstâncias ocorridas durante a execução dos contratos cativos de longa duração, em especial aquelas decorrentes da superveniência de uma nova lei e seus efeitos na relação jurídica existente entre os agentes.

1- A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS - DA AUTONOMIA DA VONTADE À INTERVENÇÃO DO ESTADO

Indispensável para a análise de determinado fenômeno jurídico, sua contextualização histórica, uma vez que o direito normatiza os fatos materiais, valorando-os de acordo com o pensamento sócio-cultural e político de certa época e lugar.

O contrato, como fato social, como instrumento responsável pela circulação de riquezas e como fonte de obrigações deve se amoldar à era em que vive para cumprir sua utilidade no ordenamento jurídico.

Assim, sua própria concepção tem sofrido uma sensível evolução vivendo, hoje um momento de mudança ou de crise, como entende parte da doutrina.

Não pode se apontar uma causa única, para a constituição deste cenário, guardando relação com as alterações ocorridas nas formas da produção e distribuição de bens e com a absorção de valores sociais e de justiça distributiva.

O contrato clássico inserido como instrumento de uma economia liberal, amparado pelas codificações oitocentistas e pela escola positivista do direito, tinha como paradigma a garantia da segurança jurídica cujo alcance se buscava pela completude da legislação.

Prevalecia, então, a vontade intersubjetiva como fundamento último dos contratos, sendo entendido como justo o contrato, se conformado pela manifestação livre das partes envolvidas.

Com a livre concorrência; com a Revolução Industrial e com a massificação das relações econômicas, condições desumanas de vida e de trabalho surgiram e este conceito de contrato apresentou suas imperfeições.

Muitos políticos e economistas passaram a abandonar a idéia do liberalismo surgindo, neste contexto, o denominado Estado social, sendo,

posteriormente, seguidos pelos juristas ao constatarem que as liberdades individuais deveriam ser acompanhada de direitos sociais.

Restou desta forma, desacreditada a crença de que o equilíbrio contratual seria assegurado pela suposição de que as partes eram, formalmente, iguais e o visível desequilíbrio decorrente da contratação em massa reclamou a interferência do Estado na vida econômica culminando na limitação da autonomia privada, sobretudo na liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual, gerando modificações no regime legal e na interpretação dos contratos.

O interesse em proteger a parte mais fraca da relação obrigacional, e garantir um equilíbrio material aos pactos legitimou o Estado para intervir nos contratos de forma cada vez mais incisiva limitando a autonomia da vontade e relativizando os princípios contratuais clássicos.

Conforme, Orlando Gomes¹

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Torna-se visível uma dissociação parcial da relação contratual com o acordo de vontades, na medida em que uma das partes, simplesmente, passa a aderir a um conjunto pré-estipulado de regras sobre as quais não pode negociar.

Percebe, então, o jurista que a vontade não pode mais ser o único fundamento da força obrigatória dos contratos na sociedade de consumo:

Assim, de várias formas o Estado se fez intervir: (a) pelo controle da atividade de determinadas empresas economicamente poderosas ou prestadoras de serviços ou produtos essenciais, até mesmo obrigando-as a contratar (a vender, não esconder estoques, etc.); (b) pelo nivelamento do poder das partes para sua equalização,

¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

restaurando-se a igualdade real (v.g. contratos coletivos de trabalho); e (c) pelo dirigismo contratual, que é a interferência do Estado no conteúdo do contrato e no seu processo, com a restrição da liberdade das partes ao impor-lhes determinada atuação (trata-se de uma interferência na estipulação do contrato que afasta o poder da vontade em determinada área considerada essencial)²

Na sociedade contemporânea, mais uma vez, em razão da complexidade das relações econômicas, o contrato passa a adquirir feições que antes não possuía, reveladas por uma multiplicidade de vínculos contratuais, substancialmente, distintos da compreensão tradicional, facilitados pela revolução da comunicação por meios como a rede mundial de computadores, e outras formas garantidoras de uma nova forma de contratação em massa, dando origem a contratos eletrônicos, contratos conexos e contratos cativos de longa duração.

Ocorre que, diferentemente do cenário encontrado no período de produção manufatureira e da produção em massa característica da revolução industrial e do denominado período pós-industrial, em que a idéia de riqueza estava ligada ao acesso a bens móveis, valoriza-se, na sociedade de hoje, os bens imateriais e os serviços colocados à disposição de uma massa de consumidores.

Notório que a dogmática tradicional se mostra insuficiente para acompanhar tal evolução, surgindo, assim, a necessidade de uma renovação da teoria contratual para que sejam absorvidos novos paradigmas para a análise do cumprimento do programa contratual.

Por força disto, o direito das obrigações e, por conseguinte, o direito contratual tenta se amoldar à contemporaneidade.

Pode-se dizer que a evolução do direito contratual contemporâneo se inicia com o reconhecimento e aplicação do princípio da boa-fé no direito das obrigações cuja aceitação se deu, em um primeiro momento, por intermédio de seu reconhecimento como princípio jurídico recepcionado pelos meios acadêmicos e posteriormente, pela jurisprudência.

² José Guilherme Wernier

No direito brasileiro, após o princípio ser encampado pela jurisprudência, o legislador do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, tentando ajustar as normas contratuais à nova realidade, o positivou. Afirma-se, assim, que

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a revogação da primeira parte contratual do Código Comercial de 1850, o paradigma máximo da boa-fé, que caracterizava o modelo contratual do Código de Defesa do Consumidor, generalizou-se para todos os contratos no direito privado brasileiro (arts. 113, 187 e 422 do CC/02), seja um contrato entre dois iguais, dois civis ou dois empresários, seja entre dois diferentes, um contratante profissional, o fornecedor, um contratante leigo e vulnerável, o consumidor, logo este último um contrato de consumo. Parece-me, pois, neste momento de generalização (pois em tempos pós-modernos a generalização geralmente leva à desconstrução), necessário, necessário reforçar o paradigma e evitar que se enfraqueça.³

Desta forma, para se preservar a eficiência e a própria função do instituto, os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, tidos como clássicos, são relativizados:

Foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais aliás nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade⁴

Relativizados porque tanto a força obrigatória, como a autonomia das partes persistem, ainda que com uma nova concepção e um novo papel na conformação do conteúdo do contrato. Conforme atesta Roppo:⁵

É, por isso, extremamente difícil abarcar estes processos de transformação dentro do rigor de uma fórmula interpretativa absolutamente abrangente, que, por si só, individualize e exprima o seu sentido. E a questão – hoje freqüentemente discutida – de saber se a sociedade e o direito contemporâneos conhecem um declínio ou antes um relançamento do papel da autonomia privada

³ MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/[org.]Cláudia Lima Marque – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

⁴ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122

⁵ ROPPO, Enzo. O Contrato

e do contrato, seu instrumento fundamental não parece susceptível de respostas unívocas. Alguns dos fenômenos que aludimos, parecem, de facto, assinalar uma redução objectiva da área de incidência e da importância do contrato enquanto instrumento de mediação social, assim como existem outros fenômenos, que parecem, inversamente, dilatar e exaltar o seu papel; e, por vezes um mesmo fenómeno parece partilhar, contraditoriamente, de ambas as tendências.

Entendida como a vinculatividade das partes às disposições contidas no contrato, a força obrigatória continua tendo a vontade como fonte, mas não como a única como concebido pela teoria clássica que reputava justo um contrato se fruto da manifestação livre e soberana das partes.⁶

O contrato contemporâneo, portanto, deve ser entendido como aquele que tem fontes heterônomas em seu regramento como fundamento de obrigatoriedade.

Isto porque desde a crescente intervenção estatal, com a limitação da autonomia da vontade baseada na justiça formal, as relações privadas passaram a se pautar pela justiça material e pelo interesse social.

Entendido como o instrumento jurídico por meio do qual se concretiza, em grande medida, a ordem pública econômica, deve assegurar os princípios da ordem pública econômica constitucional, revestindo-se, assim, de força obrigatória, fomentando a confiança e assegurando a segurança jurídica.

Sempre importante, desta forma, reafirmar a substituição da definição de autonomia da vontade pela idéia de autonomia privada entendida esta como a possibilidade dada aos indivíduos pelo ordenamento de estabelecer as normas jurídicas de seu próprio comportamento criando-as nos limites legais. Ou nas palavras de Orlando Gomes como “o poder dos

⁶ Assim, define Teresa Negreiros a autonomia da vontade: “A vontade como centro do contrato, articulada à regra da igualdade dos contratantes obriga a reconhecer que tanto o legislador como o juiz lhe devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que houver sido pactuado pelas partes contratantes.” (NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: novos paradigmas/Tereza Negreiros – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.)

indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”.⁷

Pode-se dizer, portanto, que a lei não atua, somente, como limitadora da vontade, mas como conformadora do conteúdo contratual, assumindo um papel de fonte direta do mesmo, legitimando a justiça e utilidade contratuais.

Sofre o contrato, na definição de Roppo, uma objetivação, sem, contudo, perder sua função de garantir o exercício da liberdade econômica e a circulação da riqueza:

O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalente. Mas, justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designávamos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de «autonomia da vontade individual» mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então de actuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o «dogma da vontade»⁸

A lei, na condição de fonte, atuará, mediante suas normas supletivas e imperativas, diretamente, na construção do regime contratual vinculando as partes a seus termos, revestindo de juridicidade os termos ajustados, integrando o contrato naquilo que as partes deixaram de dispor, ou afastando as disposições que lhe contrariem.

De outro turno, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas serão, também, agentes típicos das limitações impostas à liberdade contratual dos particulares. Conjuntamente com a

⁷ Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

⁸ ROPPO, Enzo. O Contrato.

vontade das partes, que exprime o respectivo poder de autonomia, eles constituirão as fontes do regulamento contratual, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias, em diferentes medidas, concorrer, registrando-se assim, em sede de determinação do conteúdo do contrato, uma dialética entre fontes de tipo diverso, que, poderão sofrer, de acordo com o contexto político, social e econômico, diversas transformações.

Importante deixar claro que, mesmo, dentro dos critérios de interpretação utilizados durante o modelo contratual clássico oitocentista, a autonomia da vontade já sofria restrições desde o surgimento da teoria da declaração como resposta às imperfeições da teoria da vontade, culminando, posteriormente, no desenvolvimento do princípio da confiança, substrato do princípio da boa-fé.

Em uma atividade interpretativa, esta vontade será funcionalizada pelo fato de não ser suficiente para a conformação do conteúdo contratual, já que “[...] o consentimento não é um texto normativo auto-suficiente. Há que integrar, tipificar e recorrer a inúmeras disposições complementares que não surgem da vontade das partes”⁹

Desta forma, a interpretação de um contrato não se resolve com a simples leitura do que foi declarado pelas partes, necessitando o intérprete, para dar eficácia ao programa contratado, recorrer à lei, a princípios gerais a precedentes judiciais.

Assim, o que se percebe é que “A ordem jurídica não deixa em mãos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor”¹⁰, para que cumpra suas funções individuais, econômicas e sociais.

2-A NOVA PRINCIOLOGIA CONTRATUAL

⁹ LORENZETI, Ricardo. Fundamentos do direito privado, São Paulo, RT, 1998, p. 537.

¹⁰ LORENZETI, Ricardo. Fundamentos do direito privado, São Paulo, RT, 1998, p. 540.

Na esteira da evolução acima tratada, o Código Civil de 2002 incorporou princípios entendidos pela doutrina como novos princípios contratuais,¹¹ quais sejam, o princípio da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico do contrato, ou equivalência material e o princípio da função social do contrato.

Entendendo-se o equilíbrio contratual mais como ferramenta interpretativa, do que princípio contratual, passa-se a analisar o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva.

2-1- O CONTRATO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Seguindo as diretrizes¹² que regem Código Civil de 2002, o princípio da função social veio nele expresso, sendo apontado pela doutrina como um dos novos princípios do direito contratual.

Entendido como cláusula geral¹³, tem sido um dos temas mais debatidos desde o início da vigência do código¹⁴, confrontando-se a doutrina acerca de seu significado¹⁵

¹¹ Assim, na versão atualizada de Orlando Gomes: “O Direito dos contratos repousa em quatro princípios: 1) o da autonomia da vontade; 2) o do consensualismo; 3) o da força obrigatória; 4) o da boa fé. Os três primeiros podem ser chamados de tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora, já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu na doutrina contemporânea sentido e funções inteiramente novos desempenhando papel de destaque no Código Civil de 2002. Ao lado dela, pode-se acrescentar dois outros princípios norteadores do regime contratual na nova codificação, o princípio do equilíbrio econômico do contrato e o princípio da função social do contrato. Afirma-se, assim, que atualmente, há três princípios clássicos (autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória, aos quais se pode reconduzir o princípio da relatividade dos efeitos contratuais) e três novos princípios contratuais (boa-fé, equilíbrio econômico e função social) (GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro 26ª edição, Forense, 2007, p. 25.

¹² Segundo Miguel Reale, o Código Civil foi criado com base em três fundamentais, quais sejam: a operabilidade, a eticidade e a socialidade. (REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. Comentário sobre o projeto do Código Civil brasileiro. Brasília: CJP, 2002. p. 5-21)

¹³ Segundo Nelson Nery Jr. As cláusulas gerais “são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz” (NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In. MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (Org.). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

¹⁴ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)

Interpretações têm vingado no sentido de que o contrato tem a função de fazer prevalecer os valores sociais sobre os individuais, não raro desvirtuando-se este entendimento para uma concepção assistencialista do instituto. Assim, o contrato, antes de representar a composição de interesses opostos, teria como função uma forma de cooperação entre as pessoas, acabando por prevalecer, em determinadas situações o interesse do mais fraco frente ao contratante mais abastado.

Deveria, assim, existir nas relações internas entre os contratantes, condutas recíprocas tendentes a propiciar o adimplemento da obrigação pactuada que será atingido se a troca e a circulação de riqueza, ocorrer de forma justa, útil e eqüitativa para ambas as partes.

Segundo a doutrina, a função social do contrato deve ser analisada em dois níveis:

[...] no intrínseco e no extrínseco. Ou seja: seu perfil extrínseco (o contrato em face da coletividade) rompe com o princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato. Passa a teoria contratual a preocupar-se, também, com as repercussões do negócio jurídico bilateral no largo campo das relações sociais.

Já no aspecto intrínseco (o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais), a função social estaria ligada à observância dos princípios da igualdade material, equidade e boa-fé objetiva, por parte dos contratantes, “todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos¹⁶

¹⁵ Conforme Humberto Theodor Júnior, citando Philippe Jestaz “É de todos sabido que a teoria atual do contrato, seja no âmbito da lei, da doutrina ou da jurisprudência, assiste a um grande confronto filosófico entre o voluntarismo (clássico) e o comutativismo (moderno) ou entre o individualismo e o solidarismo. Enquanto a primeira corrente vê o núcleo do fenômeno da vontade, a segunda o desloca para a cooperação entre as partes. De qualquer maneira, sua função é sempre a de criar obrigações e direitos entre elas. Deveu-se, por outro lado, ao solidarismo, a introdução na área do contrato das preocupações com o equilíbrio, a proporcionalidade e a proscricção do abuso no relacionamento contratual. Essas novas facetas do direito contratual manifestam-se, porém, na linha dos princípios e não do objetivo perseguido pelo contrato, que continua sendo a circulação da riqueza, sob a garantia da segurança jurídica. Mas, uma circulação que a própria economia incita aos contratantes a fazê-lo, sob um figurino de cooperação e confiança mútua.” (THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p.50)

¹⁶ Paulo Nalin, Apud THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 44.

Ocorre que, para se atingir tal objetivo, necessário se colocar o interesse coletivo acima do interesse individual, valorizando-se no âmbito do contrato a solidariedade e cooperação entre os contratantes.

Assim, entende Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] seus conteúdos se tornam complementares: regulamentase a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um, com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade¹⁷

Esta concepção é rebatida por Humberto Theodoro Júnior:

:

Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes “sejam iguais”. Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos.

O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação de riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial.¹⁸

Note-se, ainda, que por esta concepção, inevitavelmente, estar-se-ia imputando aos contratantes deveres de assistência social que não lhes cabem e sim ao Estado.

Desta forma, a função social do contrato não deve fugir à busca pela eficaz circulação de direitos de propriedade entre as pessoas e no controle de seus efeitos perante a sociedade.

Vem, assim, interferir no âmbito da relatividade dos contratos, ficando a cargo do princípio da boa-fé objetiva, os problemas relacionados ao comportamento ético dos contratantes:

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. Revista dos Tribunais, v. 779, p. 55-59, set. 2000.

