



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

**A BOA-FÉ NOS CONTRATOS RELACIONAIS: ANÁLISE DA
SOLUÇÃO COOPERATIVA PARA A PRESERVAÇÃO DO
EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Carlos Levi Costa Pessoa

Fortaleza-CE
Agosto, 2013

CARLOS LEVI COSTA PESSOA

A BOA-FÉ NOS CONTRATOS RELACIONAIS: ANÁLISE DA SOLUÇÃO COOPERATIVA PARA A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Uinie Caminha.

Fortaleza - Ceará
2013

CARLOS LEVI COSTA PESSOA

A BOA-FÉ NOS CONTRATOS RELACIONAIS: ANÁLISE DA SOLUÇÃO COOPERATIVA PARA A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Uinie Caminha
Orientadora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof^a. Dra. Marcia Correia Chagas
Examinadora da Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior
Examinador da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me preservou com equilíbrio e serenidade para realizar esta pesquisa.

Aos meus pais, Osires Teixeira Pessoa e Sara Bezerra Costa Pessoa, inspiração fundamental de meus estudos e de minha formação moral e ética.

A minha companheira e esposa, Roberta Gomes Rodrigues Pessoa, pelo amor, entusiasmo, apoio diário e compreensão.

Aos meus sogros, Roberto Rodrigues de Oliveira e Stela Gomes Rodrigues, pelo carinhoso acolhimento de sempre.

Aos meus irmãos e familiares, representados pelo Dr. Felipe Pessoa, exemplo de dedicação à ciência e à pesquisa acadêmica.

A Prof^a. Dra. Uinie Caminha, por toda a atenção, cuidado e colaboração durante o curso de mestrado, e em especial na orientação desse trabalho.

A Prof^a. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu, que, mesmo com a responsabilidade de coordenar o curso de mestrado, dedicou-se a colaborar no nosso aprendizado.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da UNIFOR, que com sabedoria contribuíram imensamente na realização desta pesquisa.

Ao corpo funcional da coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIFOR, que sempre esteve atento a nos servir de forma incondicional.

A Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará, instituição a qual me orgulho de ser membro de carreira, pelo apoio e custeio integral do curso de mestrado.

A raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade. O contrato nunca ocorreu sem sociedade; nem ocorrerá sem sociedade; e nunca seu funcionamento poderá ser compreendido isolado de sua sociedade particular (MACNEIL, 2009, p. 02).

[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato* (ROPPO, 2009, p. 11).

RESUMO

Aplicação da teoria relacional e as soluções cooperativas para a preservação do equilíbrio nos contratos bancários. A pesquisa visa a analisar a teoria relacional, demonstrando a interação entre o princípio da boa-fé e as soluções cooperativas para harmonização dos conflitos nos contratos de longa duração. A partir de estudos dessa doutrina estrangeira, pretende-se evidenciar as novas técnicas negociais adotadas nas relações bancárias de consumo, mais aptas a atender às atuais transformações socioeconômicas. Sob um viés sociológico, a teoria relacional dá importância a todo ato, relação e aspecto do contexto que rodeia as partes contratantes, bem como reconhece que as relações contratuais de longa duração são muito mais complexas do que as normas vigentes pressupõem. Assim, reconhece-se que as relações bancárias figuram substancialmente nas lides de revisão de contratos na justiça brasileira, mas nem sempre as decisões judiciais conseguem atender às expectativas da parte consumidora ligada ao contrato, podendo ainda gerar consequências econômicas negativas para além dos que participam diretamente da relação. A atualidade do assunto, principalmente na esfera internacional, e a escassa doutrina interna fundamentam a escolha do tema para a construção de uma pesquisa científica. Portanto, pretende-se apresentar as principais características e vantagens da teoria relacional, mormente quando se propõe a harmonizar os conflitos nos contratos bancários. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia efetiva-se por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo um diálogo entre a teoria relacional e as teorias contratuais tradicionais. Com tal escopo, sistematizou-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, faz-se a análise da evolução da teoria contratual, considerando-se suas fases e a relação com as formas de organização da produção industrial. Em seguida, a pesquisa dá ênfase à teoria relacional e à modalidade contratual objeto de seu estudo, denominada pela doutrina de contrato relacional ou contrato de longa duração, delimitando seu conceito, elementos de formação e características. No terceiro capítulo, passa-se à análise dos contratos bancários e da sua adequação à modalidade dos contratos relacionais, bem como da conexão entre a teoria relacional e o princípio da boa-fé. Ao final do referido capítulo, o texto destaca a solução cooperativa da renegociação como mais eficiente para enfrentar os problemas que ameacem a continuidade da relação contratual bancária, considerando-se as diretrizes indicadas pela aplicação da teoria relacional. Em conclusão, verifica-se que a teoria relacional apresenta soluções eficientes para a harmonização dos conflitos que surgem na relação contratual de longa duração, especialmente por fazer uso de princípios jurídicos como a boa-fé, com amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teorias contratuais. Teoria relacional. Contratos bancários. Boa-fé. Solução cooperativa.

ABSTRACT

Application of relational theory and cooperative solutions to preserve the balance in bank contracts. The research aims to analyze the relational theory, demonstrating the interaction between the principle of good faith and cooperative solutions to harmonization of conflict in long-term contracts. From studies of this foreign doctrine is intended to evidence the new negotiation techniques adopted in the consumer banking relationships, better able to meet current socioeconomic transformations. From a sociological point of view, the relational theory gives importance to every act, relation and aspect of the context surrounding the contracting parties, and recognizes that the long-term contractual relationships are much more complex than current standards require. Thus, it is recognized that banking relationships appear substantially in the cases of revision of contracts in the Brazilian courts, but not always legal decisions to answer expectations of the consumer connected to the contract, and may also generate negative economic consequences beyond those directly involved the relationship. The actuality of the subject, especially in the international sphere, and the limited internal doctrine justify the choice of the theme for the construction of a scientific research. Therefore, this study intends to present the main characteristics and advantages of relational theory, especially when it proposes to harmonize the conflicts in banking contracts. This is a qualitative study, whose methodology is effective by means of literature and doctrine, both internally and externally, establishing a dialogue between relational theory and traditional contract theories. With such scope, the present work is systematized in three chapters. In the first, the text makes the analysis of the evolution of contract theory, considering its phases and its relation to the forms of organization of industrial production. Then, the research emphasizes the relational theory and the contractual model object of its study, called the doctrine of relational contract or long-term contract, outlining its concept, forming elements and characteristics. In the third chapter, the investigation moves on to the analysis of bank contracts and its suitability to the modality of relational contracts, as well as the connection between relational theory and the principle of good faith. At the end of that chapter, the text highlights the cooperative solution of renegotiation as more efficient to face the problems that threaten the continuity of the contractual bank relationship, considering the guidelines set by the application of relational theory. In conclusion, it verifies that the relational theory provides efficient solutions for harmonizing the conflicts that arise in long-term contractual relationship, especially by making use of legal principles such as good faith, with large support in the brazilian legal system.

Keywords: Contract theories. Relational theory. Bank contracts. Good faith. Cooperative solution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA CONTRATUAL E A SUA RELAÇÃO COM O MODELO DE ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA.....	12
1.1 Dos modelos de produção manufatureira e de massa e as respectivas teorias contratuais.....	21
1.1.1 Contratos de adesão.....	27
1.1.2 Contratos submetidos a condições gerais.....	31
1.2 A especialização flexível e a teoria contratual relacional.....	32
1.2.1 A sociedade de serviços com dimensão relacional.....	39
2 TEORIA RELACIONAL.....	42
2.1 Conceito e elementos fundamentais do contrato na teoria relacional.....	44
2.2 Características dos contratos relacionais.....	54
2.2.1 Contratos cativos de longa duração.....	60
2.2.2 Contratos incompletos.....	63
3 CONTRATOS BANCÁRIOS E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS MEDIANTE APLICAÇÃO DA TEORIA RELACIONAL.....	73
3.1 Banco e atividade bancária.....	73
3.2 Análise de algumas espécies de contratos bancários.....	78
3.3 Aplicação do princípio da boa-fé e a continuidade contratual.....	90
3.3.1 Funções da boa-fé objetiva.....	96
3.4 Solução cooperativa para a preservação dos contratos bancários.....	103
CONCLUSÃO.....	110

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a teoria relacional, demonstrando a interação entre o princípio da boa-fé e as soluções cooperativas para harmonização dos conflitos nos contratos de longa duração. A partir de estudos dessa doutrina estrangeira, pretende-se evidenciar as novas técnicas negociais adotadas nas relações bancárias de consumo, mais aptas a atender às atuais transformações socioeconômicas.

O tema proposto foi debatido, primeiramente, nas universidades americanas, com destaque para a de Chicago, por meio de estudos e pesquisas realizados por Ian Macneil, que demonstrou a mudança de âmbito epistemológico nas estruturas contratuais mais complexas, no que se refere à influência dos princípios da solidariedade e da cooperação no comportamento das partes contratantes.

Os diversos modelos e doutrinas contratuais traduzem uma forma específica de organização da produção e circulação econômica. Na década de 1970, a introdução de novas tecnologias de produção, informação, gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram um panorama para a estratégia de especialização flexível ou pós-fordista nos países industrializados. Este sistema necessita de um planejamento a longo prazo, devendo haver continuidade das relações contratuais.

Verifica-se, também, que o consumidor não é mais somente um acumulador de bens, mas um acumulador de serviços, de fazeres que asseguram a ele e a sua família o bem-estar, a segurança, a saúde, o lazer, o *status*, as informações, o crédito e outros bens imateriais oferecidos no mercado.

Com o objetivo de regular essas novas relações, surgiram os contratos relacionais ou contratos de longa duração, que regem uma série de transações de continuidade superior a três anos aproximadamente. Eles são típicos da contratação de massa e tendem a criar relações duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as diversas partes.

Sob um viés sociológico, a teoria relacional dá importância a todo ato, relação e aspecto do contexto que rodeia as partes contratantes, bem como reconhece que as relações contratuais de longa duração são muito mais complexas do que as normas vigentes pressupõem, posto que nestas nem sempre se identificam os meios de resolução de conflitos mais adequados para preservação dos pactos.

Os contratos relacionais distinguem-se dos não relacionais, também denominados de contratos descontínuos ou de contratos abertos, por conta da premissa segundo a qual a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de circunstâncias, para que possa subsistir e não ser rescindida. Já os contratos não relacionais dão primazia à rescisão ou à revisão do contrato via intervenção do Poder Judiciário, contando com procedimentos de resolução de conflitos previamente estabelecidos nas cláusulas contratuais ou indicados pela própria lei vigente ao tempo do pacto.

Nesse tocante, reconhece-se que as relações bancárias figuram substancialmente nas lides de revisão de contratos na justiça brasileira. Entretanto, nem sempre as decisões judiciais conseguem atender às expectativas da parte consumidora ligada ao contrato, podendo ainda gerar consequências econômicas negativas para além dos que participam diretamente da relação, tais como o aumento do valor das taxas de juros e a dificuldade de acesso ao crédito pelas pessoas de baixa renda.

A atualidade do assunto, principalmente na esfera internacional, e a escassa doutrina interna já fundamentam a escolha do tema para a construção de uma pesquisa científica. Acrescenta-se, ainda, a relevância da questão, que traz abordagens capazes de ampliar aspectos relacionados à teoria geral do contrato.