¹⁸ THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 46

Nesse enfoque, o terreno próprio para cogitar-se da função social do contrato é o da modernização do antigo e inflexível princípio da relatividade dos contratos. Os problemas do comportamento ético entre os próprios contratantes são cuidados por outro princípio novo do direito contratual, que vem disposto no art. 422 do novo Código Civil, e não naquele que implanta a função social do contrato (art. 421)

Atua como limite à liberdade contratual, para que o contrato não cause danos aos demais indivíduos, bem como impedir que terceiros interfiram na relação contratual, contribuindo para o descumprimento de uma obrigação estipulada em contrato de que não faz parte o que a doutrina dominou tutela externa do crédito.¹⁹

O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível erga omnes. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)²⁰

Assim conclui Humberto Theodoro Júnior:

Em suma, para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte:

¹⁹ Teresa Negreiros cita bons exemplos. Em relação à hipótese de terceiro ser prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual, cita os casos de responsabilidade solidária por vício e fato do produto descrita no Código de Defesa do Consumidor. E para a hipótese em que o credor de uma relação é prejudicado por terceiro, situação denominada pela doutrina de violação positiva de crédito, cita a violação de obrigação de sigilo que, foi inclusive, tratada no filme "O informante, em que se discutia a possibilidade de uma emissora de televisão ser condenada a pagar uma indenização a uma companhia de cigarros pelo fato de um ex-empregado da mesma divulgar informações que teve acesso quando lá trabalhou e o caso que envolveu o cantor Zeca Pagodinho quando violou cláusula de exclusividade, em contrato de publicidade.

²⁰ NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato:novos paradigmas/Tereza Negreiros – 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em prejuízo injusto para uma das partes;

b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.²¹

2- 2-A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Não restam dúvidas que o princípio da boa-fé objetiva refere-se mais à interpretação do contrato do que à sua conformação.

A idéia, surgida, há mais de um século no Código Civil alemão buscou uma forma de interpretação dos negócios jurídicos de forma compatível a anseios éticos ligados ao meio social em que o contrato foi celebrado.

Distinta da noção desenhada pela denominada boa-fé subjetiva que se refere ao estado subjetivo ou psicológico do indivíduo em determinada relação jurídica, refere-se o princípio aqui estudado a regras de conduta, a modelos de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito.

O primeiro dispositivo a prever a boa fé objetiva no Direito Brasileiro foi o contido no artigo 131, I do Código Comercial²², mas não com tal contorno, por ser entendida, pela doutrina, como boa-fé subjetiva.

²¹ THEODORO Júnior; Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.51.

²² Assim dispunha o Código Comercial: Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;4 - o uso e prática

Em face disto, os artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor são apontados como os primeiros a consagrar, definitivamente, a noção de boa fé objetiva em nosso sistema.

Por se tratar de princípio amplo, carente de concretização para ser aplicado, no caso concreto, a doutrina, de forma até didática, acabou por definindo diferentes no campo contratual, surgindo uma classificação quanto às suas funções.

Tem, assim, a boa-fé objetiva, a função interpretativa, conforme previsão no artigo 113 do CC, no sentido de determinação da intenção ou sentido atribuído pelas partes à declaração contratual.

Não raro, a declaração contratual apresenta deficiências representadas por lacunas, ambigüidades ou obscuridades insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes.

Deverá, então, o intérprete saná-las buscando alcançar a hipotética vontade das partes, analisada, segundo padrões retirados do meio social em que se celebrou o pacto.

Entra em jogo, então a segunda função do princípio, denominada de integradora, que busca eliminar as falhas da declaração negocial. Para tanto, adota-se um modelo de pessoa natural, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.²³

Assim,

geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;⁵ - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

²³ “Nestes casos, o juiz terá de interpretar a declaração da vontade das partes “como a entenderiam as pessoas corretas e como estas procederiam em relação a ela” (THEODORO Júnior; Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.27)

[...] o princípio da boa fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé²⁴

Aponta-se, então, a função supletiva, na medida em que a boa-fé atua criando para os contratantes, deveres anexos, também chamados laterais, secundários ou instrumentais. Além dos deveres principais que constituem o núcleo da relação contratual, há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Dentre eles destacam-se deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração, e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Pode se afirmar que a boa-fé, enquanto fonte geradora de deveres encontra-se presente no artigo 422 do CC²⁵, ressaltando-se que, embora o dispositivo mencione apenas a conclusão e a execução do contrato, é certo que a boa fé cria deveres anexos, também, na fase pré e pós contratual.

Por fim, entende-se que a aplicação do princípio tem uma função corretiva na medida em que ocorrer um controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas.

O Código Civil de 2002 traz a boa-fé em função corretiva no art. 187, ao erigi-la em critério de determinação de abuso de um direito quando seu titular, ao exercê-lo, excede, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé e pelos bons costumes.

3- OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

3-1- ORIGEM

²⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. José Bushatsky, Editor. São Paulo, 1976, p. 35.

²⁵ Assim dispõe o Art. 422 do Código Civil. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)

Paralelamente à classificação dos contratos em espécies, a doutrina distingue os pactos, com formulações mais abstratas segundo critérios classificatórios como a existência de disciplina legislativa, o tempo de execução, a relação entre as prestações, os elementos pessoais dos agentes, dentre outros.

Com as relações contratuais em massa no início do século XX, novas formas de contratar surgiram que, aliadas ao dirigismo contratual, foram causa de novas tipologias. A necessidade de autorização de um órgão público para a contratação; a regulamentação coativa do conteúdo de numerosos contratos; a imposição a certos fornecedores de contratar; a limitação da liberdade de estruturação do conteúdo do contrato através das condições de estipulação estabelecidas, unilateralmente pelas grandes empresas monopolísticas, grupos econômicos poderosos e uniões de empresas; as modificações decorrentes dos usos e a regulamentação contratual pelo sistema de formulários fizeram com que surgissem novas figuras, identificadas e conceituadas pela doutrina.

Sobre os contratos em massa, a lição de Orlando Gomes:²⁶

A principal modificação fez-se sentir em razão da expansão do contrato em massa, que substituiu, em diversos setores do campo negocial, o negócio jurídico bilateral dantes concluído individualmente. Nos transportes, nos seguros, nas operações bancárias, no trabalho realizado nas empresas e em tantos outros departamentos da atividade social dos indivíduos, esse elemento, sem constituir uma comunidade jurídica, influi decisivamente na sua própria dogmática.

Figuras, irredutíveis ao esquema clássico do contrato, segundo a lição de Orlando Gomes:

Dessas limitações, assim as impostas pelo Estado com as que resultam das novas necessidades do comércio jurídico, organizaram-se novas figuras jurídicas, irredutíveis ao esquema clássico do contrato e insubmissas a princípios gerais do Direito das Obrigações. Surgem novas figuras jurídicas irredutíveis ao

²⁶ GOMES Orlando Transformações Gerais do Direito das Obrigações

esquema clássico do contrato e insubmissas a princípios gerais do direito das obrigações.²⁷

Identifica o autor, neste fenômeno, o contrato normativo, o contrato coativo, o contrato tipo, o contrato de adesão e o contrato necessário²⁸

O contrato coativo seria aquele imposto, celebrado, sem a livre manifestação do consentimento das partes, considerada tal figura como contrato por ficção já que a ela se aplicam as normas do direito das obrigações.

Nestas hipóteses, o sujeito passa a fazer parte de uma relação contratual, sem ter emitido a correspondente declaração de vontade, para que sejam atingidos objetivos da política econômica do Estado ou em razão de fins fiscais. Assim,

Realizam-se os contratos impostos para que se atinjam objetivos da política econômica do Estado, ou para facilitar sua ação financeira. Esclarece RENÉ MOREL que a técnica do contrato coativo se emprega para munir o Fisco de uma arma, obrigar os particulares a produzir ou a vender certas categorias de pessoa, prevenir outras categorias contra os riscos que se expõem e remediar a crise de habitação.²⁹

Enquadram-se como exemplos destes contratos, a prorrogação compulsória do contrato de locação e o seguro obrigatório no contrato de transportes de pessoas. Nestas hipóteses, a relação jurídica não se forma contratualmente, eis que ausente a emissão da vontade das partes, tanto em relação à possibilidade de não quererem a prorrogação do contrato de locação como na situação de, até mesmo desconhecer sua existência como, pode ocorrer em relação ao contrato de seguro

²⁷ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

²⁸ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

²⁹ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

Nestes casos, segundo Orlando Gomes, “organizam-se, assim, vínculos de fato, à imagem e semelhança do contrato, formando-se o que SAVATIER bem denominou relações paracontratuais³⁰

Os contratos necessários que, também, têm, como causa, mais próxima, a intervenção estatal na economia, estão relacionados à existência de organismos particulares encarregados da prestação de certos serviços considerados de utilidade pública como serviços de transporte, de telefonia, de eletricidade dentre outros que são obrigados a contratar, assim como aqueles que precisam dos serviços, normalmente, indispensáveis e, comumente, oferecidos em regime de monopólio. Conforme ressalta Orlando Gomes:

Como, entretanto, esses serviços se tornam, dia a dia, indispensáveis a maior número de pessoas, a superioridade em que se encontrariam as empresas em relação aos usuários potenciais é neutralizada pelo Estado ao estabelecer as condições em que devem elas contratar, surgindo, em consequência, duas interessantes figuras negociais, o contrato regulamentado e o contrato de adesão. Conquanto as relações entre as empresas concessionárias de serviços públicos e os usuários não sejam consideradas contratuais por alguns, na verdade possuem essa natureza e são regidas pelas disposições concernentes aos contratos. Pouco importa que os pretendentes ao serviço se limitem a aceitar a oferta da empresa nas condições permitidas pelo regulamento inserto em seu conteúdo. Realizam contrato de adesão, mas nem por isso deixam de constituir relação contratual.³¹

Há, ainda, segundo o mestre baiano, “contratos necessários nos quais não está eliminada a faculdade de escolha da outra parte. A pessoa tem a obrigação de contratar, mas é livre para eleger o outro contratante”³²

³⁰ GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.22

³¹ GOMES, 1967, p. 23

³² GOMES, 1967, p. 23

Analisado o contrato de transporte sob o ângulo da relação entre o transportador e a seguradora, pode ser encontrada esta figura, já que o concessionário é obrigado a celebrar o contrato, mas pode escolher a seguradora.

São, ainda, apontadas, algumas outras figuras como decorrência da expansão do contrato necessário e a limitação da liberdade contratual. Trata-se do contrato autorizado cuja realização depende de autorização de uma autoridade administrativa e os contratos regulamentados que têm seu conteúdo, previamente, determinado buscando-se, com isto, de um lado atender à própria demanda de contratação em massa e de outro, coibir a imposição de condições extorsivas pelo parceiro mais forte.

Outras denominações, também, são utilizadas para estes tipos contratuais. Assim, Roppo fala em contratos *standard*:

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, actualmente quase um lugar comum ver nos contratos *standard* o fenómeno através do qual se consubstancia, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez, indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações de série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes, sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, e *facto*, também, de contratos de adesão).³³

Não há dúvida que todos acima citados, surgidos na era pós-industrial, permanecem como instrumentos das atuais relações de consumo.

³³ ROPPO, Enzo. O Contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, p. 311.

Nas últimas décadas, porém, pode-se dizer que novas formas de contratação em massa, surgiram, tendo como objeto contratual, o acesso a bens imateriais e, principalmente, a serviços³⁴ da mais variada ordem, correspondendo este objeto a valores como segurança, lazer, status, saúde, educação, moradia e crédito, que são considerados não só úteis, mas essenciais para seus destinatários que são instados a aderir a estes pactos por meio de fortes campanhas de publicidade, ficando a partir daí, vinculados àquele contrato por longos anos.

Identificando o fenômeno, a doutrina, vem chamando esta forma de contratação de contratos cativos de longa duração, que correspondem às relações jurídicas complexas e duradouras que têm como fonte novos métodos de contratação em massa.

A expressão foi desenvolvida no direito brasileiro por Cláudia Lima Marques³⁵ utilizando-se as expressões “longa duração” ou “*larga duracion*” de Ricardo Luis Lorenzetti³⁶ e cativos, de Carlos Alberto Gherzi, para representar a posição de catividade dos consumidores, em relação à conclusão e execução do contrato.

Referem-se a serviços cujas prestações se alongam no tempo, com uma fase de execução contratual com obrigações duradouras, sendo que a satisfação total das partes depende da continuação desta relação jurídica, uma vez que o contrato desenvolve seus efeitos justamente através da passagem do tempo. Além disso, são formados a partir de fortes campanhas de propaganda na busca da captação de clientes, o que, também, explica o termo catividade.

³⁴ Conforme Cláudia Lima Marques: “... da acumulação de bens materiais, passamos a acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar, para os contratos de fazer, do modelo individualista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual” (Marques, Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões, p. 22.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 81

³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. I, p. 113.

Cláudia Lima Marques lembra que a catividade, elemento essencial deste modelo, deve “ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais ou imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de “marketing”, de graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao seu futuro”³⁷

Este tipo de contratação pode ser observada nos contratos bancários, de seguro, de planos de saúde, contratos, de previdência privada, de cartão de crédito, contratos referentes a serviços de telefone, televisão a cabo, internet, além dos serviços públicos básicos como de fornecimento de água, luz e telefone.

Segundo a definição proposta, portanto, estes pactos são reconhecidos por dois elementos essenciais, o tempo e a catividade ressaltando esta última noção como seu diferencial, já que as fórmulas dos contratos de longa duração já, há muito, existem na sistemática tradicional como nos contratos de locação, depósito, mútuo, dentre outros. Assim, esclarece Cláudia Lima Marques³⁸:

O novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços considerados, então, socialmente, essenciais, a necessitar nova disciplina”

3-2- ESTRUTURA

3-2-1-FORNECIMENTO DE SERVIÇO

No período pós-industrial, correspondente ao surgimento dos contratos de massa o objeto contratual eram os bens móveis.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões, p. 19

³⁸ 1- MARQUES, 2002, p.80.

Em uma sociedade de serviços como a que se vive, atualmente, a idéia de riqueza é deslocada para o acesso a bens imateriais e a serviços colocados à disposição de uma massa de consumidores.

Os contratos cativos de longa duração são, desta forma, contratos de consumo em que um determinado fornecedor presta um serviço a um consumidor. Não se amoldam a esta figura relações negociais representadas por mera aquisição de produto, por meio de um contrato instantâneo incapaz de gerar qualquer dependência ao consumidor.

Segundo Cláudia Lima Marques:

Os serviços prestados tanto podem ser privados como públicos, eis que entes públicos podem figurar na relação de consumo como fornecedor, como é sobejamente conhecido na matéria, fornecendo, inclusive, diversos serviços de caráter contínuo e essenciais.

Notadamente, é a prestação de um serviço, cuja execução será protraída no decurso de tempo, havendo pagamento de contraprestações periódicas pelo consumidor que se torna dependente de tais serviços.

3-2-2- A LONGA DURAÇÃO

A existência de contratos de longa duração já é bastante conhecida na teoria contratual, contrapondo-se, aos contratos de execução instantânea, entendidos como aqueles executados de uma só vez e em uma única prestação, subdividindo-se em contratos de execução imediata, hipótese em que a prestação é satisfeita no momento da conclusão do acordo ou logo após, como no caso da compra e venda à vista com entrega do bem, e contratos de execução diferida caracterizados pelo fato de, pelo menos, uma das prestações ser efetuada em tempo posterior ao da conclusão do contrato, como ocorre, por exemplo, com a venda a prestações de coisa futura. Os contratos de duração, por sua vez, tem como característica essencial o fato de, pelo menos uma das prestações não se exaurir de imediato, demandando certo lapso temporal. Podem ser classificados como contratos de execução continuada e de execução periódica, sendo neste a prestação realizada de forma prolongada no tempo e naquele, também, denominado de trato sucessivo, mediante repetições periódicas.

Pode-se dizer que o tempo integra a causa destes contratos, sendo, portanto, seu elemento essencial. Se uma prestação pode ser prestada de uma só vez e as partes resolvem dividi-la no tempo, ter-se-á contrato de execução instantânea com execução diferida como na hipótese de venda realizada por prestações.

Na sistemática tradicional são encontradas diversas fórmulas contratuais que representam esta modalidade vinculada à longa duração, como a locação, o mútuo, o depósito, entre outros.

Assim, o tempo, nos contratos de duração não é suportado pelas partes, mas, antes, por elas desejado para que o contrato atinja os interesses que levaram as partes a firmá-lo.

O cumprimento do objeto contratual, por exemplo, em um contrato de assistência médica, requer a continuação da relação jurídica travada entre as partes.

O fornecimento de serviço contratado, portanto, deve se prolongar por um longo período, não havendo, quando da celebração do instrumento, uma fixação de prazo para término no vínculo.

Em face desta característica, alguns aspectos são extremamente relevantes para a apreensão do fenômeno.

Tais contratos têm na irretroatividade dos efeitos já produzidos, a regra, até mesmo em caso de rescisão restando preservados os efeitos já produzidos, diferentemente do que ocorre com os contratos de execução instantânea, em que as partes retornam ao *status quo ante*, com a extinção de todos os efeitos contratuais.

Por outro lado as obrigações das partes são renovadas sucessivamente, sem que seja modificado seu conteúdo, porquanto seja a longa duração contratual interessante para ambos. Isto porque

Existem certas obrigações nas quais o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração do débito. Essas obrigações são mais ricas numa dimensão, no tempo, no elemento duradouro, o qual se relaciona com a essência do dever de prestação. As relações obrigacionais simples vigem desde a conclusão do negócio jurídico até o adimplemento; as duradouras são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja

modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia³⁹

Dessa forma, o tempo é extremamente importante para esses contratos, pois permite que o fornecedor faça captação de recursos suficientes e o consumidor goze dos serviços prestados a seu favor por um período seguro de tempo, gerando um longo processo de convivência entre os contratantes.

A satisfação da prestação buscada pelo consumidor que, por exemplo, se utiliza dos serviços de um plano de saúde não altera o débito que se renova permanecendo o mesmo, conforme o objetivo do contrato.

Este aspecto, contudo, traz à tona os problemas que o transcurso do tempo pode causar, refletindo na duração útil e justa do vínculo contratual. Não há dúvidas que qualquer contrato se forma e se desenvolve para ser equilibrado, buscando-se, sempre, na medida do possível uma equivalência entre as prestações ajustadas, seja na gênese do pacto ou no momento de sua execução.

Ocorre que, pactos de longa duração estão sujeitos a eventuais mudanças das circunstâncias o que acaba por se exigir um constante dever de readaptação e renegociação pelas partes para se manter o equilíbrio e até a subsistência do contrato.

A inserção de novas tecnologias e a conseqüente alteração do custo para manutenção do contrato e a superveniência de novas leis regulando a atividade desenvolvida são alguns exemplos sobre a alteração das circunstâncias negociais.

Ante tal situação deverão os contratantes encontrar soluções para a manutenção do pacto celebrado, baseadas, sempre na cooperação entre eles decorrente de uma relação de confiança, na qual se espera o cumprimento do contrato por parte de ambos contratantes, devendo ser entendida como complexa a relação contratual.

³⁹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo, Bushatsky. 1976, p. 211.

No que concerne à insuficiência da interpretação tradicional dos contratos, Cláudia Lima Marques (2005, p.78)

Uma vez que tais relações contratuais cativas podem durar anos e visam, na maioria das vezes a transferência de riscos futuros ou o suprimento de uma necessidade futura, estabelecendo um verdadeiro processo de convivência necessária entre a empresa fornecedora de serviços e os consumidores, notou-se que a ótica escolástica tradicional, de uma análise estática e unitemporal da relação obrigacional de execução diferida ou contínua não mais oferecia respostas adequadas.

Impõe-se, assim, a utilização de um modelo que propicie as constantes renegociações necessárias em uma relação de consumo, perenizada evitando-se abusos da posição contratual dominante prejuízos sem causa ao contratante mais fraco, devendo tal modelo basear-se em deveres de cooperação solidariedade e lealdade que vão integrar a relação em toda a sua duração, que deverá ser vista, assim, como um processo.

3-2-3- A CATIVIDADE E O CLIENTE DEPENDENTE

Intimamente ligado à perenidade da relação entre os contratantes encontra-se o caráter de catividade do contrato entendida como a posição de dependência que os consumidores se deparam em relação ao fornecedor e à expectativa de satisfação da prestação.

A catividade deve ser compreendida em dois momentos. Inicialmente, ela é representativa das técnicas de marketing utilizadas antes da formação do contrato, de forma a convencer o contratante em relação às conveniências da contratação. Trata-se de situação típica da sociedade de massa. O aparato de marketing que geralmente acompanha os contratos cativos costuma ser muito incisivo e preparado para atingir diretamente a vontade dos destinatários e garantir um número cada vez maior de contratações. Da mesma forma, o momento de execução dessas práticas é cuidadosamente escolhido, visando chegar ao consumidor quando este se

encontra despreparado para resistir às tentações típicas da atual sociedade de consumo⁴⁰

O fornecedor, por um lado cria e fomenta necessidades para os consumidores induzindo-o a celebrar contratos tidos como indispensáveis ou, no mínimo, extremamente desejáveis e por outro se utiliza de técnicas para mantê-lo vinculado.

São exemplos destes contratos os contratos bancários, de seguro e planos de saúde, de assistência médica hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de serviços de telefone, televisão a cabo, internet, além de serviços públicos básicos como de fornecimento de água, luz e telefone.

Referem-se, portanto, a serviços de fundamental importância que fazem parte da vida cotidiana contemporânea assegurando o acesso a estes serviços um futuro seguro, como no caso dos contratos de plano de saúde ou a maximização dos potenciais de trabalho e lazer, como nos contratos de internet, educação e televisão a cabo.

A catividade, portanto, tem este caráter de dependência, conforme, Cláudia Lima Marques:

Esta 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.

Destarte, não obstante a contribuição periódica do consumidor e dos longos anos de vínculo, o fornecedor não mais o considera relevante à

⁴⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração, Estudos Jurídicos, vol. 37 n° 99 JAN/ABR 2004 disponível em [HTTP://www.unisinos.br/publicações_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/edicoes_anteriores/vol37n99/vol37n99_artigo02.pdf](http://www.unisinos.br/publicações_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/edicoes_anteriores/vol37n99/vol37n99_artigo02.pdf)

sua ambição de lucro e tenta romper uma relação que outrora foi apresentada como imprescindível à sua segurança, tranquilidade e *status*.

Sendo a referida conduta por parte do fornecedor um paradoxo com o próprio ato de seduzir o consumidor a usufruir dos seus serviços, há a comprovação de que existe a urgência de proteção dos sujeitos em desvantagem, para assim serem reequilibradas as forças envolvidas na relação.

O consumidor, portanto, é premido por necessidades antes inexistentes ou inexploradas. A contemporaneidade exige a aquisição de certos serviços essenciais, ou de relativa essencialidade, para o pleno desenvolvimento do potencial humano de cada um em sociedade

Adotando-se o atendimento de Teresa Negreiros, pode-se, também, apontar que tais contratos referem-se à prestação de serviços considerados essenciais no mundo contemporâneo. Para a autora,

À luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual⁴¹

Ressalva a autora, porém, que

o critério da utilidade do bem, avaliada esta em relação à pessoa – e não ao bem principal a que o acessório esteja vinculado -, constitui um caminho nesta busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade⁴²

Enfim, conforme escreve José Tadeu Xavier, “o contrato cativo de longa duração, uma vez estabelecido, passa a fazer parte da vida do consumidor, de forma inseparável, de forma extremamente significativa para o

⁴¹ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas/ Teresa Negreiros – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.388.

⁴² NEGREIROS, p.388.

seu convívio em sociedade”⁴³. Seria, assim, “seu ponto de segurança para enfrentar as intempéries da vida, tornando-se uma necessidade de extrema importância, inclusive para sua realização pessoal”⁴⁴

Cite-se, por exemplo, o contrato que tenha em seu objeto a ocorrência de um evento futuro certo ou incerto, como nos contratos de plano de saúde. Para se atingir o objetivo almejado existirá uma relação de convivência e dependência entre consumidor e fornecedor por anos, com o pagamento das contribuições ajustadas, chegando-se a um estágio em que não mais interessa ao consumidor romper a relação contratual.

Note-se que, não raramente, este caráter de essencialidade é suscitado em decisões jurisprudenciais que reconhecem a impossibilidade de rompimento do vínculo contratual, em razão da situação de dependência do consumidor, como no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁵ que, julgando apelação interposta por segurada de seguro de vida e de acidentes pessoais, reconheceu à consumidora o direito de manutenção das condições do contrato, nos termos, inicialmente, ajustados e que já havia sido renovado, anteriormente. Vedou o reajuste do valor do prêmio pela operadora, considerando-o abusivo, mesmo na hipótese de se basear em norma expedida pela SUSEP órgão regulador da atividade.

Segue, assim, a ementa do acórdão, que reformou a decisão proferida em primeira instância:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO, CLÁUSULA CONTRATUAL. RENOVAÇÃO ANUAL AUTOMÁTICA. RESILIÇÃO UNILATERAL. NOVA PROPOSTA. CONDIÇÕES MAIS DESVANTAJOSAS. ABUSIVIDADE.

⁴³ XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração, Estudos Jurídicos, vol. 37 n° 99 JAN/ABR 2004 disponível em [HTTP://www.unisinos.br/publicações_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/edicoes_anteriores/vol37n99/vol37n99_artigo02.pdf](http://www.unisinos.br/publicações_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/edicoes_anteriores/vol37n99/vol37n99_artigo02.pdf)

⁴⁴ XAVIER, 2004.

⁴⁵ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Decisão no Recurso de Apelação Cível nº 70019220557, Sexta Câmara Cível, Apelante: Lydia Rivera Valente. Apelada: Sulamérica Seguros de Vida e Previdência S.A. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Julgamento em 09/10/2008. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>.

É abusiva a conduta da seguradora que propõe nova contratação do seguro em condições mais desfavoráveis ao segurado, deixando de renovar o contrato originário a pretexto de término do prazo contratual, desconsiderando a natureza da avença que é de trato sucessivo e curso prolongado, conhecido como “contratos cativos”. Cobrança do prêmio com base no contrato originário mediante emissão de documento de cobrança.

A operadora alegou, em defesa, que o contrato não é vitalício e que há previsão bilateral de resilição, desde que com aviso prévio; que a renovação automática ou tácita, no caso, é vedada pelo art. 774 do Código Civil⁴⁶ e que o reenquadramento da carteira de segurados decorreu do desequilíbrio atuarial pela elevação do risco em face do aumento da faixa etária, ônus que estava sendo suportado exclusivamente por ela

Entendeu o relator, sendo seguido pelos demais desembargadores, que, por ser o contrato de seguro de vida, um contrato cativo de longa duração, pressupõe reiteradas renovações para permanecer vigente, uma vez que é pautado pela duração da vida do segurado. Assim, constou em seu voto:

É bem verdade que ninguém, de boa-fé, contrata um seguro de vida pensando em utilizá-lo no mês seguinte, sendo certo que o segurado não tem a expectativa de falecer no mesmo ano da contratação, mas de ter a continuidade do seguro por sucessivos anos. Assim, é possível perceber que o contrato de seguro de vida tem sim o caráter de continuidade.

E continuou:

Esta a orientação que teve o contrato primeiro firmado entre as partes e que embora limitado no tempo previa cláusula de renovação automática, que a demandada pretende alterar, chamando a si a denúncia unilateral do contrato a pretexto de atender disposições normativas do órgão regulador da atividade securitária.

Entretanto, referidas normativas da SUSEP não podem preponderar frente ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, mormente levando em conta a natureza do contrato de seguro que conforme já visto é de duração prolongada e a brecha aberta por ditas alterações, que em verdade visam é a proteção do contratante-segurado, não podem desvirtuar a *mens legis* exatamente para prejudicar o direito do segurado.

⁴⁶ Dispõe o artigo art. 774 do Código Civil: “A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez” (BRASIL, Código Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)

Por fim, impende ressaltar a reserva feita pela doutrina ao caráter de catividade atribuído aos contratos de consumo de longa duração.

Assim, a crítica feita por Ronaldo Porto Macedo Júnior:

É por tal motivo que a afirmação de que este tipo de contrato de longo prazo é necessariamente um “contrato cativo” me parece ser excessiva e imprópria para descrever os contratos de longa duração e ainda mais para descrever os contratos relacionais, visto que a catividade é um resultado possível mas não necessário da nova natureza das relações contratuais de consumo de longo prazo ou, como prefiro caracterizá-las, de caráter relacional. Evidentemente o “cliente preferencial” ou “VIP” de um banco é um consumidor poderoso pelo fato mesmo de ser preferencial e supostamente representar bons negócios ou a expectativa deles (tanto do ponto de vista estritamente econômico como do ponto de vista da ampliação de poder) para o banco. É trivial dizer que isto é resultante de sua posição social, política e econômica que o torna um consumidor influente e pouco ou nada hipossuficiente.⁴⁷

Não parece, vingar, porém, a tese, eis que, ainda, que o consumidor detenha tal parcela de poder, esta estará, com certeza, inserida no custo calculado pela instituição financeira ao disponibilizar tais tipos de produtos.

4- TEMPO E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS – ALTERAÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS

Como visto, a grande questão relacionada aos contratos cativos de longa duração diz respeito à possível alteração nas circunstâncias negociais, ocasionando a necessidade ou pretensão das partes de reverem o pactuado para o restabelecimento do equilíbrio contratual.

Não se discute que qualquer contrato se forma e se desenvolve para ser equilibrado devendo ser mantida a paridade entre as partes contratantes. Ocorre que, pactos com a presença das características acima expostas, estarão sujeitos a eventuais mudanças de circunstâncias, o que

⁴⁷ MACEDO Jr. Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e defesa do consumidor. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

acaba por se exigir um dever de adaptação ou de renegociação entre os agentes, para o fim de manter seu equilíbrio e, até, mesmo sua subsistência.

Em tais contratos, é, de fato, difícil prever todos e quaisquer eventos que possam resultar em contingências que venham a incidir sobre as respectivas prestações

A desvalorização da moeda, a perda ou alteração do significado do objeto contratual, as inovações tecnológicas, a superveniência de novas leis e outras séries de circunstâncias provocarão, nestes contratos, mudanças que podem levá-los a uma situação de desequilíbrio.

Há, assim, uma impossibilidade da previsão e especificação com clareza de efeitos e de eventos futuros que podem alterar o equilíbrio inicial.

Haverá uma pluralidade de fatores que vão demandar das partes um dever de renegociação buscando-se a manutenção do equilíbrio contratual, demandando, para isto, uma leitura dinâmica da execução contratual, distinta do que foi concebido pela teoria clássica do contrato. Fruto do voluntarismo e do consensualismo, esta trata a relação contratual como movimento uniforme, considerando justo aquele contrato celebrado por força da livre apreciação pelas partes de seus respectivos interesses. Assim, a idéia norteadora dos princípios clássicos está ligada à estabilidade e permanência das circunstâncias contratuais.

A continuidade e a longa duração dos contratos cativos requerem, porém, uma regulação constante da paridade entre os contratantes, tanto pela perenidade da relação quanto pela natureza do objeto contratado.

4-1- A TEORIA DA IMPREVISÃO E DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Não há dúvida que o cumprimento dos contratos baseados no *pacta sunt servanda* é fundamental para qualquer organização social. Contudo os pactos celebrados estão sujeitos a vicissitudes que poderão afetar tanto sua validade quanto sua eficácia⁴⁸. Em relação a esta última a alteração

⁴⁸ Pode-se se dizer que os dois momentos para a análise do equilíbrio entre as prestações são na formação do contrato, sua chamada fase genética, em que importa a análise da

posterior das circunstâncias poderá determinar a frustração do fim do contrato ou a quebra de sua equivalência.

. Não se nega que o intérprete pode, ainda, se valer para solucionar a questão de institutos já, há muito, disponibilizados pelo ordenamento que, conformados pelos princípios da boa-fé, da confiança, da função social do contrato, trarão mecanismos para a garantia da execução contratual.

Tais mecanismos são, em regra, baseados na teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, de origem medieval, segundo a qual em um contrato de duração ou de execução diferida, as partes só permanecerão vinculadas ao pactuado, se mantidas as condições da época da contratação.

Em razão do ideário revolucionário do século XVIII que primavam pelo cumprimento da palavra dada e, por conseguinte, pela força obrigatória dos contratos, a jurisprudência, por um tempo, afastou-se deste princípio.

A relação contratual era tratada, então, como movimento estático e uniforme, prevalecendo a noção de que se a avença resultou da livre manifestação e apreciação dos interesses pelos agentes, o contrato seria sempre justo.

Já no final do século XIX e, principalmente, no início do século XX, em razão das transformações imprevistas e imprevisíveis ocasionadas pela grande Guerra foram de tal ordem que se mostrou impossível a manutenção de contratos comutativos de trato sucessivo ou de execução continuada, sem qualquer revisão, ante a possibilidade de enriquecimento de um dos contratantes à custa da ruína do outro.

validade do negócio jurídico e sua fase funcional ou de execução, quando as partes deverão cumprir as obrigações pactuadas.

Nesse contexto, surge a primeira lei francesa de revisão dos contratos Trata-se da *Lei Failliot de 21 de maio de 1918*⁴⁹, e a cláusula *rebus sic stantibus* desponta sob uma nova roupagem por meio de teorias ligadas à teoria da imprevisão⁵⁰, pelas quais se buscava mecanismos para a revisão dos preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis adaptando-se a cláusula *rebus sic stantibus*, ao direito moderno.

Segundo Ruy Rosado Aguiar, “A primeira reação ao princípio da inderrogabilidade dos contratos por efeito de fatos novos veio de Windscheid que, em 1850, lançou a teoria da pressuposição, segundo a qual o contratante se obriga com a certeza da permanência de uma situação ou da ocorrência e um fato sem o qual não teria contratado”⁵¹

A teoria da pressuposição típica, por sua vez, é atribuída a Pisko, pela qual há uma situação de fato, geralmente pressuposta em todo negócio jurídico da classe que é celebrado, não devendo as obrigações perdurare, se circunstâncias anormais modificarem a situação de fato pressuposta por todas as pessoas que celebraram o contrato, ressaltando-se que tais contingências não se referem à situação patrimonial do devedor.