Nesse cenário pouco explorado, pretende-se apresentar as principais características e vantagens da teoria relacional, mormente quando se propõe a harmonizar os conflitos nos contratos bancários. Com tal escopo, sistematizou-se o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro, faz-se a análise da evolução da teoria contratual, considerando-se suas fases e a relação com as formas de organização da produção industrial. Com efeito, aos sistemas de produção manufatureira, de massa e de especialização flexível, correspondem respectivamente três modalidades contratuais – o contrato descontínuo, o contrato aberto e o contrato relacional – com elementos de formação, características e funções delimitadas por distintas teorias contratuais.

Em seguida, a pesquisa dá ênfase à teoria relacional e à modalidade contratual objeto de seu estudo, denominada pela doutrina de contrato relacional ou contrato de longa duração, delimitando seu conceito, elementos de formação e características, realizando a sua distinção com outras correntes doutrinárias que também se ocupam do tema das relações contratuais complexas.

No terceiro capítulo, passa-se à análise dos contratos bancários e da sua adequação à modalidade dos contratos relacionais, concentrando-se o estudo nas espécies que se destacam pela essencialidade na atividade de intermediação financeira. Verifica-se, também, a conexão entre a teoria relacional e o princípio da boa-fé, que tem a importante função de estimular a preservação e o prosseguimento equilibrado dos contratos.

Ao final do referido capítulo, o texto destaca a solução cooperativa da renegociação como mais eficiente para enfrentar os problemas que ameacem a continuidade da relação contratual bancária, considerando-se as diretrizes indicadas pela aplicação da teoria relacional.

Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia efetiva-se por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo um diálogo entre a teoria relacional e as teorias contratuais tradicionais.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A TEORIA CONTRATUAL E A SUA RELAÇÃO COM O MODELO DE ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA

O contrato tem como base as práticas sociais e o modelo econômico de determinada época. Trata-se do negócio jurídico em que o consenso de vontades das partes dirige-se a um determinado fim. Seu objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Em outros termos, é o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas na sociedade.

Apesar de a sua origem coincidir com a realização das práticas comerciais mais primitivas, constata-se que, a partir do direito romano, houve importante contribuição para a formação do conceito jurídico do contrato. As convenções romanas existiam em duas categorias: a convenção contratual, chamada *contractus*, possuía força obrigatória e era garantida por ações em juízo; já o pacto, denominado de *pactum*, *pactio* ou *convenctio*, referia-se às outras convenções que, não sendo obrigatórias, não podiam valer em juízo, com ação própria (AZEVEDO, 2002, p. 20).

Assim, no direito romano, os contratos pertenciam ao campo das obrigações civis e os pactos enquadravam-se entre as obrigações naturais. Para a existência dos primeiros, entendia-se que, além da manifestação da vontade, era necessária a presença de um elemento formal ou material, fundamental na gênese da obrigação (*obligatio*). Ao se considerar as categorias dos contratos, *verbis*, *re* ou *litteris*, o requisito formal se identificava mediante palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou ainda pela inscrição no *códex*.

Uma vez celebrado, com observância estrita ao ritual, o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da ação (*actio*), circunstância considerada essencial, sem a qual não haveria direito, já que este era nada se não munisse o contratante da faculdade de reclamação em juízo (PEREIRA, 1999, p. 03). Por outro lado, os pactos não tinham nome especial, não revestiam forma predeterminada e não permitiam à parte a invocação de uma ação.

Sob essa distinção entre as convenções romanas, a doutrina jurídica estabelece uma classificação dos contratos que marca a origem do instrumento: a) consensuais ou *consensu obligationes*, que se formavam com o simples consentimento das partes; b) reais ou *rei*

obligationes, cuja concretização dependia da prévia entrega da coisa; c) verbais ou *verborum obligationes*, que se formavam das estipulações solenes entre credor e devedor; e d) liberais, que dependiam da forma escrita (SCHONBLUM, 2004, p. 10-11).

Durante a Idade Média, igualmente significativo é o tratamento dado pelo direito inglês ao contrato. Na origem do sistema denominado *common law*, não existia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações econômicas, tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa não fosse cumprida total ou parcialmente, o credor podia fazer valer as suas razões com uma ação *ex delicto*, isto é, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque tinha sido celebrado um contrato e este fora violado pela contraparte, mas porque tinha sofrido desta última um dano.

Somente mais tarde, ao cabo de uma longa evolução motivada pelo incremento das atividades comerciais, o sistema *common law* construiu a ideia do contrato como fonte autônoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, dado tratar-se da veste legal típica das operações econômicas (ROPPÓ, 2009, p. 17).

Ainda durante o período medieval na Europa, a confluência de duas correntes de pensamento contribuiu consideravelmente na formação do conceito moderno de contrato: a corrente dos canonistas e a escola do Direito Natural. A participação dos canonistas se deve à relevância que deram ao consenso e à fé jurada. A valorização do consentimento resultou no entendimento de que a vontade é a fonte da obrigação, o que embasou a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

Ao mesmo tempo, o respeito à palavra dada e o dever de veracidade justificaram a necessidade de cumprimento dos pactos, tornando essencial a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmos os nascidos do simples consentimento dos contraentes (GOMES, 2008, p. 06).

Quanto à influência da escola do Direito Natural ou Jusnaturalismo, de concepção racionalista e individualista, destaca-se a defesa de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Em outras palavras, basta o consentimento para obrigar. O contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que estabelece compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que por sua vez é um valor de Direito Natural (GOMES, 2008, p. 06-07).

Além das contribuições teóricas, observa-se que o enfraquecimento do sistema econômico feudal e a instalação do regime capitalista de produção na Europa também ajudaram a consolidar a moderna concepção de contrato. Ela se traduz na ideia de que toda convenção contratual é dotada de força vinculante e mune o credor de ação para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente.

Marco legal dessa noção moderna do contrato encontra-se no Código Civil de Napoleão, de 1804, que, em seu art. 1.101, estabelece norma de evidente conteúdo liberal: “O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se comprometem em relação a uma ou várias outras a dar, a fazer ou a não fazer, alguma coisa” (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 112).

Neste tocante, ressalta-se que os conceitos jurídicos só podem ser entendidos em sua essência quando identificada a realidade exterior que refletem, pois eles são a tradução da realidade de interesses e das situações políticas, econômicas e sociais em que estão inseridos. Sabe-se que o contrato possui um conceito jurídico, que resume uma série de princípios e regras de direito.

A atual acepção jurídica do contrato refere-se às implicações e às consequências legais do sistema das normas de códigos, de leis especiais ou de regras aplicadas pelos tribunais, ligadas à efetivação de determinada operação econômica. Tal noção também é constituída pelas elaborações doutrinárias da ciência jurídica que se ocupam dos negócios jurídicos e das normas que os regulamentam.

Segundo Pereira (1999, p. 02), o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Já para Gomes (2008, p. 11), trata-se de negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea e à satisfação dos interesses regulados no instrumento.

Como todo negócio jurídico, o contrato precisa apresentar determinados requisitos para ter eficácia. Os requisitos ou pressupostos de validade dos contratos podem ser classificados como subjetivos, objetivos e formais. Os primeiros se referem à capacidade das partes, pois os contratantes devem ser aptos a emitir validamente a sua vontade. Neste tocante, ressalta-se a distinção do contrato dos outros atos jurídicos, pois nele deve haver a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção (RODRIGUES, 2002, p. 13).

Já o pressuposto objetivo exige a idoneidade do objeto do contrato. Necessário, portanto, que o contrato tenha objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Além de não poder afrontar o ordenamento jurídico, o objeto do contrato deve ser suscetível de realização, não podendo apresentar qualquer obstáculo material ou jurídico.

No tocante ao requisito de validade formal do contrato, observa-se que o mesmo somente é exigido excepcionalmente, pois na acepção jurídica moderna do instrumento contratual, dá-se mais importância à declaração de vontade como fonte geradora dos negócios jurídicos, em detrimento do rigorismo da forma. Porém, quando a lei impõe a observância de determinado elemento formal, este se torna essencial à eficácia do contrato.

De volta à análise do conceito jurídico de contrato, observa-se que é negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Envolve pelo menos duas partes, o que denota sua característica de alteridade¹. Em regra, os efeitos decorrentes da relação contratual só atingem as partes contratantes, extraíndo-se daqui outra característica deste negócio jurídico: o relativismo dos efeitos do contrato. Porém, mesmo quando o contrato se estipula entre duas partes, é possível ainda que das estipulações contratuais surjam reflexos para outras pessoas, como terceiros interessados.

Roppo (2009, p. 81-82) explica que o conceito de *parte* do contrato não coincide com o conceito de *pessoa* (física ou jurídica). Parte significa centro de interesses objetivamente homogêneos. Uma parte contratual pode consistir tanto em uma, como em duas, três ou mais pessoas, que relativamente àquele contrato exprimem uma posição de interesse comum.

Desta forma, a noção de *terceiro* distingue-se da parte contratual. São terceiros em relação ao contrato, todos os sujeitos que não são partes e que, no entanto, nele podem estar de qualquer forma interessados ou são atingidos indiretamente pelos seus efeitos. Por exemplo, alguém, que recebe a promessa de venda de determinado bem, acaba se tornando interessado no negócio em que o vendedor, quebrando a promessa anteriormente feita, realiza com outra pessoa acerca do mesmo bem.

Outra observação importante é que, como acontece com todos os conceitos, o contrato não pode ser compreendido a fundo se considerado apenas na sua dimensão jurídica. Sua definição reflete uma realidade exterior, de interesses e de situações econômico-sociais,

¹ Entretanto, o contrato também pode ser classificado como unilateral. O contrato unilateral é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro. É o que ocorre na doação pura e simples: há duas vontades, a do doador e a do donatário, mas do concurso de vontades surgem deveres apenas para o doador. Já o donatário, apenas auferirá vantagens.

relativamente às quais cumpre uma função instrumental. Há, também, o conceito econômico de contrato.

Conforme Pinheiro e Saddi (2006, p. 112-113), a noção do contrato como um acordo de vontades tem sua acepção econômica em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida, e a liquidação da promessa, isto é, dos direitos que são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos.

Neste tocante, observa-se que, somente após o transcurso dos três processos, o instrumento contratual torna-se completo. Na oferta de uma compra e venda, por exemplo, o contrato é considerado incompleto até o momento em que o promitente comprador paga ao promitente vendedor. Depois, ele se aperfeiçoa quando o vendedor recebe o valor exigido e se liquida com a obrigação, com o que, então, é finalizado (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 144).

Os autores também ressaltam que, por meio dos contratos, podem ser realizados investimentos com vistas a reduzir riscos no futuro. A diminuição dos riscos contribui para a eficiência das estipulações contratuais, que é elemento importante para a concepção econômica do instituto. Só há eficiência em uma economia quando é possível assegurar que as promessas do contrato serão cumpridas (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 113).

Todo contrato implica risco, que é a probabilidade da perda concomitante à probabilidade de ganho, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a hipótese de lucro. Assim, a forma de reduzir o risco é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento.