Já a teoria da condição implícita criada pelo direito inglês refere-se à orientação seguida pelo juiz, em casos nos quais, a execução do contrato

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 2 ed. São Paulo Saraiva, 2006,p.265

⁵⁰ Segundo César Fiúza, “Dos vários autores que tratam do assunto, nenhum traz resposta segura a respeito da correta localização e dos contornos da teoria ou das teorias da imprevisão. Ora se fala em teoria da imprevisão como doutrina autônoma, ora a ela se refere como gênero, ao qual pertenceriam várias doutrinas, tais como a da condição implícita, a da base negocial objetiva e outras. A nós parece ser mais correta a segunda posição, que toma a teoria da imprevisão como gênero, sendo espécies suas demais teses, inclusive a própria doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. Isto porque, analisando detidamente cada uma das teorias revisionistas, não se lhes pode negar, quando nada, um quê de imprevisibilidade que todas supõem como fundamento para a revisão dos contratos” (FIÚZA, César. Direito Civil: Curso Completo, 8 ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 387)

⁵¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor/ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro. AIDE Editora, 2004, p. 144.

não deve ser exigida pela superveniência de fatos que impedem seja a prestação cumprida.

A teoria da base do negócio jurídico, atribuída a Oertman refere-se à representação mental de uma das partes de um contrato, conhecida e admitida pela outra, ou a comum representação das duas sobre a existência ou o aparecimento de certas circunstâncias que condicionam a vontade negocial. Assim, segundo Ennecerus, “Por base do negócio, a esses efeitos, se há entender as representações dos interessados ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como, por exemplo, a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contra-prestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes. A fundamentação, que se apóia no defeito da base do negócio faz possível satisfazer a necessidade de um direito de resolução não só nos casos em que as bases econômicas do negócio desaparecem, em virtude de uma alteração posterior das circunstâncias, senão também, naqueles em que, de antemão, essas bases não existem”⁵²

Já Larenz distingue a base do negócio jurídico em subjetiva e objetiva. Para ele, a base objetiva do negócio jurídico diz respeito às circunstâncias existentes quando da celebração do contrato e durante sua execução e, que pelas quais são satisfeitas as expectativas das partes, durante a execução contratual, ainda que, delas não tivessem consciência, o que, ao contrário, ocorre na teoria subjetiva. Com a alteração destas circunstâncias, discute-se a possibilidade da parte prejudicada por um desequilíbrio do contrato, pleitear sua resolução ou readaptação.

Assim, a base objetiva do negócio é “o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é

⁵² APUD AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor/ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro. AIDE Editora, 2004, p. 145.

objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido”⁵³

Segundo César Fiúza:

A supressão da base objetiva do negócio é, especialmente, mas não, exclusivamente, importante em dois grupos de casos: o do desequilíbrio das prestações e o da frustração do motivo do contrato. Pode-se falar em verdadeiro desequilíbrio das prestações, quando, em razão de uma alteração imprevista num contrato bilateral, as obrigações se tornam ‘grosseiramente desproporcionais’; quando nem de longe ocorre a proporcionalidade aproximada das prestações supostas pelas partes.

A razão para um tal desequilíbrio pode ser encontrada na depreciação monetária, na mudança da legislação ou em circunstâncias políticas.

A base do negócio jurídico subjetiva, por sua vez, guarda relação com a representação mental de um, ou de ambos os contratantes. Estaria, assim, ligada aos motivos que não devem ser levados em conta ou à teoria do erro, ou da invalidade por erro, se as duas partes se deixarem levar por pressuposições incorretas.

Por fim, parece não haver dúvida que não será possível a revisão ou resolução do negócio pela quebra de sua base objetiva, se o risco for a ele imanente.⁵⁴

Esta noção de risco é citada por Menezes Cordeiro ao tratar teoria do risco. Segundo o autor português, a noção de risco é ínsita a qualquer contrato, mas

Existiria um perigo da comunidade: causado por fatores naturais ou humanos – máxime pelo Estado pelas guerras, medidas econômicas ou outras vias, tornando-se, assim, o maior fator atual de perigo – ele atingiria, de modo indiscriminado, grandes grupos. Poder-se-ia, neste caso, falar da ‘grande base do negócio. Esta

⁵³ LARENZ, Base del negocio jurídico. Revista de Derecho Privado, p. 224

⁵⁴ Assim, Clóvis Couto e Silva, citando Siebert: “Por fim, para que se possa argüir o princípio de equivalência anteriormente, aludida, em se tratando de perda da base objetiva do negócio é preciso que não se trate de contrato aleatório, de especulação, ou daqueles em que o risco é imanente à empresa” (COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 135)

possibilitaria um juízo de valor jurídico-político que, vendo ser uma injustiça a imposição final do dando, sofrido no âmbito de um perigo comunitário, sobre apenas uma das partes, determinaria a sua distribuição também pela outra⁵⁵

Tem-se, assim, uma idéia de repartição de riscos, bem como a impossibilidade de se buscar a resolução ou revisão do negócio em razão de fato decorrente do próprio risco do negócio.

Registre-se que, em contratos de execução imediata, como um contrato de compra e venda, questão do risco é, mais facilmente, resolvida ficando em regra a cargo do proprietário, dispendo o Código Civil em seu artigo 492 que, até o momento da tradição, o vendedor assume os riscos da coisa enquanto o comprador assume os do preço.⁵⁶

4-2- A BOA-FÉ COMO NORTEADORA DO RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Analisando todas as doutrinas citadas, outra conclusão, não há senão, que a revisão do conteúdo dos contratos está em consonância com a devida consideração das legítimas expectativas das partes, buscando um retorno ao programa contratual que fora quebrado em decorrência do advento de circunstâncias supervenientes e imprevisíveis.

A busca pelo restabelecimento da base funcional ligada à troca econômica deverá ser feita, no contrato de longa duração, enfim, mediante a interpretação do negócio, com o exame das declarações e do comportamento das partes, com base no princípio da boa-fé, e privilegiando-se a idéia de vínculo obrigacional como um processo voltado à satisfação dos interesses das partes prevalecendo a noção de dinamicidade do vínculo:

..a inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica veio do conceito de vínculo

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, p. 1059.

⁵⁶ “Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.” (BRASIL, Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)

como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem⁵⁷

Neste contexto, por meio de uma interpretação integradora, devem ser analisadas as declarações e o comportamento das partes e a confiança despertada, com a utilização de regras de interpretação objetiva, buscando-se a necessária estabilidade e segurança que se devem revestir as relações obrigacionais, por meio da análise do conjunto das declarações, do objetivo das partes e das circunstâncias em que se praticou o ato.

Em relação às declarações, deve prevalecer a vontade declarada, já que, ainda que não se descarte a investigação da vontade real, este desejo íntimo não é gerador de obrigações. Segundo Francisco Amaral, “O ponto de vista objetivo ou declarativista relega a segundo plano a intenção do agente. Interessa-lhe não essa intenção mas a vontade concreta, objetivada, como foi declarada, ou como se deduz das circunstâncias objetivas do caso”⁵⁸

Será válida, então, a declaração, conforme a confiança despertada na contraparte, que é seu destinatário. E será a boa-fé pauta de interpretação contratual integradora. Conforme Larenz:

Para a «interpretação contratual integradora», que então há-de ter lugar, são decisivos o contexto global do contrato, um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes e a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses. Por isso, a lei menciona o princípio da «boa fé» (§ 157 do BGB) como pauta da interpretação contratual integradora. Nestes termos, a regulação acordada pelas partes há de interpretar-se, sempre que assim o permitam a declaração de ambas as partes num sentido que seja, tanto quanto possível, justo para ambas.⁵⁹

Note-se que a boa-fé deve ser entendida como princípio geral do direito, sendo, por isso acolhida universalmente pelos povos civilizados e

⁵⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 8.

⁵⁸ AMARAL, Francisco AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução/Francisco Amaral – 7.ed. ver., at. E aum. – Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 431

⁵⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1991 (original Alemão METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT, 1991, Springer Verlag Berlin 1991, p. 423

vigorando, mesmo que não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico positivo.

E tal princípio não só representa limite aos exercícios dos direitos, mas faz nascerem normas de conduta, a serem seguidas durante o programa contratual.

Necessário, será, então, para se examinar a equivalência das prestações durante todo o tempo de contrato levar-se em conta não só os deveres principais, mas os chamados deveres acessórios ou laterais, para que se alcance o equilíbrio desejado, no sentido de se alcançar sua finalidade, qual seja, a circulação de riquezas, de forma justa.

Assim, conforme Ruy Rosado Aguiar Júnior “a teoria da impossibilidade superveniente, assim como regulada nos Códigos, aplica-se a diversas situações criadas por modificação posterior, ensejando a quebra do contrato. O próprio princípio *venire contra factum proprium* pode servir para explicar em alguns casos, o fenômeno da modificação, detectando-se contradição entre o comportamento da contraparte ao tempo da celebração, gerador da confiança na base da qual o negócio foi assumido e o comportamento diverso atual”⁶⁰

Necessário será, enfim, uma interpretação contratual integradora por parte do juiz, considerando as declarações das partes, em um sentido que seja, justo para ambas, com base, sempre na confiança despertada e segundo as estipulações usadas no tráfego negocial. Segundo Larenz:

A regulação contratual é sempre, na verdade, uma regulação «justa», na medida em que tenha sido acordada pelos interessados, «livremente», sem coação, mas, na medida em que deixe espaço para uma interpretação, esta há de realizar-se com vista à medida da «justiça contratual» aqui possível. Para efeito, não deverá certamente o juiz pôr as suas próprias pautas de valoração no lugar das das partes do contrato. O juiz está, na interpretação do contrato, vinculado às bases de valoração aceite pelas partes, se é

⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor/ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro. AIDE Editora, 2004, p. 147.

que a sua acitividade haja ainda de continuar a ser interpretação do contrato⁶¹

Com esta atividade integradora, deve se buscar a garantia de uma equivalência material, no sentido de se garantir uma justa proporção entre as prestações, de uma forma objetiva.

Tratando-se de contratos comutativos, esta equivalência é mais facilmente atingida, sendo inclusive verificável pelos contratantes, tornando-se mais complexo nos contratos da natureza aqui estudada, principalmente a se considerar que deve ser pretendida desde a fase pré-contratual, passando pela fase de execução do contrato, até atingir sua fase pós-contratual, incluindo-se, aí, os contratos aleatórios.

E para se atingir este fim, valores como liberdade, justiça contratual deverão ser ponderados, mediante um juízo de razoabilidade, não tendo espaço, em razão deste último, para arbitrariedades. Assim conforme Luiz Roberto Barroso:

[...] é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado ou lugar⁶²

Sobre a questão, da equivalência material Teresa Negreiros, sustenta que

[...] no domínio das relações contratuais, a concepção de justiça, outrora formulada em termos de autonomia e liberdade, altera-se profundamente à luz do equilíbrio econômico. Em lugar da liberdade, ressalta o valor social da paridade e do equilíbrio, que, conforme se procurou demonstrar acima, aproxima a justiça contratual de uma certa tradição filosófica que considera a regra da justiça uma regra de distribuição paritária, proporcional e, nesta medida, uma regra, em todos seus sentido e projeções sociais

Tal entendimento parece pecar, porém, no que diz respeito ao princípio da liberdade, na medida em que, ainda que não mais reinante como

⁶¹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1991 (original Alemão METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT, 1991, Springer Verlag Berlin 1991, p. 423

⁶² Apud BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p.12.

outrora, ainda deve ser assegurada, tendo a interpretação contratual como fim, garantir-se esta liberdade, assegurando, satisfação da vontade das partes, por meio de critérios objetivos, baseados na eticidade e cooperação, ou seja, fundado na boa-fé objetiva.

Em sua interpretação deverá, assim, estar atento, para o significado de três palavras fundamentais: “equilíbrio”, “equivalência” e “igualdade”

5-SUPERVENIÊNCIA DAS LEIS DURANTE OS CONTRATOS

Como visto, o Estado, buscando garantir o exercício da livre iniciativa e coibir o abuso do exercício da autonomia da vontade nos contratos, interveio na ordem econômica. Seja pela tutela específica do consumidor ou do trabalhador, seja pela regulação do mercado imobiliário, do mercado financeiro e de capitais, pela repressão ao abuso econômico, o Estado se faz presente, pela edição de normas que acabam por influenciar nos pactos celebrados pelos agentes econômicos gerando um fator contingencial capaz de ocasionar não só a limitação da liberdade contratual, mas a mitigação da intangibilidade dos pactos e não raramente, desequilíbrio nas avenças feitas.

É fato que as leis devem acompanhar a evolução das necessidades sociais e econômicas, dentro de uma sociedade, tendo o legislador, ao regular as relações jurídicas, como missão, tentar garantir a observância destes valores

Por outro lado, a estabilidade das relações jurídicas deve ser assegurada, sob pena de insegurança para os agentes econômicos.

Ocorre que, invariavelmente, quando há uma renovação no sistema normativo, uma série de dúvidas surge para o aplicador da lei. E em uma sociedade caracterizada pelo dinamismo das relações e por interesses conflitantes entre grupos de agentes econômicos, estas dúvidas acabam se mostrando rotineiras, em razão do grande número de leis esparsas, especiais com conceitos indeterminados e cláusulas gerais que geram no ordenamento um grau de fluidez propício ao surgimento de conflitos.

A despeito disso, a dogmática tradicional, ainda, não apresentou mecanismo de todo suficiente para a solução da questão, concentrando-se, ainda, a análise nos critérios fornecidos pela teoria geral do direito para a solução de conflitos de direito intertemporal, fundada nas concepções de retroatividade e eficácia imediata da lei e no respeito ao direito adquirido, restando, ainda, válida a ponderação de grande mestre sobre o assunto:

A nosso ver, a necessidade de uma técnica própria do direito intertemporal advém de três fatores fundamentais: a) da insuficiência das balizas para resolverem por si muitos dos problemas da matéria; b) da impossibilidade, em certos casos, de se levar isso a efeito; c) e, sobretudo, entre nós, da completa falta de método que reina entre muitos dos nossos melhores autores especializados.

A insuficiência dos princípios fundamentais já assentados com relação ao assunto, conforme vimos no início deste trabalho, tem sido testemunhada por muitos autores, tanto alienígenas do porte de Winscheid e Savatier, como nacionais da estatura de José Augusto César e Filadelfo Azevedo.⁶³

Seja qual for a doutrina que se aceite, o que não sofre dúvida é não haverem os juristas, até hoje, encontrado uma fórmula única e geral, aplicável a todos os aspectos do conflito das leis no tempo.⁶⁴

Em relação aos contratos, a questão que se impõe diz respeito à possibilidade de uma lei nova atingir os efeitos produzidos por um pacto celebrado antes de sua vigência, ficando as partes de um contrato de longa duração, que pode perdurar por anos, ou, até, décadas, invariavelmente, sujeitas a ver o conteúdo do contrato alterado pela imposição de normas supervenientes à contratação.

⁶³ FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido - 3 ed. Refundida e atualizada, do "Direito Intertemporal brasileiro" São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 259.

⁶⁴ RAO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos – Max Limonad. São Paulo, 1952, p.

A jurisprudência brasileira, incluindo a dos tribunais superiores é vacilante, sobre a questão, encontrando-se distante de uma unicidade. O Supremo Tribunal Federal, em relação aos contratos mantém algumas teses, baseadas no entendimento de que os efeitos dos contratos regem-se pela lei do tempo de sua constituição, independentemente se a lei se tratar de lei considerada como de ordem pública, garantindo-se, assim, a proteção ao direito adquirido, Por outro lado, define que não é possível a oposição de direito adquirido a regime jurídico de instituto de direito.

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitir a incidência imediata da lei nova aos efeitos futuros dos negócios avençados antes de sua vigência, desde que não venha a afetar situações consolidadas.

Esta situação mereceu a relevante crítica de Maria Helena Diniz:

o problema da irretroatividade é irrelevante na seara jurisprudencial e consuetudinária. Isto é assim porque o judiciário resolve as questões de direito intertemporal caso a caso, fundado às vezes sobre o interesse geral, a ordem pública, as exigências fático axiológicas do sistema jurídico, etc. A irretroatividade das leis é somente um princípio de utilidade social

5-1- PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

A despeito da relevância e persistência do tema, a doutrina atual se mostra escassa sobre a matéria, sendo necessário, ainda, se recorrer às obras clássicas, produzidas por autores como, Rubens Limongi França, Carlos Maximiliano, Wilson de Souza de Campos Batalha, Miguel Faria de Serpa Lopes que, por sua vez, utilizaram-se da produção estrangeira em sua maior parte produzida no século XIX.

Das teorias formuladas, pode se encontrar como mecanismos, o direito adquirido, a titularidade de direitos subjetivos que faziam parte do patrimônio do indivíduo, a não retroatividade da lei e a distinção entre situações subjetivas e objetivas e efeito retroativo e imediato da lei.

Pode-se afirmar que dentre as teorias formuladas⁶⁵ as que mais influenciaram a doutrina nacional com reflexos na jurisprudência, foram aquelas desenvolvidas pelo italiano Carlo Francesco Gabba e pelo francês Paul Roubier, que, para solucionarem os conflitos de direito intertemporal, se utilizam, respectivamente, do conceito de direito adquirido e da distinção entre efeito imediato e efeito retroativo das leis.

Assim, a afirmação de Wilson de Souza de Campos Batalha, no sentido de que

A doutrina do respeito ao direito adquirido como fundamento da teoria da retroatividade das leis foi muito prestigiada no Brasil, principalmente, tal como Gabba a formulou. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro apartou-se dessa teoria, procurando aproximar-se dos doutrinamentos de Roubier, mas a Constituição Federal de 1946 volveu os passos para trás, retornando ao ponto de vista da antiga Introdução ao Código Civil⁶⁶

Analizando-se a doutrina e a jurisprudência recentes sobre o tema, percebe-se que, ainda hoje, é perfeita a afirmação do autor eis que os fundamentos utilizados são retirados destas teorias.

Gabba foi um dos autores da teoria denominada subjetivista, que leva em conta os efeitos dos fatos jurídicos sobre as pessoas, delimitando o domínio da lei nova segundo a natureza dos efeitos produzidos no passado.

Fundamentou sua doutrina no entendimento de que as leis podem ser retroativas, mas o limite da lei nova para disciplinar os efeitos dos fatos passados é o direito adquirido.

Sobressaiu-se, então, por ter sido o responsável por dar contornos e definição acerca do direito adquirido que serviu de influência,

⁶⁵ Apontam-se, ainda, as formulações de Savigny, Lassale, Duguit, Jèze (conforme Antônio Jeová Santos. Direito Intertemporal e o novo Código Civil)

⁶⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro:Forense, 1980, p. 112.

dentre outros, para o legislador brasileiro e que prevalece até os dias de hoje, como orientação à jurisprudência pátria

Rui Limongi França traz o conceito formulado por Gabba, identificando como direito adquirido

todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu⁶⁷

Não estariam incluídos, assim, na categoria dos direitos adquiridos os direitos consumados, mas apenas, aqueles direitos que foram adquiridos, mas não foram ainda efetuados ou consumados, distinguindo-se, ainda, as faculdades abstratas e as meras expectativas.

Gabba considera, ainda, que os direitos seriam adquiridos por atos da vontade humana, mas também, por fatos previstos na hipótese descrita pela lei, devendo estes ser verificados por inteiro.

Sustenta, ainda, que podem ser divididos em fatos aquisitivos simples, quando completados, em um instante, somente, e aquisitivos complexos, se compostos por partes sucessivas que se concretizam, separadamente, surgindo, neste caso, como problema, a pluralidade de leis a atingir as partes não finalizadas.

Por fim, os fatos devem ser posteriores ou, pelo menos contemporâneos à entrada em vigor da lei que lhe dá amparo.

⁶⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 205.

Por se basear na incorporação do direito ao patrimônio do titular, sua teoria foi classificada como subjetivista, resumida por José Eduardo Martins Cardozo nos seguintes termos:

De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar “direitos adquiridos” sob o domínio de sua antecedente⁶⁸

Tal doutrina foi, de fato, a adotada pela legislação brasileira e pela jurisprudência, incluindo, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmando-se como o verdadeiro fundamento e até significado de irretroatividade das leis.

Passível, de críticas, porém, em razão de não trazer, ainda, uma satisfatória definição de direito adquirido.

Assim, já no século XX, alguns doutrinadores, chamados de objetivistas se opuseram à teoria dos direitos adquiridos procurando tratar das questões de direito intertemporal, pela necessidade de manter intactas certas situações jurídicas constituídas na vigência da lei anterior, como critério da não aplicação da lei nova, como foi o caso de Roubier.^{69 70}

⁶⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁶⁹ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 242.

⁷⁰ Leon Duguit concentra sua crítica na distinção entre situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas. Assim, segundo Batalha, ele baseia-se na distinção entre situações jurídicas individuais ou subjetivas, resultantes de manifestações individuais de vontade, que não podem ser atingidas pela Lei nova, e situações legais ou objetivas, as quais derivam diretamente da lei, mesmo quando nascem por ocasião de um ato voluntário, que é a condição e não a causa eficiente de sua formação. As situações legais, permanentes, que derivam da lei, seguem todas as transformações da lei e uma lei nova modificará uma situação legal nascida anteriormente sem que com isso produza efeito retroativo. Ao contrário, toda a manifestação individual de vontade é sempre, quanto a sua legalidade e a sua validade, regida pela lei vigente ao tempo em que ela se produziu, sejam quais forem as

Para ele, como sintetiza Limongi França,:

Se a lei não pode aplicar-se às manifestações de vontade individual anteriores à sua promulgação o podem, entretanto, em relação às situações legais existentes no momento de sua promulgação. A situação legal não é um efeito deste ato (isto é, do ato contratual); ela deriva diretamente da lei; a declaração de vontade, mesmo contratual, não foi senão a condição da aplicação da lei a tal ou a tal pessoa; e a lei nova modifica somente esta situação⁷¹

Tenta, portanto, solucionar as dificuldades do direito adquirido, formulando a idéia de situação jurídica e com a distinção entre situações jurídicas individuais ou subjetivas e situações jurídicas legais, também ditas objetivas⁷²

Paul Roubier prefere, também, utilizar a expressão situação jurídica em lugar da designação direito adquirido, sob o argumento de que aquela seria superior ao termo direito adquirido, por não ter um caráter subjetivo e poder ser aplicada a situações como a do menor, do interdito e do pródigo⁷³.

Considera que as situações jurídicas não se realizam em um único momento, perdurando no tempo, podendo ser atingidas por mais de uma lei.

modificações posteriormente, introduzidas à lei.(BATALHA, Wilson de Souza de. Lei de Introdução ao Código Civil, VII, tomo I, p. 1180.

⁷¹ LIMONGI FRANÇA, Direito Intertemporal, p. 171.

⁷² Jéze também é responsável pela distinção entre situação jurídica individual subjetiva e situação jurídica geral ou objetiva. Segundo Eduardo Espínola, (...) no que diz respeito ao problemas da irretroatividade das leis, é claro quem, em se tratando de uma situação geral, aplica-se-lhe a lei nova; ao contrário, esta respeita a situação individual constituída na vigência da lei anterior” (ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1, p. 243)

⁷³ Conforme citado por Francisco Amaral, para Roubier “a situação jurídica é um conjunto de direitos e deveres, prerrogativas, e obrigações, que se cria em torno de um fato, uma situação ou um ato, capaz de gerar efeitos jurídicos” (AMARAL, Francisco. Direito Civil:introdução. 7ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p.222)

Com base nisso, formula a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, referindo-se primeiro à aplicação da lei ao passado, enquanto o segundo á sua aplicação ao presente.

Enquanto uma situação jurídica não está constituída ou extinta, pode a lei nova modificar as condições para tal, sem agir retroativamente, mas de forma imediata.

Para ele “... a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as condições de legalidade de um ato, seja para modificar ou suprimir os efeitos de um direito já realizado. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os “efeitos futuros” de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa.”⁷⁴

Diferencia, assim, na aplicação da lei os fatos já realizados, denominando-os de “*facta praterita*”, dos fatos em via de realização denominando-os “*facta pendentia*” e os fatos futuros de “*facta futura*”. E quanto aos fatos pendentes separa as partes anteriores e as partes posteriores à data da mutação legislativa, concluindo que, aplicando-se a lei a estas últimas, ela não terá efeito retroativo⁷⁵.

Conclui, então, que as leis relativas aos modos de constituição ou de extinção de uma situação jurídica não podem, sem retroatividade, contestar a eficácia ou ineficácia jurídica de um fato passado. Já quando se cuida de fixar os efeitos dessa situação jurídica, a definição do caráter

⁷⁴ Apud Mário Luiz Delgado em JABUR, Gilberto Haddad & Pereira Júnior, Antônio Jorge (coord.) – Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.112

⁷⁵ A retroatividade da lei, também, é classificada pela doutrina⁷⁵ de acordo com atuação da lei aos fatos passados e a situação da relação jurídica constituída sob a vigência da lei anterior. Será, desta forma, máxima, a retroatividade, na hipótese da lei nova vir desfazer a coisa julgada e os fatos consumados, restituindo as partes ao estado anterior. Ocorrerá a retroatividade média se a lei posterior vier a ser aplicada apenas aos efeitos pendentes dos atos jurídicos ultimados antes de sua entrada em vigor e, por fim, será mínima a retroatividade no caso de observância dos preceitos da nova lei somente, aos efeitos futuros dos atos jurídicos passados. (Ver Mário Luiz Delgado em seu “Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil.”)

retroativo faz-se da seguinte forma: os efeitos já produzidos antes da entrada em vigor da nova lei fazem parte do domínio da lei antiga e são intocáveis. A lei nova determinará os efeitos jurídicos que se produzirão após a sua entrada em vigor, sem que isto signifique algo diferente do efeito imediato.

Ressalte-se, porém, que em relação aos contratos, há a permanência da lei antiga a regulá-los, ainda que se trate de contratos em curso, não sendo as partes posteriores à lei nova, por ela atingidas. Assim,

o contrato é o instrumento da diferenciação dos indivíduos, e assim, corresponde a uma necessidade capital das sociedades humanas. Outrora, essa diferenciação era realizada pela própria lei ou pelos costumes: atualmente, porém, uma vez que a lei exerce o seu império de modo igual perante todos, o contrato é o único instrumento de diversificação jurídica de onde a sua importância. O arcabouço básico dos tipos de contrato é um só, mas em virtude do próprio consentimento do legislador, as partes podem modificá-los ao infinito, exercendo uma escolha. Ora, o contrato pelo qual os interessados realizam esta escolha constitui um ato de previsão; os contratantes que, por esse meio, conjugam os seus interesses, sabem, aquilo que podem esperar do conjunto de cláusulas expressas do ato, ou ainda da lei. É evidente que esta escolha seria inútil se uma lei nova, modificando as disposições do regime em vigor no tempo em que o contrato foi lavrado, viesse trazer um desarranjo nas suas previsões. Para Roubier, não colheria sequer a objeção referente às leis imperativas. Elas terão efeito com relação aos contratos que viessem a ser concluídos posteriormente (*facta praterita*), mas não no atinente aos contratos em curso (*facta pendencia*). As leis novas não podem atingir a escolha que fora conferida às partes quando da lavratura do contrato: esta escolha tinha um sentido, o de permitir aos contratantes estabelecer suas previsões e seria insuportável que, uma vez assim fixadas as partes, sobre um determinado tipo jurídico, a lei, desmentindo suas previsões, viesse a ordenar de outro modo as suas relações contratuais. Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que se não pode apreciar senão à luz

da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência da lei antiga⁷⁶

Assim, Segundo Antônio Jeová Santos⁷⁷, citando a doutrina de Roubier:

Se o contrato foi celebrado sob a existência de uma lei, ainda que seus efeitos ocorram no futuro, durante nova lei, ditos efeitos não se submetem à lei posterior. O Contrato fica jungido e subordinado à lei do tempo em que houve a celebração, a consumação do contrato.

Por outro lado, porém, diferencia a disciplina das leis em relação a um determinado estatuto jurídico, inexistindo, neste caso, direito adquirido aos institutos jurídicos, sendo que “se a lei nova trouxesse uma modificação no estatuto legal ela poderia ser aplicada aos contratos em curso, desde que ela não seja uma lei relativa às condições de validade de um contrato”⁷⁸

Por fim, sobre a aplicação de normas de ordem pública, geralmente utilizadas pelo Estado como forma de intervenção na economia sobre os contratos, Roubier não considera pacífica a questão.

Por outro lado, há outros autores que se posicionam. Conforme Batalha, é este o entendimento de Simoncelli:

Assim, predominando na esfera do direito privado o interesse particular e a autonomia da vontade, o respeito devido à confiança que o particular depositou na lei vigente exige que

⁷⁶ Limongi França, Direito intertemporal, p. 179-180

⁷⁷ SANTOS, Antônio Jeová. Direito Intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002 – Antônio Jeová Santos – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

⁷⁸ BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Direito adquirido e situações contratuais: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal. Revista de Direito Privado, n.º 33, 2008, p. 169, 200.

a lei nova não incida retroativamente sobre relações e efeitos derivados daquela, ainda, que estes se produzam na vigência da norma posterior. No direito público, ao contrário, predomina o interesse do Estado, que ordena ou proíbe tendo em vista um fim superior ao particular; a mais intensa obrigatoriedade de suas normas exige que a nova norma se apodere dos fatos e relações anteriores e os regule segundo o novo preceito. O critério fundamental seria, pois a preponderância do princípio da irretroatividade na esfera do direito privado e a preponderância do princípio da retroatividade na esfera do direito público, quer se tratasse de normas de direito público, em sentido técnico, ou apenas de ordem pública.⁷⁹

Não poderia ser diferente a crítica a esta doutrina senão em relação à dificuldade de se estabelecer os limites entre a ordem pública e o interesse social e o interesse privado.

5-2- ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência brasileira, principalmente, a dos Tribunais Superiores, ao tratar do direito intertemporal, fundamenta, ainda, suas decisões, nas doutrinas aqui citadas.

O Supremo Tribunal Federal entende, assim, em regra, que a regência dos contratos se faz pela lei em vigor na data em que foi formalizado, configurando-se a retroatividade da lei, se, aplicada aos contratos celebrados antes de sua vigência, ferir o direito adquirido, independentemente se a lei nova se reveste de caráter de ordem pública, pois a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada veiculam todas as leis infraconstitucionais, inclusive as de ordem pública.

Em alguns julgados, porém, entendeu serem aplicáveis normas de ordem pública para alterarem as condições pactuadas em contratos

⁷⁹ BATALHA, Wilson de Souza de. Lei de Introdução ao Código Civil, v. II, tomo I, p. 87

celebrados antes de sua entrada em vigor, como ocorreu com planos econômicos alterando o padrão monetário.

Já, por outro lado, decidiu pela não incidência imediata do Código de defesa do consumidor. Apesar de ser considerado norma de ordem pública, se aplicável a contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, estaria ocorrendo retroatividade e afronta ao ato jurídico perfeito.

Não se pode, portanto, afirmar que sua posição em relação à aplicação da lei nova aos contratos seja unificada.

Diferentemente do que ocorre na corte suprema, no Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência tem sido enfática e uníssona no sentido de admitir a incidência imediata da lei nova aos efeitos futuros dos negócios avançados antes de sua vigência, desde que não venha a afetar situações consolidadas. São abundantes os julgamentos em favor da eficácia imediata das normas de ordem pública sobre os contratos em curso de execução.

Como exemplo do entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que a lei que se aplica aos efeitos dos contratos é aquela vigente do momento de sua celebração, sob pena de lesão a direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, pode ser citada a decisão na ADIN 1931 ajuizada pela Confederação Nacional De Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços, cujo objeto é a declaração da inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei 9656/98 que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, por preverem a aplicação da lei a contratos celebrados antes de sua entrada em vigor.

Declarou o Tribunal inconstitucional o artigo 35-E⁸⁰ da Lei, por ferir direito adquirido, conforme consta da ementa abaixo transcrita

⁸⁰ O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, parágrafos 1o e 2o, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.

6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1o, incisos I a V, e 2o, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.

7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5o, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2o do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999,

para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3o da Medida Provisória 1908-18/99.

Como se depreende da ementa, o STF entende ser inconstitucional a norma contida no § 2º do artigo 10⁸¹ e Artigo 35⁸² da Lei que regula os planos de saúde, por ferirem o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

As normas, alteradas por diversas medidas provisórias trazem diversas imposições às operadoras e definem que são aplicáveis aos contratos já celebrados antes de sua entrada em vigor.⁸³

Assim, se manifestou o Ministro Relator Maurício Corrêa em seu voto:

[...] entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto de contratação. A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras de legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, ao meu ver, afrontam o direito consolidado das partes [...]

⁸¹ "Art. 10 (...) § 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores" (BRASIL, Lei 9656/98, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)

⁸² Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei (BRASIL, Lei 9656/98, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)

⁸³ Prevêem as normas, por exemplo, que reajustes na contraprestação paga por consumidores com mais de sessenta anos de idade fica submetida à autorização prévia da ANS; que as cláusulas que tratam de doença pré-existente passarão a ser analisadas pela ANS, a vedação da rescisão unilateral do contrato pelas operadoras; que as cláusulas de reajuste deverão ser previamente analisadas pela ANS. (artigo 35-E e parágrafos da 9656/98, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)

Ressalte-se, que, até o momento o mérito da ação não foi julgado.

Note-se, porém, que sobre normas de ordem pública é tradição do STF alterar seu entendimento de acordo com as mudanças da economia.

Com a análise de julgados mais antigos, são encontradas decisões determinando a aplicação imediata de normas consideraras de ordem pública a contratos em curso como no caso da aplicação do Decreto 22.626 de 1933, conhecido como Lei de Usura⁸⁴, ou no caso da aplicação da chamada Lei de Luvas (Dec. 24.150 de 1934) sobre os contratos de locação em vigor⁸⁵, fundamentando-se a decisão no interesse da coletividade e na vedação a abusos e exploração de uma parte pela outra nas relações contratuais.