Nesse diapasão, observa-se a contribuição da Teoria da Firma para a acepção econômica dos contratos. Em 1937, Ronald Coase publicou importante texto que trata do assunto, com o título *The Nature of the Firm*. Neste artigo, o economista propõe respostas para uma questão até então não respondida pela Teoria Econômica Neoclássica: “por que os agentes econômicos resolvem estabelecer firmas para atuar no mercado, ao invés de atuarem individualmente, dependendo apenas do livre ajuste do ‘mecanismo de preço?’” (COASE, 1990, p. 388).

Antes, entendia-se que as firmas ou empresas existiam e organizavam-se apenas em razão dos custos de produção, ou seja, via-se o que se necessitava de insumos ou de fatores da produção para determinado empreendimento, bem como os custos de tais insumos e fatores. Entretanto, Coase (1990, p. 390-391) destaca que há a necessidade de se pensar em tal

organização tendo em vista os custos de transação², que são os custos relacionados para ir ao mercado oferecer ou procurar os bens ou serviços.

Em economia, transações com o fim de alocar direitos de propriedade também são sinônimo de contratos. Daí o entendimento de Coase de que a firma é um “feixe de contratos”, devidamente coordenados pelo empresário. Assim, a função dos contratos na Teoria da Firma é prover incentivos para que as partes tenham uma conduta coerente com os objetivos da empresa, com a alocação eficiente dos riscos e a economia em custos de transação, em especial nos custos de monitorar a sua execução e remediar os em caso de inadimplência (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 139).

Essa concepção do contrato também é empregada para designar a operação econômica, isto é, a aquisição ou a troca de bens e de serviços. Em suma, trata-se do *negócio*, entendido em sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo Direito ou pela ciência jurídica (ROPPÓ, 2009, p. 08).

Daí que, para se entender o conceito de contrato, torne-se necessário uma atenta consideração à realidade econômica que lhe é subjacente. As situações, as relações e os interesses que constituem a substância de um contrato resumem-se na ideia de operação econômica.

Segundo Roppó (2009, p. 13), existe operação econômica e, portanto, possível matéria de contrato, quando há circulação da riqueza ou sua transferência de um sujeito para outro. Aqui, riqueza refere-se não só a dinheiro ou bens materiais, mas a todas as utilidades suscetíveis de avaliação econômica, a exemplo da promessa de fazer ou não fazer qualquer coisa em benefício de alguém.

Neste sentido, o contrato é o instrumento jurídico que implementa e regulamenta a movimentação de riquezas dentro da sociedade, constituindo, assim, uma tecnologia jurídica voltada à circulação e distribuição de bens de valor econômico (CONSTANTINO, 2003, p.14).

Observa-se, também, que o direito dos contratos incide sobre as operações econômicas, de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos de natureza política. Assim, além do papel do contrato resultar determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, sua disciplina jurídica, definida pelas

² Neste trabalho, o termo *transação* não se refere à espécie contratual prevista no art. 840 do Código Civil, em que as partes pactuam a extinção de uma obrigação através de concessões mútuas, devendo ser considerada, entretanto, como sinônimo de operação econômica, que promove a circulação de riqueza na sociedade.

leis vigentes, corresponde instrumentalmente à realização de interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso, historicamente mutáveis.

Trata-se do que Roppo (2009, p. 24) denomina de fórmula da *relatividade do contrato*: “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.

Portanto, desde a consolidação na Europa da moderna estrutura do Estado Liberal, as transformações do direito contratual ocorrem, principalmente, no plano das mudanças do mercado e das formas de articulação da produção e distribuição de bens. Com efeito, é preciso notar que a imagem do mercado de trocas que serve de modelo para a formulação da relação contratual varia com a história.

No final do século XVIII, como efeito das profundas mudanças introduzidas pela Revolução Francesa, o liberalismo surgiu com um conjunto de formulações teóricas que defenderam a constituição de um Estado no qual a autoridade deveria ser exercida nos limites da lei e com garantias jurídicas preestabelecidas, originando a concepção de Estado de Direito. A edição do Código Civil francês em 1804 também representou importante marco regulatório liberal, motivando o movimento das codificações em outros países europeus.

O Estado Liberal não deveria intervir no âmbito econômico, já que este só poderia ser regido pela iniciativa privada, ou seja, pelo livre mercado. O pensamento econômico liberal ganhou força principalmente com a publicação de *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith (1996), teórico da economia clássica. A edição do livro, em 1776, coincide com o início Revolução Industrial e satisfazia aos interesses de uma nova classe social em ascensão, a burguesia, que procurava se consolidar no espaço político-ideológico da época.

Por outro lado, no momento em que se apoderou do controle político da sociedade, a burguesia não se interessou em manter na prática a universalidade dos princípios liberais, como apanágio de todos os homens. Somente de maneira formal os sustentou, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservaram como princípios constitutivos de uma ideologia de classe (BONAVIDES, 1996, p. 42).

Ao mesmo tempo, o positivismo científico que se desenvolveu durante o século XIX concebia o direito como sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente, sem levar em conta considerações éticas, políticas ou econômicas. Para os defensores dessa corrente, denominados de *pandectistas*, o ordenamento jurídico era considerado como um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de

sorte que todo caso jurídico poderia ser enquadrado num conceito. Reduzia-se, em consequência, a função do juiz a mero autômato, cumprindo-lhe somente encontrar o direito pelo processo da subsunção e se limitando ao aprendizado da doutrina em uma sucessão sistemática, ordenada sob forma estritamente lógica (GOMES, 1967, p. 3).

Assim, o Estado não se ocupava com o exercício efetivo dos direitos individuais (liberdades) e, no campo econômico, a livre iniciativa em empreender, produzir e negociar refletiu em concentração de renda e riqueza por uma pequena parcela da sociedade, isto é, pela classe burguesa.

Observa-se que, nos Estados Absolutistas, o político (o poder do rei) tinha ascensão sobre o econômico (o feudo). Nos Estados Liberais, deu-se o inverso: o econômico (a burguesia, o industrialismo) passou a controlar e a dirigir o político (a democracia). Tal situação gerou forte contraste de classes, principalmente considerando-se a distância entre a burguesia e o proletariado, que se intensificou pela falta de legislação que protegesse a pessoa contra más condições de trabalho ou mesmo garantisse salário digno.

No início do século XX, ocorreu uma depressão econômica de extensão internacional, marcada principalmente pela quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929. Em seguida, os efeitos prejudiciais da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) geraram alto índice de desemprego no continente europeu, o que incentivou a necessidade de se rever a estrutura estatal liberal até então vigente, no intuito de se construir um modelo que trouxesse as soluções para a crise que se instalara. Ao mesmo tempo, a economia clássica mostrou-se inadequada para uma realidade caracterizada por uma sociedade e uma economia de massas.

Tais circunstâncias, somadas à adoção do regime democrático de governo, fizeram com que a estrutura estatal começasse a se desprender do controle político burguês. Surgiu, então, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nele, buscou-se superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, através de uma transformação superestrutural, que resultou no nascimento do Estado Social (BONAVIDES, 1996, p. 185).

Houve crescimento significativo das funções e do escopo do Estado nos países democráticos³. O Estado passou a intervir de forma mais substancial nos campos sociais e econômicos, tendo como base a edição de novas Constituições que consagravam a proteção

³ BONAVIDES (1996, p. 204) esclarece que o Estado Social da democracia distingue-se do Estado Social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.

de direitos sociais e atribuíam aos órgãos estatais a responsabilidade de reduzir as desigualdades materiais até então produzidas pelo liberalismo.

Assim, a ação estatal também teve como alvo o mercado, buscando através de ajustes e regulação do mesmo reduzir o alto índice de desemprego resultante da grande depressão. Outra escola econômica começou a ganhar força e a servir de base para a estruturação do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), tendo como principal representante o inglês John Maynard Keynes.

Na obra intitulada *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da moeda*, Keynes (1992) coloca a questão do pleno emprego no centro de sua reflexão teórica, mostrando que, sob condições de livre mercado, poderia haver uma insuficiência de demanda que levaria a uma subutilização da produção e do emprego.

Na obra citada, ele observa: "os dois principais defeitos da sociedade econômica em que vivemos são a sua incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a sua arbitrariedade e desigual distribuição da riqueza e das rendas" (KEYNES, 1992, p. 284). Com efeito, ao identificar a fonte das crises econômicas na insuficiência de demanda, Keynes enxerga nos gastos públicos uma possível solução para as mesmas.

Simultaneamente, o advento da segunda geração de direitos fundamentais positivados nas Constituições atribuiu aos Estados a responsabilidade pelo cumprimento de prestações positivas, asseguradas mediante a prática de políticas públicas intervencionistas. A mera proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei foi transformada em efetiva promoção desta igualdade no plano dos fatos.

No âmbito do direito civil, observa-se o gradativo estabelecimento de uma justiça distributiva, que se ocupa com os efeitos sociais do cumprimento do contrato, em substituição à justiça corretiva ou comutativa, que apenas se interessava com o fiel cumprimento das obrigações contratuais.

A revisão dos pressupostos do direito privado decorreu da necessidade de enfocar as relações sociais por outro ângulo, que exigiu ajustamento dos princípios, construções e conceitos formulados com o rigor lógico do positivismo científico. O modo de agir da sociedade passou a se condicionar pelos interesses coletivos, vigilantemente defendidos pelo Estado. Em consequência da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um dos seus elementos típicos (GOMES, 1967, p. 6-7).

Após a ampla adoção da estrutura do *Welfare State* e de suas diretrizes pelas principais potências capitalistas, iniciou-se, de forma sistemática, o delineamento atual do modelo de economia global. Em alguns países capitalistas, no final da década de 1970, assistiu-se à redefinição do papel do Estado e da própria política econômica. De produtores de bens e serviços, de agentes dinamizadores dos grandes projetos industriais e de obras públicas, de reguladores ativos e participativos dos diversos mercados, esses Estados, a exemplo da Inglaterra, passaram a exercer quase apenas funções reguladoras e, ainda assim, de forma restrita.

Na década de 1980, os governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, e de Margaret Thatcher, na Inglaterra, aprofundaram o processo de desregulamentação e liberalização financeira, com a eliminação das restrições à mobilidade dos capitais, o fim do controle de preços e das restrições à criação de novos tipos de aplicações, o que proporcionou ao capital financeiro um imenso poder no que se refere à formulação das políticas macroeconômicas (COSTA, 2008, p. 156-157).

No campo industrial, o sistema de produção de massa também começou a ceder lugar para uma nova estratégia de especialização flexível. A estas diretrizes liberalizantes, inspiradas no resgate de elementos do modelo econômico anterior, convencionou-se denominar de neoliberalismo.

Desta forma, ao se observar a história mundial a partir do século XIX e as transformações das estruturas estatais que até então foram sendo constituídas, reconhece-se o surgimento de três formas básicas de organização da produção industrial e, com elas, três tipos ideais de teoria contratual que lhes são correspondentes.

1.1 Dos modelos de produção manufatureira e de massa e as respectivas teorias contratuais

O sistema de produção manufatureira, também chamada artesanal, tratava-se da organização econômica dominante no século XIX. Manufatura é um processo de transformação pelo qual material bruto, trabalho, energia e equipamentos são utilizados conjuntamente para a produção de bens.

Tal forma de organização da produção era caracterizada por baixos índices de produtividade, grande inventividade, altos custos com o trabalho direto e produção de bens

caros e de baixa qualidade. A produção fornecia para o mercado uma elevada quantidade de certo tipo de produto, que era confeccionado por um curto período de tempo e um baixo custo de investimento.

O mercado de trocas era pequeno e nele predominavam demandas e entregas de curto prazo, em intervalos temporais irregulares. Assim, o planejamento e a organização da produção eram limitados frente à imprevisibilidade de comportamento dos agentes econômicos. Este sistema exigia, portanto, um mecanismo rápido e simples de resolução de conflitos relacionados ao mercado de trocas.

Desta forma, a teoria contratual clássica do período concebeu o *contrato descontínuo* como o instrumento adequado à regulamentação das transações comerciais rápidas e flutuantes. Tal denominação se deve à estrutura de composição de uma entidade separada, à medida que planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato independente e autônomo, pois tem em si todos os elementos essenciais constitutivos.

Os contratos descontínuos têm como características básicas o fato de serem impessoais, de planejamento imediato, envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requererem o mútuo consentimento das duas partes (MACEDO JR., 2006, p. 89-90).

A impessoalidade se deve à definição da transação em termos de simples troca de mercadoria, isto é, em termos de descrição do preço, da quantidade e da data de entrega do bem, não havendo qualquer importância a qualidade, a classe ou a situação social das partes contratantes.

O contrato também busca planejar no presente todos os comportamentos a serem realizados no futuro, pouco se importando com o desempenho dos contratantes em eventual descumprimento de sua obrigação. Observa-se, assim, a prevalência do princípio *pacta sunt servanda*.

Esta espécie contratual também envolve negociações que assumem o caráter de uma barganha instrumental, na medida em que presume uma relação entre duas partes que forçam os termos da troca para atingir seus exclusivos interesses econômicos. A conduta configurada, aqui, é essencialmente egoísta. Com efeito, decorre da doutrina liberal segundo a qual cada indivíduo age no mercado como um verdadeiro *homo economicus*, que procura comportar-se

racionalmente diante dos meios de que dispõe para obter a maior vantagem econômica possível para si.

Ademais, nos contratos descontínuos pressupõe-se a existência de mútuo consentimento, uma vez que seus termos devem ser livremente pactuados pelas partes. Tal característica está assentada no princípio da autonomia da vontade e na importância do consenso para a formação dos contratos.

A teoria clássica também contribuiu para a definição dos princípios básicos do direito contratual, que, segundo a concepção jurídica liberal, referem-se aos seguintes: autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos jurídicos do contrato.

Conforme o ensinamento de Wald (1995, p. 162), a noção de autonomia da vontade se consolidou na reação do liberalismo individualista do século XIX contra as limitações impostas pelo Estado, durante a Idade Média, que consagrou o postulado da liberdade dos homens no plano contratual. Admitia-se a onipotência do cidadão na administração e na disponibilidade de todos os bens, garantindo amplamente o direito de propriedade e a faculdade de contratar com todas as pessoas nas condições e de acordo com as cláusulas que as partes determinassem.

Neste tocante, ressalta-se a indissociável ligação da autonomia da vontade com o princípio da liberdade. Considerada como a faculdade de uma pessoa poder dispor de si, fazendo ou deixando de fazer por seu livre arbítrio qualquer coisa, a liberdade é essencial para a compreensão da gênese das relações jurídicas, com relevo para as relações paritárias decorrentes de atos praticados por particulares, alvo central do estudo do direito contratual. Essa liberdade necessária para a prática dos negócios jurídicos assume a forma de autonomia da vontade ou autonomia privada.

Daí surge o conceito de autonomia da vontade como sinônimo de liberdade negocial, traduzindo-se no poder que toda pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo sob a égide do qual será construído o negócio jurídico. Eis, aqui, o sentido da autonomia privada descrito por Ana Prata (1996, p. 11):

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (atividade econômica), realizando negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

Portanto, a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. Esta também permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, importando na possibilidade para as partes contratantes de derrogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento firmado.

Já o princípio do consentimento ou consensualismo, surgiu da superação do sistema estabelecido pelo direito romano, em que o ritual tinha importância decisiva. Conforme descrição no início deste capítulo, a existência jurídica do contrato para os romanos dependia de certa materialidade ou da adoção de rígido formalismo.

No entanto, as correntes de pensamento defendidas pelos canonistas e jusnaturalistas bem como as imposições comerciais do sistema de produção manufatureira fortaleceram a ideia do consensualismo, que se traduz na afirmação de que o acordo de vontades é suficiente à formação do contrato. A consolidação deste princípio se deve principalmente às leis e codificações civis europeias que surgiram durante o século XIX, estabelecendo a regra do nascimento do contrato através do consenso puro das partes. Somente por exceção, conservou-se algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração se exige a tradição da coisa e a observância de formalidades (PEREIRA, 1999, p. 09).

Por sua vez, o princípio da força obrigatória ou *pacta sunt servanda* consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, o contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem normas imperativas. Isso porque o contrato importa restrição voluntária da liberdade. Ao mesmo tempo, essa força obrigatória é atribuída pela lei aos contratos.

Na concepção liberal, o princípio da força obrigatória continha ínsita uma ideia que refletia o máximo de subjetivismo que a ordem legal poderia oferecer, pois a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerrava uma relação obrigacional que não comportava retratação e que nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, poderia intervir com o propósito de mudar o curso de seus efeitos (PEREIRA, 1999, p. 06).

Quanto ao princípio da relatividade dos efeitos jurídicos do contrato, constata-se que a eficácia do pacto alcança exclusivamente as partes contratantes, não aproveitando nem

prejudicando a terceiros. No entanto, há contratos que, fugindo à regra geral, estendem seus efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações, a exemplo da *estipulação em favor de terceiro*, do *contrato coletivo de trabalho* e do *fideicomisso inter vivos*.

No início do século XX, as transformações trazidas pela Revolução Industrial deram à produção capitalista novos contornos. A organização econômica manufatureira começou a ser substituída pela chamada produção de massa, adequada para atender a demanda de consumo crescente.

A exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos da América, as demais economias capitalistas, até então fragmentadas na forma de mercados locais, começaram a formar mercados nacionais. Tal processo de integração da produção industrial se deu paulatinamente e acompanhou a expansão da oferta dos serviços de correio, da construção de ferrovias e de outros canais de transporte.

Ao mesmo tempo, a implantação de novas tecnologias aplicadas à produção forneceram outras oportunidades ao mercado. As empresas voltadas para a produção de massa consolidaram-se devido à sua habilidade de fornecer grandes quantidades de bens padronizados por baixos custos. Isto foi feito por conta da introdução de linhas de produção e a aplicação de novas formas de gerenciamento do processo produtivo.

Assim, produção em massa é o termo que designa a produção, em larga escala, de bens padronizados através de linhas de montagem. Este modo de produção foi popularizado por Henry Ford no início do século XX, particularmente na produção do carro modelo *Ford T.*, sendo denominado fordismo.

Na indústria automobilística, as esteiras rolantes levavam o chassi do carro e as demais peças a percorrerem a fábrica enquanto os operários, distribuídos lateralmente, iam montando os veículos. O aumento da produtividade se dava através do controle dos movimentos das máquinas e dos homens no processo de produção. O empregado, seguindo o que foi determinado pelos seus superiores, deveria executar uma tarefa no menor tempo possível (CESARINO, 2007, p. 44).

Por outro lado, a produção em massa é inflexível e torna difícil a alteração no desenho de um processo de produção cuja linha já foi instalada. Ademais, o montante de capital necessário para montar o parque de máquinas de uma fábrica é muito alto. Portanto, os produtores de massa devem manter o pleno funcionamento das linhas de produção para

garantir o retorno do investimento realizado. A suspensão ou interrupção brusca significaria grandes prejuízos aos empresários.

Por conta dessa realidade de riscos, houve a necessidade de adoção do planejamento industrial de longo prazo, que procura prever e criar técnicas de estabilização de mercados e produtos de suprimento, para que a plena utilização da linha de produção implantada fosse garantida. E é neste contexto que se torna necessário um novo mecanismo de regulação contratual.

Em atendimento às exigências de regularidade na capacidade produtiva da indústria e nas entregas de insumos e mercadorias entre fornecedores, produtores e comerciantes, em intervalos constantes, a teoria neoclássica introduziu o *contrato com cláusula de conteúdo aberto* ou *contrato aberto*.

O contrato aberto envolve uma série de transações descontínuas que se estendem pelo período de um a três anos em média. Nesta espécie contratual, permite-se a livre renegociação e reformulação do ajuste. Assim, a comunicação entre vendedores e compradores se torna mais intensa, uma vez que não se limita apenas à negociação da troca, mas também à execução do acordo.

Na avença, um ou mais termos contratuais são deixados incompletos (preço, quantidade, entrega, qualidade) para serem preenchidos apenas no momento da execução do contrato, enquanto nos contratos descontínuos a indeterminação leva à nulidade do instrumento como um todo.

Além dessa distinção, nos contratos abertos cria-se cláusula de ajustamento, que, ao incluir os elementos risco e imprevisão na relação contratual, estipula que acertamentos devem ser feitos em caso de situações ou mudanças razoavelmente previsíveis. Já nos contratos descontínuos, não existia a possibilidade de alterações de cláusulas contratuais, pois, desta forma, um novo contrato estaria sendo estabelecido.

O contrato aberto torna a relação contratual dominante menos impessoal e mais negociada, uma vez que as partes estariam em comunicação não apenas no momento do pacto contratual, mas, sim, durante toda a sua existência, seja para mudá-lo, renegociá-lo ou mesmo mantê-lo.

Observa-se, também, que o direito positivo que decorre da teoria neoclássica acrescenta à relação contratual princípios como o da boa-fé e do equilíbrio contratual, que, além de

passarem a nortear as avenças, possibilitam a resolução das mesmas ou a revisão das suas bases em caso de onerosidade excessiva.

Tal modelo contratual, concebido para atender à produção de massa, corresponde à estrutura do Estado de Bem-Estar Social em que está inserido. Portanto, submete-se ao sistema de *dirigismo contratual*, que baliza o exercício da liberdade contratual e, considerando a desigualdade fática dos contratantes, coíbe abusos nas relações negociais privadas. O Estado deixa o papel de mero espectador das relações contratuais e atua como interventor da performance contratual (CONSTANTINO, 2003, p. 18-19).

1.1.1 Contratos de adesão

As exigências práticas da vida econômica começaram a determinar a uniformização do conteúdo de importantes relações jurídicas contraídas em série. No sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico passa a ser regulamentado predominantemente por métodos de contratação em massa, ou estandardizados, que utilizam espécies típicas de contratos abertos. Neste tocante, destacam-se os *contratos de adesão* e os *contratos submetidos a condições gerais*.

Os primeiros são oferecidos ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual e não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato (MARQUES, 2004, p. 59).

Gomes (1972, p. 12) define o contrato de adesão como o negócio jurídico bilateral, em que o consentimento de uma das partes é manifestado mediante aceitação global de um esquema contratual uniforme, preestabelecido pela outra parte para quantos se disponham a celebrá-lo.