Já no período de crise vivido pelo país, após a década de 70, o Estado interveio de forma intensa na economia com a edição de leis objetivando sanar os efeitos da inflação.

Neste período, a jurisprudência do Tribunal primou pela manutenção dos pactos em prol da aplicação do *pacta sunt servanda*, rejeitando, assim, a influência das leis novas aos contratos celebrados sob a

⁸⁴ Segundo Mário Luiz Delgado ocorreu nesta ocasião hipótese de retroatividade média, já que “A retroatividade é média quando a lei posterior vem a ser aplicada apenas aos efeitos pendentes dos atos jurídicos ultimados antes de sua entrada em vigor, como foi o caso do sempre citado Decreto 22.626/33 (lei da usura que, ao limitar a taxa de juros ao percentual de 12% ao ano, aplicou-se aos contratos então existentes. Trata-se de verdadeira retroatividade porque os juros já estavam fixados no contrato *‘ab initio’*. Conquanto a cobrança desses juros só se operaria quando vigente a lei nova limitadora, o seu percentual já estava definido antes. É o que Roubier chama de partes pretéritas de fatos pendentes” (JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (coord.) – Direito dos Contratos – São Paulo: Quarter Latin, 2006, p. 109)

⁸⁵ O decreto trata do direito de preferência do locatário para aquisição do imóvel locado. Entendendo tratar-se de norma de ordem pública o STF determinou sua aplicação aos contratos celebrados anteriormente, conforme pode se constatar no julgamento do RE 27.377-DF.

égide da lei anterior. Este foi o entendimento exarado da decisão do Recurso Extraordinário 96.037-6, cuja ementa segue transcrita:

EMENTA: Locação Comercial. Vinculação do aluguel ao salário-mínimo, consoante contato de celebrado anteriormente às Leis n.ºs 6205/75 e 6.423/77.

Respeito ao ato jurídico perfeito, de que se irradiam direitos e obrigações para os contratantes. Não há que se invocar o efeito imediato da lei nova, porquanto esta não se aplica aos efeitos futuros do contratos anteriormente celebrado e que se acha em curso.

Não impressiona o argumento de que se cuida de lei de ordem pública, face ao princípio constitucional inserido no art. 153, § 3º. Provimento do recurso extraordinário, para reconhecer o direito do locador ao aluguel reajustado anualmente, com base no salário mínimo⁸⁶

Tratou o referido decreto de vedar a utilização do salário mínimo como fator de atualização monetário, norma que foi de encontro a diversas cláusulas contratuais estipulando este tipo de reajuste.

Assim, constou no voto do Ministro Relator:

Tratando-se de contrato legitimamente celebrado as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular inclusive os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Ai, não há que invocar o efeito imediato da lei

Mas em relação a normas que alteravam disposições referentes ao padrão monetário, decidiu o STF, que as mesmas deveriam incidir, imediatamente, por se referirem ao regime legal da moeda, não se aplicando, neste caso as limitações referentes ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito por tratar-se, no caso, de estatuto legal⁸⁷.

⁸⁶ BRASIL – STF – RE 96.036-6-RJ – REL. Min. Djaci Falcão. Disponível em [HTTP://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12.09.2010

⁸⁷ Assim, se decidiu em relação a contribuições e benefícios ligados à Previdência Privada, ficando os contratos sujeitos à substituição do salário mínimo como critério de correção pela ORTN, conforme RE 105.137-RS – Rel. Min. Rafael Mayer. Disponível em [HTTP://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12.09.2010

Houve, porém, o julgamento da ADIn 493-DF que, durante certo período, serviu de orientação, para outras decisões. Nesta oportunidade, o Tribunal negou a aplicação dos dispositivos contidos na Medida Provisória 94 de 1991, posteriormente, convertida na Lei 8177/91, que alteraram a forma de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações, a partir de fevereiro de 1991, em contratos celebrados perante o Sistema Financeiro de Habitação.

Segundo Ministro Moreira Alves:

Sendo as partes contratantes entes privados, colocados juridicamente em plano de igualdade, são contratos de direito privado, ainda que, de adesão, não lhe alterando essa natureza o dirigismo contratual imposto pela lei, para atender às necessidades econômico-financeiras do sistema habitacional que está subjacente⁸⁸

Sustentou, assim, o ministro em seu voto que a proteção ao direito adquirido no ordenamento brasileiro não é excepcionado em razão de aplicação das denominadas leis de ordem pública, destacando que “se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados, anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado”⁸⁹ Entendeu tratar-se de hipótese de retroatividade mínima da lei.

Por meio desta decisão, proferida em 1992, o Tribunal, após concluir que TR não constitui índice de correção monetária, considerou inconstitucional sua aplicação como substituta da correção monetária em contratos anteriores, por ferir o direito adquirido dos mutuários, alterarem sua forma de atualização.

Considerou, também, inconstitucionais as normas que alteraram o critério de reajuste das prestações, que antes tinha por base o aumento do

⁸⁸ BRASIL – STF – ADIn 493 – DF – Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

⁸⁹ BRASIL – STF – ADIn 493 – DF – Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

salário mínimo da categoria profissional do mutuário. Assim, constou na ementa:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial não é índice de correção monetária, pois refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo a moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetário se aplicam imediatamente alcançando, pois as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrado pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei 8.177 de 1º de março de 1991.

Durante certo período, esta decisão serviu de base para muitos outros julgamentos envolvendo a questão, incluindo decisões sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos celebrados, em data anterior à sua vigência, entendendo não ser possível sua aplicação retroativa sob pena de violação do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal. Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário 205.999-4 SP, não admitiu a aplicação da norma contida no CDC, ainda que entendida como de ordem pública, que considera nula cláusula em contratos de compromisso de compra e venda e alienação fiduciária, prevendo, em razão de inadimplemento, a retenção pelo credor de todas as prestações pagas⁹⁰

⁹⁰ Assim dispõe o art. 53 do CDC: "Art. 53 Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado." (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>

Assim, se manifestou o Ministro Moreira Alves:

(...) se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda, quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no art. 5ºXXXVi, da Carta Magna⁹¹

Este entendimento acabou, porém, sendo alterado, passando o Tribunal a conferir outro tratamento à questão da aplicação de leis de ordem pública aos contratos em curso, aplicando a teoria da imprevisão e voltando a aplicar a tese da inoponibilidade de direito adquirido em face de modificação do padrão da moeda, com base na doutrina de Roubier sobre aplicação imediata de normas sobre estatuto legal.

Assim, decidindo casos envolvendo correção relacionadas aos planos Bresser, Verão, Collor I e II, decidiu que não cabia aplicar a garantia do direito adquirido, porque entendeu que “as leis que modificam o valor da moeda devem ser aplicadas aos contratos em curso porque, se assim não fosse, elas não atingiriam o objetivo para o qual foram criadas, que é o de facilitar ao Estado e aos particulares a liberação de seus débitos, além de evitar o enriquecimento de uma parte em detrimento da outra”⁹²

Tem esta alteração como precedente o julgamento no Recurso Extraordinário 141.190-2-SP⁹³.

Em razão do súbito e inesperado congelamento dos preços determinado tanto pelo Plano Cruzado quanto pelo Plano Bresser, houve uma

⁹¹ BRASIL – STF – 205.999-4 SP Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

⁹² BRASIL – STF – RE 141.190-2-SP rel. p/acórdão: Min. Nelson Jobim. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

⁹³ BRASIL – STF – 141.190-2-SP Rel. p/ o acórdão Min.Nelson Jobim. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

paralisação da inflação e conseqüente supressão da correção monetária, atingindo, com isto os contratos que continham expressa, ou implicitamente, cláusula de correção monetária pré-fixada, já que os devedores de tais contratos continuariam a dever uma correção monetária que não mais existia, onerando, excessivamente uma das partes contratantes.

Foi, então, prevista em lei a aplicação de índice de deflação denominado de tablita a aplicações em certificados de depósitos com correção monetária pré-fixada para os resgates.

Entendeu o tribunal que a discussão fugia do âmbito da economia dos contratos, constituindo questão de ordem pública.

Amparado em Roubier, o Ministro relator originário Ilmar Galvão sustentou a tese que já havia sido aplicada pelo tribunal de aplicação imediata de normas sobre estatuto legal:

Na verdade, o que o insigne mestre da faculdade de Direito de Lyon nos revelou, na esteira dos ensinamentos de Pothier, um dos precursores do "Code Civil" de 1804, -- o qual, por volta de 1750, já escrevia que "c'este une question entre les interpretes, si l'argent prete doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du payement ou sur celui qu'il valait au temps du contrat" (É uma questão entre os intérpretes, se a prata emprestada deve ser restituída à base do que ela vale ao tempo do pagamento, ou sobre o que valia ao tempo do contrato (cf. A. Mendes e Edson B. Nascimento, op. E loc. Cits.) --, foi que as leis que criam ou modificam algum "estatuto legal", seja, algum instituto fundamental integrante do sistema jurídico de uma nação, tem aplicação imediata, independentemente de estar-se diante de direito resultante de contrato ou diretamente da própria lei⁹⁴

Registre-se que os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello proferiram votos divergentes no sentido da inconstitucionalidade do art. 13 do Dec. Lei 2.342/87 por ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito O primeiro considerou que a diminuição do índice inflacionário não repercute na espécie de investimento tratada, já que "as partes, quando contrataram, submeteram-se à própria incerteza relativa à operação, arcando cada qual

⁹⁴ BRASIL – STF – 141.190-2-SP Rel. p/ o acórdão Min.Nelson Jobim. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

com o risco a esta inerente”⁹⁵ Já o segundo, com base no julgamento da ADIn 493, afastou a tese de que a garantia constitucional do ato jurídico perfeito pode ser mitigada em razão da retroatividade da lei nova dispondo sobre matéria de ordem pública.

Já o Ministro Maurício Corrêa reafirmou o entendimento contido no julgamento da ADIn 493 e se utilizou, para a solução do caso, da teoria da imprevisão, entendendo que a introdução de planos econômicos provocou expressivas alterações na economia que modificaram, significativamente, qualquer tentativa de previsão antes realizada pelas partes⁹⁶

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal se utiliza de várias teses para aplicar ou não a lei nova aos contratos em curso, não podendo se afirmar, portanto, que sua posição seja unificada.

Já a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta uniformidade no entendimento de que, sempre que a retroatividade da norma não ultrapasse o grau mínimo, ocorrerá aplicação imediata da lei e não retroatividade, conforme se depreende do julgamento do Recurso Especial que envolveu, também a discussão acerca da aplicação das tablitãs já citada:

DIREITO ECONOMICO. PLANO "BRESSER". MERCADO A TERMO. CONTRATOS DE RISCO. APLICAÇÃO DA "TABLITA". INCIDENCIA DO ART. 13 DO DECRETO-LEI 2.335/87 NÃO EXCEPCIONADA PELO ART. 16 DO MESMO DIPLOMA. INOCORRENCIA DE RETROATIVIDADE DA NORMA. EMBARGOS DE DIVERGENCIA CONHECIDOS MAS DESPROVIDOS. I - A OCORRENCIA EM CONTRATO DOS PRESSUPOSTOS ABSTRATOS CONTIDOS NA NORMA IMPÕE A ATUAÇÃO DO COMANDO LEGAL NELA CONTIDO, DE SORTE QUE, PREENCHENDO OS CONTRATOS DO MERCADO FUTURO OS REQUISITOS

⁹⁵ BRASIL – STF – 141.190-2-SP Rel. p/ o acórdão Min.Nelson Jobim. Disponível em <HTTP>://www.stf.gov.br. Acesso em 12.09.2010

⁹⁶ Segundo o Ministro,

FIXADOS NO ART. 13 DO DECRETO-LEI 2.335/87, A APLICAÇÃO DA TABLITA AOS SEUS VALORES DE LIQUIDAÇÃO NÃO PODERIA SER AFASTADA.

II - O ART. 16 DO MESMO DIPLOMA, NÃO EXCEPCIONANDO DAQUELE COMANDO OS MENCIONADOS CONTRATOS, APENAS ESCLARECEU QUE A REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO E DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, EXERCIDA PELO CONSELHO MONETARIO NACIONAL, TERIA DE SER ADEQUADA A LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA DA NOVA POLITICA ECONOMICA.

III - A JURISPRUDENCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM SIDO ENFATICA E UNISSONA NO SENTIDO DE QUE A INCIDENCIA IMEDIATA DE NORMAS DE DIREITO ECONOMICO NOS NEGOCIOS AVENÇADOS ANTES DE SUA VIGENCIA, E COM PREVISÃO DE SALVAGUARDA INFLACIONARIA QUE SE PROJETA NO FUTURO, NÃO IMPORTA EM RETROAÇÃO, POR NÃO AFETAR SITUAÇÕES JURIDICAS CONSOLIDADAS.

Enfim, da análise feita, pode ser concluir que o judiciário resolve as questões de direito intertemporal caso a caso, fundado em valores como o interesse geral, a ordem pública, a estabilidade das relações, podendo, inclusive se concluir que o princípio da irretroatividade da lei no sistema brasileiro não é absoluto, ficando às partes sujeitas a ver a alteração do conteúdo dos pactos celebrados em razão da superveniência de leis.

5-3-O ART. 2035 DO CÓDIGO CIVIL

Questão não analisada, amplamente, ainda, pelos tribunais superiores diz respeito à norma do artigo 2035⁹⁷ do Código Civil, ao entrar em vigor e prever uma suposta retroatividade, foi de encontro às diversas interpretações ora analisadas.

A abordagem da questão pode ser feita com a análise sobre a possibilidade do Código regular os efeitos futuros ou situações jurídicas que já existiam antes do início de sua vigência, assim como modificar determinados

⁹⁷ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

efeitos produzidos no passado e, ainda permitir a criação de situações com base em fatos ocorridos, sem que fira a vedação de retroatividade da lei prevista na Constituição Federal.

Não se manifestando, ainda, o Supremo sobre a constitucionalidade da norma, a discussão fica com a doutrina, que apresenta interpretações diversas. Assim, conforme Mário Luiz Delgado:

Como se vê, a idéia de que o contrato, como negócio jurídico realizado sob o império de uma lei enquadra-se no conceito de “ato jurídico perfeito” para os fins de se furtar à retroatividade da lei nova, é assimilada pelo Código, que inclui, sob a sua regência, tão-somente, os efeitos futuros dos contratos anteriores, desde que produzidos após a vigência da lei nova e desde que as partes não hajam previsto determinada forma de execução. Caso os contratantes tenham feito essa previsão, afasta-se a incidência imediata da lei.

Fica assegurada, assim, a pós-atividade do Código anterior no que tange aos requisitos de validade dos contratos e à eficácia imediata do novo Código quanto aos efeitos futuros desses negócios jurídicos⁹⁸

Em entendimento contrário Antônio Jeová dos Santos:

O legislador tentou resolver um problema e criou vários outros. A primeira parte do art. 2035 contém o óbvio. Os atos jurídicos consolidados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 estarão sob a égide da lei anterior. A segunda parte, que tentou resolver problema grave e sério de direito intertemporal, não alcançou o fim desejado. Ao pretender que os efeitos dos negócios jurídicos ocorridos depois da vigência do novel Código, a ele se subordinem, vulnerou o legislador o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.⁹⁹

Resta, assim, aguardar a opção a ser adotada pela corte suprema.

5-4- DO DIÁLOGO DAS FONTES

Definida a aplicação de uma lei superveniente a contratos em curso, outra questão surge, no que diz respeito à incidência de normas diversas para uma determinada situação jurídica.

⁹⁸ Régis, Mário Luiz Delgado. Problemas de direito intertemporal no código civil: doutrina e jurisprudência/ Mário Luiz delgado Régis – São Paulo. Saraiva, 2004.

⁹⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Direito Intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.61.

Não raras são as hipóteses em que para uma mesma relação jurídica, há a possibilidade de aplicação de normas contidas em leis diversas sem que o critério temporal, da hierarquia, ou da especificidade da lei resolva a questão.

Assim, ocorreu, por exemplo, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, sem que tenha revogado legislação especial referente a determinadas atividades que passaram a ser tratada pelo código como, no caso de contratos de transporte terrestre e aéreo, planos de saúde, seguros, etc.

Em casos como estes, tem a doutrina e a jurisprudência se valido da construção do diálogo das fontes, sendo interessante, para tratar da questão, a análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

5-4-1- O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, porém, algumas normas se mostraram mais benéficas do que os dispositivos previstos no Código de Defesa do Consumidor para casos semelhantes.

Em uma primeira análise, optando-se pela simples aplicação da norma mais favorável ao consumidor, parece tranqüila a solução da questão. Ao que parece, entretanto, o problema carece de maior análise necessitando reclamando para solução uma melhor fundamentação eis que a hipótese não deixa de ser um conflitos de normas. Seria o diálogo das fontes o modelo mais adequado?

Para análise da questão, serão trazidos ao estudo uma hipótese de aparente conflito de normas contidas nos dois diplomas, mostrando-se os dispositivos do Código Civil mais favoráveis que aqueles do Código de defesa do Consumidor.