Desta forma, o elemento essencial do contrato de adesão é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais, isto é, a sua predisposição unilateral, restando à parte contratante a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, que não pode ser modificado de maneira relevante. Ao se tratar de espécie contratual utilizada principalmente em relações de consumo, ressalta-se que o consentimento do

consumidor-contratante se manifesta por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

Trata-se de técnica contratual comum no âmbito dos seguros, dos planos de saúde, das operações bancárias, da venda e aluguel de bens e dos serviços prestados por empresas públicas e concessionárias de serviços públicos.

Outro elemento distintivo do contrato de adesão trata-se da forma de consentimento da parte contratante, que aceita ou adere em conjunto às cláusulas preestabelecidas, prevalecendo a vontade do predisponente, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, senão a uma coletividade indeterminada (GOMES, 1972, p. 06).

Acerca das principais características dessa espécie contratual, Gomes (1972, p. 12) destaca as seguintes: I) a contratualidade meramente formal; II) a determinação uniforme do conteúdo das relações constituídas com a parte predisponente; e III) a inesgotabilidade do esquema contratual, a ser invariavelmente aplicado a uma série infinita de contratos.

Semelhantemente, Marques (2004, p. 60) indica como principais atributos do contrato de adesão: I) a pré-elaboração unilateral; II) a oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; e III) o modo de aceitação, em que o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais influente.

Assim, ao se considerar que a parte contratante deve aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor de produtos ou serviços, constata-se que, na prática, o consumidor sequer lê completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Daí entender-se, com base no princípio da boa-fé, que existe um *dever de transparência* nas relações de consumo, principalmente em razão dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a necessidade de respeito a vários deveres anexos de conduta decorrentes do referido princípio, a exemplo do que se observa no art. 4^a, inciso III. Em suma, o consumidor deve ter pelo menos a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato.

A exigência deste zelo pela parte contratada não se restringe às relações de consumo ou mesmo aos contratos que possuam, ou não, características dos contratos de adesão, conforme se deduz da redação do 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”.

Ademais, a questão da interpretação dos contratos de adesão mereceu especial atenção do Código Civil vigente, ao estabelecer no art. 423, acaso existam na avença cláusulas dúbias, a interpretação *contra proferetem*, isto é, tais cláusulas devem ser interpretadas contra aquele que redigiu o instrumento e em favor do aderente. A redação do referido dispositivo legal é a seguinte: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Sem um claro embasamento científico, parte da doutrina defende que o referido método de interpretação deve ser adotado como regra geral, a exemplo do posicionamento de Marques (2004, p. 63). Contudo, tal entendimento, além de tentar converter em regra aquilo que o art. 423 do Código Civil dispõe como exceção, resulta da presunção ideológica de que os contratos de adesão ou estandardizados sempre contêm cláusulas ambíguas, contraditórias ou, na expressão do Código de Defesa do Consumidor, abusivas, o que não é verdade.

A forma contratual estandardizada é fruto da teoria contratual neoclássica, desenvolvida para atender de forma adequada às transações rápidas e de larga escala da produção de massa. Portanto, observa-se que os contratos de adesão oferecem, em função da agilidade com que podem ser celebrados, a vantagem de uma forte economia de meios, à medida que dispensa a preparação, a discussão e a redação de cláusulas contratuais.

Neste modelo contratual, provoca-se a racionalização da transferência de bens de consumo na sociedade, indistintamente, ou seja, sem diferenciação entre os consumidores e permite-se aos empresários a homogeneização de estratégias de condução de seus negócios, em função da necessidade de adaptação à nova realidade da sociedade de massa.

Assim, de acordo com o ensinamento de Roppo (2009, p. 314-315), para além da fase de conclusão do contrato, os benefícios trazidos à empresa e, consequentemente, aos consumidores, pelo uso de condições standard, manifestam-se, também, na fase de sua execução. Para fins de correta e racional administração das relações, especialmente as de longa duração, é necessário, ao mesmo tempo em que elas se desenvolvem, assegurar, por um lado, que as obrigações assumidas pela empresa sejam cumpridas de modo ordenado e tempestivo, e, por outro, que a mesma pontualidade e correção sejam observadas no cumprimento das obrigações assumidas pela massa de adquirentes e utentes que contrataram com a empresa.

Há ainda a constatação de que, em razão da rápida evolução das condições socioeconômicas e do desenvolvimento tecnológico vertiginoso, a disciplina legal que se

ocupa das relações contratuais mostra-se frequentemente lacunosa e inadequada às novas situações. Por outro lado, justamente através da difusão de esquemas contratuais autônomos, as insuficiências e atrasos da lei podem ser remediados, dado o estabelecimento de uma regulamentação que melhor corresponde ao arranjo e à dinâmica das relações de mercado.

Neste tocante, ressalta-se, também, que as condições contratuais gerais impostas aos clientes da empresa dão corpo a um regulamento mais analítico, exaustivo e claro do que o oferecido pelo direito positivo, elas removem motivos de incerteza e razões de controvérsia, em ordem à correta administração da relação contratual, contribuindo, assim, para a prevenção dos litígios.

Destarte, conclui-se que o emprego difundido do contrato de adesão constitui técnica fundamental da moderna organização da produção e dos mercados, na medida em que funciona como decisivo fator de racionalização e de economicidade da atuação empresarial. Contudo, por se tratar de espécie contratual que priva uma das partes da possibilidade de real decisão e influência sobre a determinação de seu conteúdo, identifica-se nela uma restrição à liberdade contratual, no sentido em que ao aderente está vedado o exercício efetivo da sua autodeterminação, no que se refere aos aspectos fundamentais em que se manifesta o poder da autonomia privada.

Com efeito, observa-se notório desequilíbrio de poder de influência entre as partes sobre o conteúdo do contrato de adesão. Tal atributo foi assim sintetizado por Roppo (2009, p. 318):

O predisponente – contraente forte – longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio para expandir e potenciar o exercício de tais poderes. Por outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra; e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa direta no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver.

No entanto, considerados os benefícios e a imprescindibilidade da utilização da técnica contratual estandardizada na produção de massa e a conduta das partes em observância aos princípios da boa-fé e da probidade que devem nortear toda relação jurídica, a situação de desequilíbrio é minimizada e posta em justa proporção. Ademais, o próprio ordenamento jurídico, principalmente em dispositivos encontrados no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, age como balizador do exercício da liberdade contratual e, com vistas à desigualdade fática dos contratantes, coíbe abusos nas relações negociais privadas.

1.1.2 Contratos submetidos a condições gerais

Outra espécie de contrato aberto, produzido para atender às demandas da sociedade de massa que surgiu no século XX, trata-se do *contrato submetido a condições gerais* ou das *condições gerais dos contratos*. Tal expressão enfatiza a fase pré-contratual, onde são elaboradas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante.

Segundo Gomes (1972, p. 03-04), esse esquema contratual constitui-se de uma série de condições ou cláusulas gerais destinadas a ser a *lex contractus* de uma sequência ilimitada de relações jurídicas concretas de natureza negocial. Caracterizam-se tais cláusulas pela generalidade, uniformidade e abstratividade, repetindo-se, sem se exaurirem, em todos os contratos dos quais sejam o conteúdo normativo e obrigacional.

Desta forma, contratos submetidos a condições gerais são aqueles, escritos ou não escritos, em que o contratante aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pela parte contratada para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico (MARQUES, 2004, p. 66-67).

As cláusulas gerais destinam-se a constituir o conteúdo obrigacional dos contratos celebrados para o nascimento de prestações idênticas, mas exercem igualmente uma função normativa no sentido de que regulam inevitavelmente, de modo uniforme, a conduta das partes e os seus interesses no curso da relação, sem serem disposições legais (GOMES, 1972, p. 04).

As condições gerais dos contratos também apresentam as seguintes características: I) são cláusulas ou condições de um contrato, independente do tipo de contrato e de onde se localizam, pois podem encontrar-se em afixados, pôsteres, recibos, caixas eletrônicos e outros lugares; II) são cláusulas pré-redigidas antes da conclusão do contrato por uma das partes ou terceiros para que sejam incluídas em um futuro contrato; e III) as cláusulas devem ser pré-elaboradas para um número múltiplo e indeterminado de contratos.

Ressalta-se que as condições gerais dos contratos não possuem força de normas legais ou regulamentos, pois elas necessitam ser inseridas em um contrato para que ganhem força obrigatória em relação às partes contratantes envolvidas.

Neste tocante, destaca-se a observância do *princípio da transparência*, pois, em matéria de inclusão de condições gerais nos contratos de massa, devem ser seguidos determinados requisitos, conforme o ensinamento de Marques (2004, p. 71-73): I) o contratante-consumidor

precisa ser informado pelo contratado-fornecedor que condições gerais serão usadas no futuro contrato, ou seja, os consumidores têm que ser informados antes do fechamento do contrato que o mesmo será submetido a condições gerais; II) o consumidor deve ter a possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo real das condições gerais do contrato; e III) deve haver aceitação, tácita ou expressa, do contratante-consumidor.

Quanto ao último requisito, observa-se que a regular inclusão das condições gerais nos contratos vincula-se à interpretação da declaração de vontade do contratante-consumidor, que deve ser considerada principalmente por ocasião do controle judicial das cláusulas do pacto.

Desta forma, a doutrina também destaca três princípios norteadores da interpretação dos contratos submetidos a condições gerais que podem ser assim sintetizados: I) primazia das cláusulas pactuadas individualmente, escritas ou não, sobre as cláusulas presentes nas condições gerais; II) em caso de dúvida quanto ao sentido das cláusulas das condições gerais, serão estas interpretadas a favor do contratante que não as redigiu; e III) a observância ao princípio da boa-fé, no controle de eventuais cláusulas abusivas, permite que o jurista interprete as condições gerais de maneira a respeitar a confiança e os legítimos interesses dos contratantes que aceitaram as cláusulas pré-redigidas (MARQUES, 2004, p. 74-75).

Vale observar que a condição geral do contrato não é expressão sinônima de contrato de adesão. Quando ela se concretiza e vai para um contrato escrito, pode assumir natureza jurídica de contrato de adesão. A distinção ocorre numa relação entre matéria e instrumento. O contrato é o instrumento que formaliza as cláusulas já predispostas e oferecidas antes mesmo da conclusão do contrato com o aderente.

Com efeito, antes mesmo que se instrumentalize o contrato de adesão, as cláusulas contratuais gerais já estarão formalizadas. Na medida em que se tem um contrato escrito e com aceitação das partes, não se terá mais uma cláusula geral, mas um contrato de adesão. Conclui-se que as condições gerais do contrato e o contrato de adesão representam dois momentos cronologicamente distintos, mas inseridos num mesmo fenômeno.

1.2 A especialização flexível e a teoria contratual relacional

Durante a década de 1970, observou-se, de forma sistemática, o delineamento atual do modelo de economia global. Houve uma redefinição do papel do Estado e da própria política econômica, com a implantação de medidas liberalizantes nos principais países capitalistas.

A internacionalização dos mercados de produtos (globalização), a introdução de novas tecnologias de produção, informação, gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram um panorama para outra estratégia industrial.

Essas mudanças seriam resultado da intensificação da competição internacional, das frequentes alterações nos padrões da demanda na direção de produtos diferenciados e de um crescente desejo dos consumidores por produtos de melhor qualidade, uma vez que a velocidade da informação e da inovação tecnológica incentiva as pessoas a estarem em permanente atualização e a exigir produtos que acompanhem as transformações e atendam às suas necessidades.

Assim, os mercados ficaram cada vez mais diversificados e as transformações tecnológicas fizeram com que os equipamentos de produção, que tinham apenas um objetivo, se tornassem arcaicos. O sistema de produção em massa ficou muito rígido e dispendioso para as características da nova economia, e o sistema produtivo flexível surgiu como uma possível resposta para superar tal limitação.

A estratégia de especialização flexível ou pós-fordista visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único. A oferta de um bem único permite a criação de um nicho, o que por sua vez permite a manutenção de alto grau de lucratividade e estabilidade comercial. Isto, entretanto, requer a constante mudança do produto, a combinação de inovação com formas flexíveis de produção.

A flexibilidade de curto prazo é obtida pela estratégia de uso de maquinaria numa planta de trabalho de grupo para produzir quantidades médias de produtos especializados. O maquinário empregado permite usos múltiplos em diversas tarefas, o que facilita a mudança rápida de produto, conforme os sinais de demanda do mercado. Cada parcela do “grupo produtivo” atua como unidade autônoma capaz de alcançar os objetivos da oferta de produtos únicos para clientes especiais (MACEDO JR., 2006, p. 103).

Esta estratégia industrial busca estabelecer estruturas organizacionais mais planas e enxutas, que possibilitam uma redução de custos e uma diferenciação das empresas frente aos seus concorrentes, através de ações como lançamento de novos produtos, aumento da qualidade, rapidez na entrega e melhoria dos serviços associados ao produto, assim como novos padrões de relações interfirmas.

Por isso, Paiva (1999, p. 2) observa que:

A flexibilidade não pode ser considerada como um fenómeno técnico, puro e simples, mas antes, um fenómeno técnico-organizacional. Refere-se não apenas à utilização de equipamentos flexíveis, mas, igualmente, à capacidade de adaptação de pessoas que exploram as novas potencialidades tecnológicas.

Daí porque ainda segundo o mencionado autor uma estratégia de flexibilidade comporta, necessariamente, duas vertentes: a *flexibilidade quantitativa do emprego* e a *flexibilidade organizacional* (PAIVA, 1999, p. 2). A primeira situação corresponde a uma flexibilidade operacional, na qual novos princípios de organização, estruturas maleáveis e estilos de direção aberta à participação vão conduzindo a diversas práticas de descentralização dos níveis produtivos (divisão das grandes empresas em unidades autónomas), enriquecimento de tarefas, trabalhos em grupo e círculos de qualidade.

Na segunda situação, a flexibilidade organizacional inscreve-se numa lógica claramente pós-fordista, centrada no fator humano, segundo a qual a competitividade depende não só dos novos equipamentos, mas também das capacidades especificamente humanas.

A partir da noção de flexibilidade organizacional, destacam-se seus três elementos: a) aplica tecnologias avançadas que implicam interdependência de tarefas; b) enfrenta instabilidade e diferenciação de mercado; e c) possui mão de obra qualificada que aspira a maior autonomia e evolução profissional.

Com efeito, as empresas sob a forma de organização flexível tendem a adotar uma estratégia orientada para a descentralização produtiva, mantendo seu negócio principal e, em paralelo, desenvolvendo ou contratando outras empresas especializadas em atividades ou serviços de apoio ou fornecedoras de componentes de produtos finais. Surge, assim, a necessidade de um novo relacionamento interempresarial, no qual as grandes empresas estabelecem vínculos estreitos com suas terceiras, vínculos estes que incluem o desenvolvimento conjunto de novos projetos ou o aperfeiçoamento de componentes já existentes, através de auxílio técnico, uso comum de laboratórios, pessoal e equipamentos.

A cooperação entre as unidades produtivas é imprescindível e acaba por desencadear um processo novo de fabricação através do qual o produto passa a percorrer uma rota através de equipamentos e instalações de diferentes unidades produtivas autônomas.

Há a formação de uma cadeia de produção ordenada e eficiente através das relações contratuais firmadas entre as empresas envolvidas. Tal estratégia satisfaz a necessidade das organizações de responder rapidamente às oscilações da demanda, podendo lançar novos produtos em tempo curto, diversificando a produção tão exigida pelo mercado (CESARINO, 2007, p. 51).

É o caso dos grupos societários, que, mediante a associação de duas ou mais sociedades com personalidades jurídicas próprias, formam uma unidade econômica, a exemplo dos consórcios de sociedades. Na formação da cadeia produtiva, notadamente quando decorrente da complementaridade das operações, o fator cooperação se faz presente.

A pluralidade de unidades juridicamente autônomas, mas que se encontram sob comando único ou sob a forma de grupos de coordenação, serve para segregar riscos, prática que interessa aos credores, pois permite a segmentação de cada etapa da atividade empresarial, conferindo àqueles informação tópica mais transparente. Isto também reduz o risco moral (*moral hazard*)⁴ e, em certos casos, a seleção adversa⁵ (SZTAJN, 2010, p. 104-105).

Neste sentido, a exemplo do que se observa na associação de empresas em redes produtivas ou de serviço no setor têxtil, de informática, na indústria automobilística ou de turismo, pode-se dizer que a especialização flexível oferece: a redução do trabalho envolvido (*work in progress*), à medida que o trabalho qualificado e a inovação tecnológica aumentam a produtividade e diminuem o número de trabalhadores diretamente envolvidos nas tarefas produtivas; a redução do tempo requerido desde o início da produção até o seu final; e a geração de um produto final de alta qualidade (MACEDO JR., 2006, p. 104).

Em comparação com os outros modelos de produção, a especialização flexível apresenta maiores custos que a produção manufatureira, haja vista envolver automação, alto grau de avanço tecnológico e informação. Por outro lado, em contraste com a produção de massa, ela permite a produção de médios lotes de produtos variados, não padronizados, com um alto grau de inovação e o uso de um maquinário multifuncional programável e apropriado para eventuais mudanças exigidas pelo mercado de consumo.

Assim, ao procurar manter o pleno uso da capacidade de produção associada à inovação rápida do produto quando as mudanças no mercado exigirem e à redução dos custos envolvidos, usando, para isso, várias unidades produtivas autônomas, a estratégia da especialização flexível necessita de um planejamento a longo prazo. Neste sistema, deve

⁴ O risco moral se configura quando uma das partes em uma transação não consegue observar o esforço que a outra parte faz ou fez para cumprir o seu papel no que ficou acertado entre elas. Por exemplo, quando se contrata um profissional de serviços, é difícil avaliar antecipadamente se a qualidade dos serviços será tão boa quanto se poderia esperar.

⁵ A seleção adversa ocorre quando uma das partes em uma transação tem menos informação do que a outra sobre as condições em que essa troca se realiza. Por exemplo, quando um investidor vai comprar uma ação e não sabe se a empresa é de alto ou baixo risco.

haver continuidade das relações contratuais, exigindo-se das partes contratantes esforços de cooperação cada vez maiores.

Ademais, com a rápida mudança de demanda no mercado, o planejamento de longo prazo é constantemente revisto e retificado, o que exige das partes uma solidariedade de interesses estratégicos nas relações contratuais, ou seja, deve existir uma convergência nos interesses para que a produtividade seja alta e qualitativa.

Uma vez que a base da competição é a inovação, são necessárias contínuas transações entre vendedores e compradores, fornecedores e encarregados da contabilidade, engenheiros e operadores da engenharia. Para regular essas novas relações, surgem os *contratos relacionais* ou *contratos de longa duração*, que visam reger uma série de transações descontínuas por um período superior a três anos aproximadamente. Tais transações são constantes, mas, diferentemente da produção em massa, em pequenos volumes e rápidos intervalos temporais de execução.

A teoria contratual que dá fundamento ao novo instrumento foi desenvolvida principalmente por juristas norte-americanos, a exemplo de Ian Macneil⁶. Esses doutrinadores ressaltaram a mudança de âmbito epistemológico na nova espécie contratual, no que se refere à influência dos princípios da solidariedade e da cooperação no comportamento das partes contratantes.

Nesse diapasão, observam Cooter e Ulen (2010, p. 237):

Muitas vezes, as relações de negócios duram anos. As condições mudam ao longo da vida da relação. As partes precisam reagir às condições inconstantes à medida que perseguem seus próprios interesses por meio da relação. Abrir espaço para as mudanças exige compreensões flexíveis, e não regras rígidas. [...] Muitas vezes, as partes de relações de longo prazo recorrem a dispositivos informais, e não a regras executáveis, para assegurar a cooperação.

Com efeito, a principal diferença entre os contratos relacionais e os não relacionais é que aqueles partem da premissa segundo a qual a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de circunstâncias, para que possa subsistir e não ser rescindida, enquanto os não relacionais dão primazia à rescisão.

Quanto ao atendimento à evolução do mercado e às relações jurídicas complexas de longa duração, típicas da sociedade atual moderna e globalizada, a teoria dos contratos

⁶ Ian Macneil, jurista e professor da faculdade de Direito de Northwestern University of Chicago, publicou uma série de artigos científicos a partir da década de 1970, a exemplo de *The Many Futures of Contracts* (1974), e criou o termo *contrato relacional*.

relacionais ganha importância. Uma definição mais esclarecedora pode ser encontrada no trabalho escrito por Hviid (1999, p. 8):

Um contrato é relacional até o ponto que as partes são incapazes de reduzir termos importantes do acordo em obrigações bem definidas. Tais obrigações definidas podem ser impraticáveis devido à inabilidade para identificar condições futuras incertas ou devido à inabilidade para caracterizar adaptações complexas adequadamente, mesmo quando as eventualidades possam ser identificadas com antecedência. O papel central da continuidade da relação entre as partes contratantes parece encontrar-se na maneira pela qual uma lacuna contratual é preenchida.

Desta forma, afirma-se que os contratos relacionais tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua. Este é determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que, de fato, se estabelecem entre as partes, como por exemplo, vulnerabilidade, hipossuficiência, confiança e dependência econômica.

O elemento da dependência econômica pode ser identificado na estrutura dos grupos societários. No exemplo dos contratos de fornecimento, quando de longo prazo e de execução continuada, pode ocorrer a realização por uma das partes de altos investimentos em ativos específicos, que dificilmente poderão ser utilizados para atender outros interessados. Em razão da especificidade desse ativo, uma fração relevante de seu retorno depende, para a sua realização, da continuidade de uma transação específica.

Nesta situação, as partes dependem de suas contrapartes para obter os ganhos que imaginavam por ocasião da realização do investimento. É o caso de componentes de um automóvel, feitos por uma empresa de autopeças, que foram desenvolvidos especificamente para uma família de modelos de uma mesma montadora, não tendo o mesmo valor se comercializados com outras empresas.

Portanto, a interdependência das partes com relação à troca transcende uma única transação, passando a um conjunto de inter-relações sociais baseadas na confiança, que facilita a negociação para recomposição do acordo quando necessário (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 127-128).

Entretanto, ressalta-se que a novidade da teoria relacional não se encontra na espécie contratual, a exemplo dos contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica e de fornecimento entre empresas, que antes já eram utilizados sob o fundamento das outras teorias, mas, sim, na dinâmica estabelecida no curso da relação contratual.