Trata-se da análise das normas que tratam do vício do produto e do serviço e as normas que prevêm o vício redibitório.

Com o objetivo de assegurar que os produtos e serviços colocados no mercado atendam às necessidades dos consumidores, no tocante à qualidade e ao atendimento de sua finalidade, tal como ofertada pelos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor regula a denominada responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Paralelamente, permanece no bojo do Código Civil de 2002, a disciplina dos vícios redibitórios, com algumas alterações acerca do tratamento que instituiu tinha no Código Civil de 1916, principalmente no que diz respeito aos prazos decadenciais.

Parece claro que a inclusão da responsabilidade por vício do produto e do serviço na Lei 8078/90 teve o propósito de garantir normas mais favoráveis ao consumidor vulnerável, sanando as deficiências apontadas pela doutrina e pela jurisprudência das normas do Código Civil de 1916, na tutela do direito do comprador.

Previa a norma contida no caput do art. 1.101 do antigo código¹⁰⁰:

Art. 1.101. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor.

Presente o vício ou defeito oculto tinha o adquirente a opção de reclamar o abatimento do preço ao invés de rejeitar a coisa, conforme lhe assegurava o artigo 1105:¹⁰¹

Art. 1.105. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

¹⁰⁰ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰¹ BRASIL. Código Civil 2008

Para exercer uma ou outra opção, tinha o prazo de 15 dias se a coisa fosse móvel e de seis meses se fosse imóvel, conforme previsto no artigo 178, § 2º e 5º, IV, respectivamente.

O Código de defesa do Consumidor, em seu artigo 18, trouxe as normas referentes à responsabilidade do fornecedor pelo vício do produto e do serviço, estabelecendo regime próprio em observância ao seu estado de vulnerabilidade¹⁰²:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Em certos aspectos, as normas do Código de Defesa do Consumidor são mais benéficas, conforme apontado pela doutrina¹⁰³

O CDC, objetivando uma tutela mais eficaz em favor do consumidor, amplia o conceito de vício, impõe obrigação solidária entre todos os fornecedores participantes da cadeia de produção e comercialização do produto, impossibilita, em qualquer hipótese, a exoneração contratual da responsabilidade do fornecedor e oferece uma terceira alternativa ao comprador em caso de vício: a substituição do produto por outro da mesma espécie.

No que diz respeito aos prazos decadenciais assegurados ao consumidor, a Lei 8078/90 também trouxe mudanças em relação àqueles

¹⁰² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078/90. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰³ Benjamin, Antônio Herman V. Manual de Direito do Consumidor/Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa; apresentação Cláudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

previstos no Código Civil de 1916, prevendo no artigo 26 o prazo decadencial de 30 dias para reclamar vícios em produtos não duráveis e de 90 dias para reclamação de vícios em produtos duráveis.

Como inovação trouxe, ainda, a possibilidade de contagem do prazo do conhecimento do vício se este for oculto.

Pois bem; o Código Civil de 2002, ao regular os vícios redibitórios, manteve, em linha gerais, a estrutura do instituto tal como no código anterior:

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço¹⁰⁴

Alteração importante se deu em relação aos prazos decadenciais para o adquirente exercer seu direito de restituir a coisa ou reclamar o abatimento no preço:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.¹⁰⁵

O que se percebe, então, é a garantia de um prazo decadencial mais favorável para o caso de vícios redibitórios aplicável às relações travadas entre iguais do que aquele assegurado para a hipótese de vício de produto em uma relação de consumo.

¹⁰⁴ BRASIL. Código Civil 2008

¹⁰⁵ BRASIL. Código Civil 2008

Como resolver a questão? Aplica-se, simplesmente, a norma mais favorável ao consumidor?

A questão que se impõe, portanto, é se seria possível a aplicação simultânea de institutos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor numa espécie de regime misto em favor da parte vulnerável, em uma determinada relação jurídica

Importante salientar que há entendimento da doutrina¹⁰⁶, especificamente quanto à questão dos vícios do produto e dos vícios redibitórios, que a norma contida no artigo 26 do CDC é mais benéfica justificando sua posição com a utilização do “critério da vida útil”:

“Se o vício é oculto, porque se manifesta somente com o uso, experimentação do produto ou porque se evidenciará muito tempo após a tradição, o limite temporal da garantia legal está em aberto, seu termo inicial, segundo o § 3º do art. 26, é a descoberta do vício. Somente a partir da descoberta do vício, (talvez meses ou anos após o contrato) é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, a nova garantia eterna? Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto”

Desta forma, diferentemente da norma prevista no Código Civil de 2002 que limita o prazo para surgimento do defeito em até cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e em até um ano, para os imóveis; por esta interpretação, para o caso de vícios ocultos, (em um produto objeto de um contrato de compra e venda celebrado entre consumidor e fornecedor, por exemplo), não haveria regra objetiva acerca do prazo máximo previsto para o surgimento do defeito e para o início da fluência do prazo decadencial de 30 ou 90 dias.

Não parece a solução mais adequada, a se considerar as peculiaridades de cada produto e a possibilidade das garantias se estenderem, conforme o caso, a longos períodos ficando o fornecedor a mercê, inclusive de abusos praticados pelo consumidor.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos...p. 1196-1197

Outra solução apontada pela doutrina seria a observância do diálogo das fontes citada como um modelo de coordenação das diversas fontes legislativas, no intuito de preservar o tratamento diferenciado ao consumidor.

Antes de tratá-la, porém, seria válida apontar outra situação em que as normas contidas no Código Civil despontam como mais favoráveis ao consumidor do que aquelas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ainda na parte que trata da responsabilidade por vício, prevê a legislação do consumidor os chamados “vícios de quantidade” que consistem na possibilidade do consumidor, quando da aquisição de determinado produto, postular o abatimento do preço, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto adquirido por outro da mesma espécie, marca ou modelo, ou a restituição da quantia paga mais perdas e danos.

Prevalece aqui, também, o prazo decadencial de 30 dias para bens não duráveis e de 90 dias para bens duráveis.

Tal previsão guarda certa semelhança com a chamada venda *ad mensuram* pela qual a determinação da área de um imóvel constitui elemento determinante para a fixação de seu preço, tendo o comprador o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional do preço, sendo, para tanto, previsto o prazo decadencial de um ano a contar do registro.

Aqui, também, desponha a possibilidade do prazo previsto no Código Civil ser mais favorável ao consumidor.

Passa-se, aqui, então, a se analisar a possibilidade de aplicação do diálogo das fontes como meio de invocar normas de diversos diplomas concomitantemente ao código de defesa do consumidor para a sua tutela.

O modelo apresentado tem como propósito coordenação e aplicação de diversas fontes legislativas dentro do ordenamento jurídico. Conforme Cláudia Lima Marques (2005, p.665)¹⁰⁷

Diálogo das fontes é uma expressão retórica (e semiótica = conta sua própria finalidade de impor duas lógicas, de aplicar simultânea e coerentemente duas leis). Esta expressão, que já foi citada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN dos bancos (ADIn 2.591, voto do Min. Joaquim Barbosa) foi criada por Erik Jaime justamente para se contrapor à expressão antes usada, ou seja, de conflitos de leis no tempo.

[...]

Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados. É o que parece acontecer no Brasil, onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5º: “ *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor em plena era da descodificação

A teoria, em outras palavras, para a solução do caso concreto, busca um diálogo entre normas diferentes, para que, ao invés da exclusão de uma delas, prevaleça a aplicação simultânea e harmoniosa de ambas.

Afasta, desta forma, a aplicação dos critérios de hierarquia, cronologia e especialidade da norma, por meio dos quais o intérprete e aplicador do Direito deve escolher pela prevalência de apenas uma das normas que estão em conflito.

De fato, tem-se aqui a mesma premissa de que se parte para uma visão integrada do ordenamento jurídico, devendo este compor um único sistema, caracterizado pela idéia de adequação e unidade conforme as idéias de *Canaris*.¹⁰⁸

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do

¹⁰⁷ Benjamim, Antônio Herman V. Manual de Direito do Consumidor...

¹⁰⁸ CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 22.

princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto, um direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, no pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na ideia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados). Ele é, por consequência, imanente cada Direito positivo porque e na medida em que este represente uma sua concretização (numa forma historicamente determinada) e não se queda, por isso, como mero postulado, antes sendo sempre, também, pressuposto de todo o Direito e de todo o pensamento jurídico e ainda que a adequação e a unidade também com frequência possam realizar-se de modo fragmentado. Conseqüentemente, o direito privado, quiçá o ordenamento jurídico como um todo, não alberga contradições internas, havendo mecanismos de solução dos conflitos entre normas, que, até então, é realizado de maneira que se exclui compulsoriamente apenas uma das normas. O primeiro dos critérios clássicos de solução do conflito de normas é o hierárquico, no qual uma norma superior prevalece sobre a inferior. O segundo critério é, então, o cronológico, no qual a norma posterior revoga a anterior. Por fim, o último critério é o da especialidade, no qual a norma especial afasta a aplicação da norma geral.

O modelo do diálogo das fontes é, de fato, em prol da integração das normas que compõem o ordenamento jurídico, de uma forma harmônica, resolvendo-se, assim, conflitos sem que se apele para os critérios clássicos como o da especialidade que, por certo poderia ser suscitado para o exame das questões aqui tratadas

Ressalte-se que a teoria já vem sendo citada na jurisprudência, podendo-se apontar como caso emblemático a decisão proferida no julgamento da ADIn 2591 que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias. Em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa Moreira cita a teoria¹⁰⁹:

A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4591. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro Consif. Relator: Ministro Erro Grau

redação ao art.192) tornou, ainda maior este campo que a Professora Cláudia Lima Marques denominou “diálogos entre fontes” – no caso entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em “influências recíprocas”, em aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja, subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.

Como visto, são, de fato, fortes, os fundamentos para a solução dos conflitos ora tratados por meio deste modelo.

Por outro lado, porém, é certo que o tema necessita de aprofundamento maior, para que não se busque, a todo preço, uma proteção aos sujeitos mais vulneráveis da relação contratual, trazendo, com isto, ônus insuportáveis aos fornecedores, o que não é interessante.

Note-se que, em muitos casos, o que se vê é uma mistura de regimes, “pinçando-se” as normas mais favoráveis ao consumidor, em cada lei, deixando-se de aplicar as normas que favorecem o consumidor, gerando, em certa medida, insegurança jurídica no exercício da atividade econômica.

6- OS CONTRATOS INCOMPLETOS

6-1-O MOVIMENTO “LAW NA ECONOMICS”

As ciências econômicas têm como objeto de estudo a atividade produtiva com a análise da alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação na realidade dos agentes econômicos.

Busca a realização desta alocação da forma mais útil possível, tendo como principal referencial a idéia de eficiência.

E em busca desta eficiência, são criados modelos econômicos que consistem em um recorte da realidade social para se reconhecer determinados fatores desta realidade, denominados de variáveis, que vão influenciar o comportamento dos agentes, no que diz respeito às suas escolhas. E dentre estas variáveis encontra-se a atuação das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes.

Assim, segundo Eduardo Goulart Pimenta,

Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma destas escolhas. A compreensão do número de opções de conduta disponíveis aos agentes econômicos e dos incentivos que encontram em cada uma delas para a maximização de seus interesses (medidos pela relação entre seus custos e seus benefícios) somente se revela digna de credibilidade se efetuada por meio de avaliações numericamente, mensuráveis¹¹⁰

O direito deve ser entendido como um conjunto de regras que vão atuar na conduta da sociedade, buscando a efetivação de determinados valores e dentre eles, a eficiência na distribuição de riquezas.

E para tal, pode utilizar-se de métodos relacionados à análise da realidade social empreendida pela ciência econômica, ligada à distribuição e consumo da riqueza produzida, buscando influenciar nas condutas dos agentes econômicos.

Foi nos Estados Unidos, com a publicação, na década de 60, dos estudos de Ronald Coase e de Richard Posner intitulados *The Problem of Social Cost* e *Economic Analysis of Law* que relação o diálogo entre estas duas ciências sociais tomou maior impulso.

Tomando conta da insuficiência dos instrumentos jurídicos tradicionais, os autores, professores da Universidade de Chicago, passaram a recorrer à Economia como método de estudo, principalmente, sobre a influência da legislação no comportamento dos agentes econômicos, entendida como um instrumento de maximização e distribuição de riqueza.

Seus estudos deram origem ao movimento denominado *Law and Economics*, considerado entre os juristas norte-americanos um grande avanço para a ciência jurídica do século XX.

Nos países de tradição romano-germânica, a adoção da teoria mostra-se, ainda, incipiente e com muitos opositores. Segundo Rachel Sztajn, autora que se dedica ao estudo no nosso país,

[...] o sucesso dos diálogos não convence a um grupo de juristas. Eles se baseiam nas diferenças metodológicas entre

¹¹⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo. IOB Thomson, 2006, p.15.

os dois ramos de conhecimento, que lhes parecem insuperáveis. Essas diferenças são mais nítidas nos países de Direito filiado à família romano-germânica-canônica, em que predominam a dogmática, a discussão e classificação das fontes do direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos.¹¹¹

Citando Daniel D. Friedman a autora combate este entendimento:

Tomando a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos, externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais mais eficiente será o sistema.¹¹²

Desta forma, é na análise da racionalidade dos agentes, postulado econômico, que se busca a maximização de utilidades e eficiência na alocação de riquezas no meio social.

Ademais, “o direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica”¹¹³.

Em relação ao fenômeno contratual, o interesse da análise econômica do direito mostra-se natural e evidente, eis que instituto, intimamente ligado à produção e circulação de riqueza e à divisão do trabalho no mercado.

Assim,

A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e

¹¹¹ STAJN, Rachel. Law and economics. Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro. Campus, 2005, p. 75.

¹¹² STAJN, 2005, p. 75.

¹¹³ STAJN, 2005, p. 81.

fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades. São visões que não se excluem nem desmentem: por exemplo, não é de modo algum irrelevante para a análise econômica que o carácter vinculativo do contrato resulte de uma intenção jurídica de respeito pela autonomia moral dos promitentes, ou de objectivos de prevenção do dano que a desvinculação poderia causar à confiança dos credores, simplesmente, as abordagens económicas preferem incidir, seja na utilidade criada pelas trocas consumadas (admitindo assim que haja hipóteses de desvinculação eficiente), seja no carácter incentivador que o *ex ante* revestirá a adstrição jurídica «forte» às obrigações contratuais, fazendo neste segundo caso ressaltar a utilidade imediatamente criada pela própria vinculação (o valor da «confiança»), que suplementará a utilidade a gerar futuramente pela consumação das trocas que sejam objecto contratual¹¹⁴

Foi, somente, a partir do final dos anos 60 que esta interação se fez de forma mais significativa, a partir da constatação da existência de elementos que impõem custos às transações, mais especificamente, a consideração da possibilidade de um dos agentes deter informações que a outra parte não tinha, o que foi definido como informação assimétrica.

Assim, verificando-se que a contratação é uma atividade custosa, necessário o estudo de mecanismos para mitigar estes custos em prol do desempenho económico.

Em face disso, algumas teorias, foram formuladas, tendo como ponto comum, a ideia de que o contrato é basicamente, considerado como um projetor de trocas, que terá em sua essência uma promessa, significando “uma maneira de coordenar as transações provendo incentivos para os agentes atuem de maneira coordenada na produção, o que permite planeamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção”¹¹⁵

¹¹⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria económica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 14.

¹¹⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. Análise económica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

É identificado por uma prática jurídica ligada à ordem de mercado de determinada sociedade pela qual se estipula um acordo de condutas, baseado na ponderação de custos e riscos.

São formuladas, então, algumas teorias baseadas, sempre na existência de custos para a elaboração e manutenção dos contratos, principalmente, em razão das contingências a que estão sujeitos

Pode-se falar, assim, em custos de redação, custos de disciplina contratual e contingências imprevistas¹¹⁶

Não se limitam, assim, a dispêndios financeiros, incluindo-se o esforço com a procura de bens ou serviços no mercado, a análise comparativa de preços, a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes, a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo, a busca por garantias para este adimplemento, a redação dos instrumentos contratuais, etc. Compreende, portanto, todos os esforços cuidados e tempo gasto desde o início da busca por determinado bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório das obrigações assumidas pelos agentes. Tem a ver, mesmo com idéia de custo benefício do negócio.

Conceito ligado aos custos de transação é o de assimetria de informações, decorrente, normalmente, da especialização do trabalho que vai interferir na divisão da informação entre os contratantes.

A ordem jurídica – entendida de modo amplo, incluindo leis, práticas e recursos que o sistema judiciário possui – é um importante determinante do desenho dos contratos e, mais ainda, da eficiência econômica decorrente da transformação de um desejo coletivo de padrão de comportamento em ação coletiva.¹¹⁷

Ligada à assimetria de informações encontra-se a teoria da agência, que aponta a existência de interesses conflitantes entre os

¹¹⁶ ARAÚJO, 2007, p. 199.

¹¹⁷ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 126

contratantes, exatamente em razão desta assimetria, surgindo as figuras do principal e agente, tendo este poder sobre o comportamento e bem-estar daquele.