Conforme a análise de Macedo Jr. (2006, p. 106-107), as principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade.

Em segundo lugar, dadas às contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas para os reajustes contratuais.

Por último, os contratos de relacionais incluem cláusulas estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual. Deste modo, os contratos de longa duração fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação interorganizacional no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. Daí a atribuição aos mesmos de uma dimensão processual.

Assim, nos contratos relacionais, em função do objeto contratual, o interesse das partes não é a ruptura do vínculo caso algo venha a mudar as circunstâncias. Tal característica se adequa também às novas diretrizes principiológicas trazidas, por exemplo, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e pelo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Tanto o primeiro, em seu art. 4º, inciso III, como o segundo, no art. 422, positivam o princípio da boa-fé, exigindo a observância do mesmo no estabelecimento das relações contratuais.

O princípio da boa-fé constitui a principal norma de ligação dos princípios de cooperação, confiança e solidariedade no direito contratual relacional. A boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais. Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança, mas também a reciprocidade, o equilíbrio substantivo e dinâmico e a harmonização com a matriz social que lhe é subjacente.

Na perspectiva relacional, a boa-fé realça a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade. Ela também enfatiza e

torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar.

Por fim, a boa-fé evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios, a exemplo dos deveres anexos de conduta. Portanto, ela permite, entre as partes contratantes, a fusão do interesse egoísta e do interesse pelo outro, o que facilita a existência de relações de longo prazo. Neste sentido, o lucro se constitui menos o produto da barganha entre as partes e mais o produto de mútua cooperação.

Desta forma, na teoria relacional, o antagonismo é substituído pela cooperação. Apesar do processo de ajuste do acordo de longa duração ser custoso, o mesmo é mais eficiente do que o ônus de produzir contratos pretensamente completos. Para além do compartilhamento dos benefícios, as partes dividem os ônus, sempre no intuito de preservar a relação contratual.

1.2.1 A sociedade de serviços com dimensão relacional

Outra importante mudança do atual modelo de economia global trata-se da substituição da sociedade de consumo de bens por uma sociedade de consumo de serviços. Deveras, as mudanças no lado do consumo, associadas com transformações na produção, coleta de informações e financiamento, demonstram significativo crescimento no emprego de serviços a partir da década de 1970.

Os contratos de consumo de serviços são transações com caráter mais relacional em comparação com a compra e venda de produtos. Esta é uma das razões que conduzem ao questionamento das premissas microeconômicas neoclássicas e dos mecanismos tradicionais de proteção do consumidor, baseados principalmente na apresentação de demandas judiciais, sejam elas individuais ou transindividuais (MACEDO JR, 1999, p. 50).

Com efeito, observa-se a mudança do período de acumulação de bens materiais para o período de bens imateriais. Os contratos de dar perdem espaço para os contratos de fazer, da mesma forma que o modelo imediatista da compra e venda cede lugar a um modelo de relação contratual continuada, reiterada.

O consumidor não é mais somente um acumulador de bens, mas um acumulador de serviços, de fazeres que asseguram a ele e a sua família o bem-estar, a segurança, a saúde, o lazer, o *status*, as informações, o crédito e outros bens imateriais oferecidos no mercado.

O bem móvel imaterial ou o desmaterializado “fazer” dos serviços passou a ser o bem economicamente mais relevante. Se esses bens imateriais e fazeres são a riqueza atual, os contratos que regulam a transferência desses bens na sociedade também devem acompanhar essa realidade, evoluindo para modelos novos de serviços e dares complexos, adaptando-se, desta forma, ao mercado desmaterializado (CESARINO, 2007, p. 55).

A era de serviços é também a era da informação e isto também dá poder à sociedade, pois as pessoas se tornam mais capazes de absorver um conhecimento muito maior sobre qualquer ponto de seu interesse. O funcionamento adequado da oferta de serviços está intimamente ligado à intensidade e qualidade de interação e contato entre as empresas, bem como entre elas e os clientes. Se os clientes estão cada vez mais informados, mais exigentes se tornam, e melhor deve ser a capacidade de relacionamento entre eles e as empresas.

Portanto, são necessárias mudanças nas relações contratuais, que devem ser pautadas pela clara informação e solução de qualquer controvérsia, ou seja, pela solidariedade contratual.

Observa-se que os clientes conseguem comprar e receber o seu produto sem sair de casa. Isso requer um aperfeiçoamento dos princípios contratuais clássicos, pois, muitas vezes, as partes concluem contratos sem sequer trocarem uma palavra, visto que a nova ordem econômica é ampla e globalizada.

As premissas das teorias contratuais clássicas e neoclássicas, voltadas para a microeconomia, não mais se ajustam à nova realidade econômico-jurídica. É preciso haver um propósito de cooperação e solidariedade entre as partes pactuantes para que os contratos cumpram a sua função de circular riqueza. E tais princípios de cooperação e solidariedade são princípios típicos dos contratos de longa duração ou contratos relacionais.

Estes contratos de execução sucessiva e protraída baseiam-se na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade durante os vários anos da relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor, a exemplo da futura assistência médica para si e sua família, depende da continuação da relação jurídica.

Tais serviços envolvem normalmente obrigações denominadas duradouras, nas quais o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito. Isto porque o dever

de prestar pela parte contratada-fornecedor continua total no caso do contratante-consumidor adimplir regularmente suas obrigações.

Em tal vínculo, o atributo da longa duração corresponde a um interesse da parte fornecedora e é essencial, uma vez que o contrato desenvolve seus efeitos justamente através da passagem do tempo e da cooperação entre os contratantes. Quanto ao consumidor, os anos de relacionamento com determinada segurança para o futuro, com a qualidade do serviço, após atingir certa idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao mesmo desvincilar-se do contrato (MARQUES, 2004, p. 87-88).

Outro aspecto relevante do predomínio da sociedade de consumo de serviços trata-se do deslocamento do controle ou da coibição de abusos mediante apresentação de demandas judiciais para agências administrativas reguladoras e outras instituições autônomas, que monitoram o mercado, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e do Banco Central do Brasil (BACEN).

2. TEORIA RELACIONAL

A multiplicação das relações jurídicas complexas de longa duração, principalmente dos contratos de consumo de serviços, trata-se de fenômeno socioeconômico importante neste início do século XXI. Tal contexto favorece o desenvolvimento de teorias contratuais que têm o propósito de regular e de melhor atender às mudanças da realidade econômica globalizada. A teoria relacional desenvolve-se com esse intuito.

Com efeito, o objetivo da teoria relacional não é criar novas espécies contratuais típicas, mas apresentar uma nova abordagem na dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. Ela busca ampliar o âmbito de visão utilizado no estudo de um contrato, dando importância a todo ato, relação e aspecto do contexto que rodeia as partes contratantes. Ao mesmo tempo, visa revelar que as relações contratuais que ocorrem diariamente sob o crivo das leis vigentes são, na realidade, muito mais complexas do que as normas pressupõem.

A teoria dos contratos relacionais foi concebida principalmente por Ian Macneil, jurista e professor norte-americano, a quem coube elaborar uma sistematização de ideias que já vinham sendo estudadas e trabalhadas tanto por juristas como por economistas. Em seus estudos, ele debate o contrato, seu fundamento e a sua compreensão interdisciplinar, valorizando o papel das normas sociais, como o costume e os usos comerciais. Para Macneil (2009, p. 02), a raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade e, portanto, seu funcionamento nunca poderá ser compreendido isolado dela.

Observa-se que a teoria relacional tem sua concepção no direito norte-americano, que tem por base o sistema do *Common Law*. Preliminarmente, tal circunstância poderia apresentar obstáculo científico no tocante à aplicabilidade adequada da mencionada teoria no direito brasileiro, uma vez que o direito contratual comparado, desenvolvido pela doutrina jurídica, normalmente tem como base o direito europeu continental, ou seja, o sistema romano-germânico ou do *Civil Law*.

Segundo Timm (2012, p. 526-526), as razões para essa distinção são explicadas por uma questão histórica: a herança colonial portuguesa foi determinante para que o direito brasileiro nascesse integrado à família jurídica romano-germânica. Daí tanto o Código Civil como leis específicas passaram a regular a matéria contratual. Ao passo que, no *Common*

Law, principalmente no direito contratual, a norma jurídica deriva da jurisprudência dos tribunais. Esse é um dos motivos alegados para o argumento de que o direito contratual norte-americano não serve para a compreensão do direito contratual brasileiro.

No entanto, ao se considerar que um sistema econômico capitalista e uma sociedade democrática giram em torno de instituições jurídicas elementares e estruturantes, tanto do mercado como do regime político, impõe-se a conclusão de que os problemas humanos típicos desse modelo de organização social tendem a se repetir em diferentes países e que as respostas encontradas não são tão diferentes quanto imaginadas. Portanto, ainda que com nomes diversos e aplicados por procedimentos diferentes, um sistema de mercado girará em torno de regras semelhantes sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade, herança e posse (TIMM, 2012, p. 527).

Outrossim, a rígida separação entre *Common Law* e *Civil Law* não corresponde bem à realidade de um mundo globalizado. Observa-se que há muitas leis nos Estados Unidos disciplinando matérias jurídicas como o direito societário, o direito de falências e, inclusive, o direito contratual, a exemplo do Código Comercial Uniforme ou *Uniform Commercial Code* (UCC), do *soft law* dos *Restatements* de Contratos, elaborados pelo Instituto Americano de Direito ou *American Law Institute*. Ao mesmo tempo, no Brasil, como em outros países que adotam o *Civil Law*, crescem em importância as decisões dos tribunais, constatando-se aí uma necessidade prática de administração da Justiça, diante da evidente maior eficiência do *Common Law*, no que se refere ao uso dos precedentes vinculantes.

Portanto, existem leis norte-americanas que podem servir de modelo ao Brasil, porque foram criadas para atender a um mercado mais complexo e diversificado. Além do paradigma legislativo, as decisões judiciais estadunidenses podem ser estudadas, por refletirem o Direito em ação (*Law in action*).

Conforme já destacado no primeiro capítulo, os contratos são a roupagem jurídica de uma operação econômica. Assim, quanto mais complexo o sistema de mercado, presume-se que mais desenvolvido será o seu direito contratual. A partir desta premissa, considera-se que a aplicação teoria contratual relacional se apresenta como um importante paradigma para o direito brasileiro.

Nesse diapasão, observa-se que, no Segundo *Restatement* de Contratos, obra de caráter doutrinário não vinculante, elaborado pelo Instituto Americano de Direito (*American Law Institute*), com o objetivo de sistematizar os precedentes judiciais, há a seguinte definição de

contrato no parágrafo 1º: “[...] a promessa ou o conjunto de promessas cujo descumprimento o Direito oferece um remédio ou cuja observação o Direito de alguma forma reconhece como um dever” (CASTLEMAN, 2003, p. 03).

Já a doutrina brasileira define o contrato como o acordo de vontades, que visa criar, transmitir ou extinguir obrigações. Portanto, há certa conformação genérica do instituto do contrato entre a doutrina jurídica doméstica e a norte-americana. Nas duas acepções, só é possível se falar em contrato, quando uma pessoa faz uma promessa a outra, ou seja, obriga-se, perante outra, a fazer alguma coisa ou a dar alguma coisa.