Por força destes conceitos, de custos de transação, de assimetria de informação, a elaboração de um contrato que considere todas as contingências possíveis, apresentam grande custo para os agentes, uma vez que estes têm uma racionalidade limitada.

Para tanto, poderão as partes deixar lacunas nos pactos celebrados substituindo o esgotamento do conteúdo substantivo contratual por um processo de ajustes e renegociações.

Inseridos nestes modelos, encontra-se a teoria dos contratos incompletos, que podem dar uma grande contribuição para a teoria contratual, posto que criam um modelo teórico com o fito de preservar a utilidade e o equilíbrio de uma relação contratual que se protraí no tempo, e, em especial em contratos, onde haja uma relação de dependência entre os agentes, como ocorre com os contratos cativos. Assim,

A dependência econômica é, em especial, problemática, porque as partes não são capazes de prever todas as contingências possíveis e incorporar as respectivas salvaguardas na ocasião da redação dos contratos. Em outras palavras, contratos são intrinsecamente incompletos, apresentando lacunas que abrem a possibilidade de ocorrência de custos derivados da dependência econômica. Uma vez que não é possível desenhar um contrato completo, as partes devem criar mecanismos para lidar com as contingências inesperadas, sendo essa, na perspectiva de alguns autores, uma das mais importantes características de um contrato.¹¹⁸

6-2- DEFINIÇÃO

Não restam dúvidas que a negociação dos contratos nem sempre permite a previsão e explicitação de todo o objeto do contrato e,

¹¹⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 128

ainda, das contingências suscetíveis capazes de interferirem no equilíbrio contratual.

Por força disto, conflitos poderão surgir durante a relação contratual, mesmo que dentro de uma margem de boa-fé dos contratantes.

Considerando o contrato como uma ponderação entre riscos e incentivos, sua elaboração e execução poderá se mostrar demasiadamente dispendiosa, não valendo a pena para as partes persistirem nas negociações se seu resultado não for suficiente para administrá-los.

A assimetria informativa e a racionalidade limitada impedem as partes de esgotarem o domínio das estipulações possíveis, bem como da impossibilidade de supervisão das condutas por elas mesmas ou por um terceiro, em face, também, da insuficiência judicial ou arbitral.

O inacabamento contratual surge, então, como medida para este cenário de imperfeição e insegurança que, tornam proibitivos os custos de transação.

Opõe-se, assim, à concepção de contratos completos em que há possibilidade das partes de especificarem todas as condições e obrigações ajustadas, incluindo as contingências capazes de afetar a onerosidade do contrato, ressaltando-se que sua existência é contestada em face dos custos a serem suportados pelas partes. Se não impossíveis de serem redigidos, com certeza inconvenientes serão.

Em face disto, a incompletude poderá ser involuntária, em razão das próprias condições estruturais, do tipo contratual o que ocorre com os contratos cativos e deliberada, ou estratégica, na medida em que as partes deixam interstícios para serem explorados, posteriormente.

6-3 – O PREENCHIMENTO DAS LACUNAS – SOLUÇÕES PARA O INACABAMENTO

A chamada Incomplete Contract Theory¹¹⁹ traz o modelo dos contratos incompletos podendo ser definidos como “instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça no momento em que o desempenho ocorre”¹²⁰

Assim,

Numa outra abordagem teórica, o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desnecadear reacções tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.¹²¹

Quando a lei fornece condições supletivas preferidas por ambas as partes, elas podem omitir essas condições no contrato. Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato será o processo contratual. Portanto, a lei pode poupar dinheiro para as partes contratantes fornecendo condições supletivas eficientes para preencher lacunas existentes nos contratos [...]¹²²

Ante tal situação deverão as partes ter consciência da necessidade de adaptação do programa contratual em face de alteração das condições existentes quando da celebração do acordo.

¹¹⁹ Segundo Fernando Araújo, foram Sanford Grossman e Oliver Hart que, em 1986, colocaram os contratos incompletos no centro das atenções dos economistas, ainda que a primazia deva ser atribuída, em muitos aspectos, às intuições pioneiras de Herbert Simon (ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p.158)

¹²⁰ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association – ALACDE. Annual Papers. Paper 050107. May/01/2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>> acesso em 07.09.2010.

¹²¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 151.

¹²² COOTER, Robert. Direito & economia/Robert Cooter, Thomas Ullen; tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 5 ed. Bookman. Porto Alegre. 2010

O contrato lacunar seria entendido como

um acordo que, nos precisos termos em que ficou estabelecido, deixa por realizar «ganhos de bem estar» entre as partes envolvidas na relação – ganhos pressupõe-se, já perceptíveis pela informação e pela racionalidade das partes no próprio momento da celebração. O «contrato lacunar» há de resultar-se, pois, ou de uma menor atenção ou diligência das partes (ou de rigidez negocial, como no caso de uma ou ambas as partes negociarem de modo standardizado, sem consideração dos detalhes de cada situação), ou de uma decisão, novamente unilateral ou bilateral, de inacabamento estratégico, deixando-se *ab initio* uma margem de recaptura de bem-estar, esteja ou não prevista qualquer renegociação¹²³

O preenchimento das lacunas passaria, portanto, pela hipótese de renegociação do pactuado, mediante concessões recíprocas com base em um dever de cooperação e, ainda por meio de integração do pactuado pelas partes.

Considerando, porém, a subjetividade de parte a parte e o possível oportunismo de uma delas, ou de ambas, poderá surgir a figura do agente. Além disto, a integração de suas lacunas, comumente deverá ser feita por um terceiro. Ocorre que

Os tribunais necessitam de regras para preencher lacunas em contratos. Uma teoria dos contratos deveria dar orientação aos tribunais (e, através das decisões deles, às partes privadas e a seus advogados) respondendo a seguinte pergunta: “Como os tribunais deveriam completar as lacunas em contratos?”¹²⁴

Assim, o próprio conhecimento pelas partes de que o encargo de interpretação e integração do contrato será suportado por árbitros ou juízes.

Isto porque poderão ficar sujeitas a uma possível e provável atitude casuística baseadas na utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Surge, então, a necessidade de se desenvolver mecanismos que, mesmo diante da assimetria de informações, busque deixar a cargo das

¹²³ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 157, citando Masten, S.E. (2000), 28-29

¹²⁴ COOTER, Robert. Direito & economia/Robert Cooter, Thomas Ullen; tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 5 ed. Bookman. Porto Alegre. 2010, p.225.

partes, ainda que, com um alinhamento das avaliações do principal e do agente.

Deverá a solução se basear na cooperação mútua dos contratantes, entendida como associação para a divisão dos riscos assumidos pela celebração do contrato.

E para, tanto, não é outra a medida, senão a observância da boa-fé e uma tutela da confiança na relação entre as agentes, valendo-se, para tanto, de uma abordagem relacional.

6-3- CONTRATOS INCOMPLETOS E CONTRATOS RELACIONAIS

O jurista norte americano Ian Macneil é apontado como o responsável pela concepção da teoria dos contratos relacionais.

Segundo Fernando Araújo,

[...] o contrato relacional é aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais do seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, porque não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência dos seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos para privilegiarem o recurso a formas alternativas de conciliação de interesses, seja as que vão emergindo da evolução da relação contratual, seja as que são oferecidas pelo quadro das normas sociais.¹²⁵

Sobre os contratos relacionais, necessária se faz a transcrição da autora Eloíza Prado de Melo (2003, p.6-7)

Os contratos relacionais são de longa duração, por se inclinarem às criações de relações contínuas e duradouras, onde os termos de troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas são de regulamentação do processo de negociação contínua. Enfim, contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas

¹²⁵ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 394, citando Craswell, R. (2000e), 118-148

partes, onde os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Emerso, pois, da realidade norte-americana, há quem afirme que são os correspondentes aos brasileiros “contratos cativos de longa duração”.

Assim, Cláudia Lima Marques, ao definir os contratos cativos:

Observe-se que o realismo norte-americano denominou estes contratos de “relacionais” (*relational contracts*), destacando os elementos sociológicos que condicionam o nascimento e a

Não se pode confundir, porém, contratos relacionais com contratos incompletos. “Isto porque grande parte da doutrina sobre a incompletude contratual, assim como ocorre nos contratos relacionais, fundamenta-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais, o que poderia ser compensado pelo aprofundamento das relações de confiança, solidariedade e cooperação”¹²⁶

Assim, conforme Ronaldo Porto Macedo Júnior, em obra sobre o tema:

O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma “mini constituição” ou estatuto de uma sociedade ou clube que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento¹²⁷

Não há dúvidas, porém, que seus preceitos podem ser aplicáveis aos contratos incompletos. Assim, conforme Fernando Araújo:

Ora o contrato incompleto, assegurando a um nível adequado de custos uma «estrutura de governo» verdadeiramente operativa e até uma «ponte» com outras formas de «governo» que, face aos

¹²⁶ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association – ALACDE. Annual Papers. Paper 050107.

¹²⁷ MACEDO Jr. Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e defesa do consumidor. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

riscos envolvidos, possam representar, dentro de certos limites, soluções mais eficientes do que a do completamento contratual, afigurar-se-á ser a melhor escolha, e mais ainda se levarmos em conta as virtualidades «relacionais» que advêm da circunstância de o inacabamento *ex ante* apresentar abertura *ex post* ao ajustamento «dialéctico» das posições das partes, uma vez verificadas as principais contingências susceptíveis de afectarem os resultados visados por elas¹²⁸

O domínio da teoria do contrato relacional é, assim, a dos contratos complexos em que as partes, percebem, desde o início, suas possibilidades e seus riscos, mas com acumulação idiosincrasias na relação¹²⁹

Deverão as partes, como alternativa à ineficaz intervenção externa, adotarem um quadro procedimental que encontre soluções para as contingências surgidas

Ronaldo Porto Macedo, sobre a importância do conceito de boa-fé na prática contratual contemporâneas afirma que

[...] bastaria citar o crescimento da importância do conceito de boa-fé no direito contratual do “Common Law” nos últimos anos, bem como a existência de previsões expressas nos códigos de direito privado da maioria dos países de tradição jurídica continental europeia (“Civil Law”), como a França, a Alemanha, a Itália, a Suíça etc e sua recente revalorização¹³⁰

E continua:

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 ameaça à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruído. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento confiança (“trust”), sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do

¹²⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 154 (citando Macneil, I.R. (1974), 691-816; Macneil, I.R. (1978), 854-906

¹²⁹ ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007, p. 395 (citando Williamson, O.E. (1986), 105-110;)

¹³⁰ MACEDO Jr. Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e defesa do consumidor. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 183,

contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem normas 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 de Justiça social, a justiça enquanto normalidade, desenvolvida nos capítulos iniciais deste trabalho.¹³¹

Para tanto, deverá o intérprete investigar o consenso das partes e, mediante sua interpretação estabelecer quais os efeitos que quiseram produzir, definindo-se uma vontade hipotética para o caso de terem previsto a condição futura do contrato.¹³²

Para tanto, devem ser utilizados padrões éticos retirados do tráfico negocial e ligado ao tipo de contrato celebrado.

Não há dúvida que,

[...] o campo propício para aplicar-se a boa-fé objetiva é o das declarações imprecisas ou lacunosas. Nestes casos, o juiz terá de interpretar a declaração de vontade das partes “como

¹³¹ MACEDO Jr. Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e defesa do consumidor. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

¹³² «A susceptibilidade de lacunas e a imperfeição das formas de sentido». diz BETTI, «suscitam um problema de interpretação integradora». Os métodos não são porém os mesmos, porque as regras legais se harmonizam entre si em muito maior medida – e, demais a mais, estão orientadas por determinadas rectoras - do que a regulação de um contrato, muito mais fragmentária, por detrás da qual se perfilam com frequência interesses muito divergentes. Quando a lei tem à mão uma regulação dispositiva para determinados tipos de contrato e o contrato corresponde, plenamente, ao tipo, as «lacunas do contrato» são colmatadas, em regra, com o Direito dispositivo legal. Mas se o contrato concreto se afasta de modo tão despiciendo do tipo regular, com base no qual a norma dispositiva foi recortada, então a aplicação da norma legal dispositiva pode ser inadequada à situação de interesses que aqui se depara e ao sentido do contrato dela corrente. Nestes casos, como também quando falte uma regulação dispositiva, especialmente, portanto, nas modalidades contratuais recentemente desenvolvidas no tráfico, que, ainda, não acharam uma regulação especial, «a interpretação contratual integradora» é a via para o preenchimento das lacunas do contrato. (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego, p. 422).

entenderiam as pessoas corretas e como estas procederiam em relação a ela”¹³³

Sem penetrar no mundo psíquico do contratante, o intérprete deverá, com exigência do cumprimento dos deveres acessórios surgido em razão do próprio princípio, aplicá-lo como cláusula geral, seguindo um padrão de conduta, geralmente, aceito para aquela situação.

Para preencher, as lacunas, porém, o julgador não poderá substituir ou modificar o conteúdo do acordo, conforme com suas próprias convicções, mas integrá-lo reconhecendo obrigações e direitos que seriam usuais para aquele tipo de negócio realizado. Assim,

Não se presta a teoria da boa-fé objetiva para credenciar o juiz a alterar a substância do contrato, ainda que pactuado de má-fé, por uma das partes, visto que o acordo de vontades continua sendo o fundamento desse tipo de negócio bilateral. O juiz pode interpretá-lo ou suprir-lhe lacunas segundo os usos e costumes. Pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais. Não lhe cabe, porém, a pretexto de apoiar-se na boa-fé, recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem.¹³⁴

Deverá, para restabelecer o equilíbrio contratual, valer-se da vontade hipotética das partes, e de institutos disponibilizados pelo ordenamento, como a lesão, a onerosidade excessiva e o abuso de direito.

Mas, ainda,

Impõe-se aqui uma advertência similar àquela que é habitualmente formulada acerca da apreciação judicial de decisões empresariais – e que é a de que nem todas as decisões num contrato são sindicáveis, porque muitas delas resultam de decisões econômicas – de investimento, de oportunidade, e outras – que escapam totalmente à perspectiva jurídica, a solução afinal da «business judgment rule», sob pena de submergirmos a função arbitral e jurisdicional numa avalanche de atribuições que nem um «juiz-Hércules», suportaria,

¹³³ THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 27.

¹³⁴ PUTTEMANS, Andrée, APUD THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 29.

8- CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor/ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro. AIDE Editora, 2004

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os Contratos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, set./dez. 1999. p. 31-39.

AMARAL, Francisco. Direito Civil:introdução/Francisco Amaral – 7.ed. ver., at. E aum. – Rio de Janeiro:Renovar, 2008.

ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do Contrato. Almedina. Lisboa. 2007

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. [São Paulo] n.º 87, PP. 79-89, jan./dez. 1992

BATALHA, Wilson de Souza Campos, Lei de Introdução ao Código Civil, Max Limonad, São Paulo

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Direito adquirido e situações contratuais: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Privado*, n.º33, 2008.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

COOTER, Robert. Direito & economia/Robert Cooter, Thomas Ullen; tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 5 ed. Bookman. Porto Alegre. 2010.

COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, out. 2002

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981.

DUQUE, Bruna Lyra. O direito contratual e a intervenção do Estado. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2007.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. *O Método Positivo na Interpretação e na Integração das Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

FIÚZA, CÉSAR. DIREITO CIVIL: CURSO COMPLETO, 8 ED., DEL REY, BELO HORIZONTE, 2004

FRANÇA, R. LIMONGI. *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 2 ed. São Paulo Saraiva, 2006,p.265

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro 26ª edição, Forense, 2007

HVIID, Morten. *Long term contracts and relational contracts*. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>

JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (coord.) – Direito dos Contratos – São Paulo: Quarter Latin, 2006.

LARENZ, Base del negocio jurídico. Revista de Derecho Privado.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Calzoni, 1999.t.I, p.113.

MACEDO Jr. Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e defesa do consumidor.2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/[org.]Cláudia Lima Marque – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais/Cláudia Lima Marques – 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 640

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, .

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil, Livraria Almedina, Coimbra, 1984

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Direito Civil Português. T. I. Parte Geral. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. Revista dos Tribunais, v. 779, p. 55-59, set. 2000.

NALIN, Paulo. A função Social do contrato no futuro código civil brasileiro. Revista de direito privado, São Paulo, RT, v. 12, p. 54, out-dez, 2002.

NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais , Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual São Paulo: Saraiva, 1994.

NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato:novos paradigmas/Tereza Negreiros – 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo.IOB Thomson, 2006,

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959-1960.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos (organizadora) et al. Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAO, Vicente. O Direito e a vida dos direitos. Max Limonad, São Paulo. 1952.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. Comentário sobre o projeto do Código Civil brasileiro. Brasília: CJF, 2002.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVOLD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo. Saraiva, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. Direito Intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10.406/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. José Bushatsky, Editor. São Paulo, 1976.

STAJN, Rachel. Law and economics. Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro. Campus, 2005,

TENÓRIO, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

THEODORO Júnior Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

WERNER, José Guilherme Vasi. A Formação, o Controle e a Extinção dos Contratos de Consumo, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.