No que tange ao fundamento principiológico dos contratos, o direito norte-americano é lastreado principalmente pela liberdade contratual (*freedom of contract*), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato barganhado entre as partes. Não há, como no Brasil, a restrição da chamada função social do contrato, presente no artigo 421 do Código Civil, sobre a autonomia privada.

Entre os juristas norte-americanos, o contrato é visto como instrumento a serviço do funcionamento do mercado e de dispersão do poder decisório e, portanto, de democratização no seio da sociedade, já que são os indivíduos, em suas interações como agentes econômicos, que passam a definir o que produzir e consumir de modo mais eficiente (TIMM, 2012, p. 533).

As partes contratantes veem nesse sistema a garantia de que suas negociações e alocações de risco em situações de conflitos de leis e de competência entre os tribunais não serão alteradas pelas Cortes. Certamente, essa é uma forte razão para a expansão do direito contratual norte-americano pelo mundo globalizado.

2.1 Conceito e elementos fundamentais do contrato na teoria relacional

O entendimento da acepção do contrato segundo a teoria relacional passa, necessariamente, pela definição de suas raízes primárias e de seus elementos fundamentais. Ao apresentar uma teoria de cunho sociológico-jurídico, Ian Macneil defende a compreensão do contrato fora do isolamento intelectual, devendo haver por parte do estudioso especial atenção às necessidades e às preferências comuns da sociedade.

Neste tocante, ele pontua quatro fontes ou raízes do contrato: sociedade, especialização do trabalho e troca, escolha e consciência do futuro (MACNEIL, 2009, p. 01-04). A base do

contrato é a matriz social em que está inserido. Trata-se de instrumento utilizado para atender às necessidades de cada sociedade em particular.

A segunda raiz primária do contrato, a especialização do trabalho e troca, traduz-se na constatação de que os indivíduos numa sociedade não conseguem produzir para si tudo o que necessitam para continuar vivendo e produzindo. Cada um tem de receber produtos de outros para continuar especializando a produção a que se dedica. Nesta especialização, há a divisão de trabalho e, com ela, a troca. Aqui, tanto numa troca recíproca mensurada ou de difícil mensuração, ocorre uma relação contratual.

Quanto à terceira fonte do contrato, a escolha, refere-se ao conceito de alguma liberdade para escolher dentre uma gama de comportamentos. Toda pessoa deve ter a faculdade de poder dispor de si, fazendo ou deixando de fazer por seu livre arbítrio qualquer coisa. A liberdade é essencial para as relações paritárias decorrentes de atos praticados por particulares, objeto de estudo do direito contratual.

Em complementação, Macneil (2009, p. 04) afirma que somente com a adição da quarta raiz, a consciência do futuro, o contrato se configura por completo. Uma vez que o indivíduo tem essa noção, a potencialidade para um pleno desenvolvimento do contrato passa a existir.

Assim, ao considerar a conjugação das quatro raízes primárias do contrato, Macneil (2009, p. 05) apresenta a seguinte definição do instrumento com base na qual sustenta a teoria relacional: “Por contrato quero dizer nada mais e nada menos do que as relações entre as partes no processo de projetar a troca no futuro”.

Essa é uma definição que ele considera como a de contrato de fato, diferentemente do conceito registrado no Segundo *Restatement* de Contratos, que se equipara ao convencionado por força de lei, considerando-se que não há legislação norte-americana que também traga precisa acepção para o contrato.

Entretanto, os contratos não se referem somente à lei, pois são instrumentos que funcionam para realizar ações no mundo real, como construir coisas, vender coisas, cooperar em um empreendimento, alcançar poder e prestígio. Portanto, mesmo que uma definição orientada pela lei englobe todos os contratos que servem à realização da troca, será inevitavelmente percebida como mais estreita, haja vista limitar-se ao espectro legal.

Ao tratar do conceito de contrato do Segundo *Restatement*, Macneil pontua que a ideia de promessa é uma afirmação do poder do desejo humano de afetar o futuro. Desta noção, ele extraí elementos que integram a promessa na troca de determinada sociedade: o desejo do

promitente; o desejo do promissário; ação presente para limitar a escolha futura, a exemplo da pessoa que vende uma casa para alguém, pois não poderá escolher vendê-la em outro lugar sem sofrer as consequências de ter violado sua promessa; comunicação; e reciprocidade mensurada (MACNEIL, 2009, p. 06-07).

Neste tocante, ressalta-se que o mecanismo da promessa como um projetor de troca constitui a essência do contrato descontínuo, o que certamente não atende à complexidade das relações contratuais modernas. De fato, em muitas circunstâncias a promessa não é o instrumento de projeção de futuro mais eficiente para essas relações.

Na teoria relacional, assumem papel importante os projetores de troca não-promissórios, que são aqueles que não possuem um ou mais elementos da promessa acima elencados, a exemplo do costume, do *status*, do hábito, do comando em estruturas hierárquicas corporativas e de outras interiorizações que projetam troca no futuro.

Macneil (2009, p. 08-09) observa que os projetores de troca promissórios, na realidade, são sempre acompanhados por projetores de troca não-promissórios, dada a interação com a presente matriz social. Ademais, as promessas não conseguem englobar mais do que um fragmento da situação total, pois a quantidade de informação disponível sobre o futuro é sempre parcial. Nem a promessa feita é exatamente a mesma promessa recebida, haja vista que ela é entendida de uma maneira pelo emissor e de outra pelo receptor. Tal diferença, ainda que sutil, só pode ser resolvida por mecanismos que se encontram além da promessa propriamente dita. Tratam-se dos projetores de troca não-promissórios.

Desta forma, na teoria clássica, em sua tentativa de descrever e normatizar a experiência contratual, há uma redução, em termos típicos ideais, a uma transação descontínua, derivada de uma negociação instrumental, impessoal e constituída pela promessa. Com base no princípio do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), estabelece na promessa o fundamento obrigacional essencial.

Já a teoria relacional reconhece que todos os contratos estão inseridos em relações sociais constituídas por múltiplos fundamentos normativos. Considera, assim, as expectativas formadas durante a existência dos contratos, ou seja, antes, durante e depois do seu momento promissório, as moralidades externas, internas e as relações de poder. Nos contratos relacionais, portanto, as fontes obrigacionais não-promissórias possuem maior relevância e papel determinante.

Além do elemento relativo à fonte obrigacional, a doutrina pontua outros sete elementos que auxiliam na configuração do conceito de contrato conforme a teoria relacional. São eles: I) relações primárias, não-primárias e número de participantes; II) medida e especificidade da transação; III) começo, duração e término; IV) planejamento; V) divisão e compartilhamento de ônus e benefícios; VI) poder; e VII) visão e expectativas dos participantes (MACEDO JR., 2006, p. 127-128).

Diferentemente das relações não-primárias, que não se propõem a atender a níveis mais profundos da personalidade, as relações primárias tratam os participantes como pessoas integrais, que interagem como indivíduos únicos e totais. Nelas, também, a comunicação é profunda e extensiva, não possuindo as restrições de tópicos específicos ou dos modos formais e públicos de interação característicos das relações não-primárias. São essas relações primárias que preponderam nos contratos relacionais, considerando-se a importância dada a fatores de satisfação pessoal de ordem não econômica.

A função dessas relações é explicada por Cesarino (2007, p. 68): “O objetivo buscado nas relações primárias é a plena satisfação da parte. O indivíduo não é considerado como um meio para a obtenção de um fim, mas sim como alguém que obterá um desenvolvimento e satisfação pessoais”.

Quanto ao número de participantes, observa-se que, nos contratos descontínuos, em geral, há apenas duas partes na realização da transação. Já nos contratos relacionais, é bastante comum a presença de redes de agentes e participantes, o que aumenta substancialmente a complexidade interna dessas relações. Em determinadas espécies de contratos contemporâneos, identificam-se múltiplas relações primárias em diversos níveis, organizadas sob uma ampla variedade de estruturas burocráticas.

No contrato bancário de fornecimento de crédito para compra de casa própria, por exemplo, o gerente da instituição financeira atua não como um agente anônimo e impessoal, mas muitas vezes como um consultor ou “amigo” em quem se possa confiar, como querem induzir as próprias estratégias publicitárias dos bancos. Através de uma relação de confiança e pessoal, tais contratos⁷ intermedium *networks* de um complexo de relações entre as divisões

⁷ Observa-se com muita clareza que a relação de crédito afastou-se dos limites da estrutura bilateral originária para assumir caráter triangular. A aquisição de bens ou a contratação de serviços passa a ser mediada por um terceiro, a instituição financeira, a quem incumbe financiar a operação econômica a ser realizada. Neste tocante, ressalta-se que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor não se encontram alheios a esse fenômeno, estabelecendo principalmente a partir do seu art. 52, os deveres do fornecedor de informar ao consumidor sobre a relação de crédito.

do banco, os fiadores, as seguradoras e outros participantes, coordenadas por uma ampla estrutura burocrática (MACEDO JR., 2006, p. 129).

Outro aspecto importante que diferencia os contratos relacionais dos outros tipos contratuais ideais refere-se à medida e especificidade da transação. Um contrato descontínuo deve ser facilmente monetizado, pois a medida de reciprocidade entre os objetos transacionados pode ser redutível ao equivalente em dinheiro. Já nos contratos relacionais, pode ocorrer a troca de valores não monetizáveis ou que não são facilmente conversíveis em dinheiro, a exemplo do que se observa nos contratos de cooperação tecnológica estabelecidos entre empresas, firmados não para reduzir os custos da produção e aumentar a taxa de lucro, mas sim para aumentar-lhes o poder de domínio sobre o mercado.

Além do referido limite, há também a dificuldade de se mensurar a equivalência das trocas projetadas para o futuro, pois não se sabe exatamente o que as partes obterão durante e ao término da relação contratual. Nesse sentido, observa-se que, nos planos privados de pensão, em regra, o valor do benefício somente será conhecido no momento em que o pensionista se utiliza do plano.

No tocante ao elemento temporal – começo, duração e término – pode-se afirmar que a duração de um contrato descontínuo geralmente é curta. É o caso, por exemplo, da venda de um refrigerante numa máquina automática no qual a relação contratual sequer se faz em presença física das partes envolvidas. Evidencia-se que, nessa modalidade contratual, o início e o término da transação são produzidos num momento definido e único.

Já nos contratos relacionais, ao contrário, o início da negociação e o término do acordo não são tão claramente determinados. O momento de formação do contrato se inicia com as negociações pré-contratuais que conduzirão à formação do vínculo. Neste tocante, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) estabelece que a comunicação feita previamente entre as partes pode se tornar integrante da relação contratual, conforme se lê no seguinte dispositivo:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Deve-se considerar também a característica de longa duração do contrato relacional. Seu término tende a ser gradual. É o que ocorre com o fim das parcerias econômicas entre empresas, denominadas de *joint ventures*, que é precedido de intensa e demorada negociação

de modo a evitar maiores prejuízos e a desvalorização das empresas no mercado (MACEDO JR., 2006, p. 132).

Quanto ao planejamento futuro das modalidades ideais de contratos, há importante distinção no que se refere à visão dos participantes. Nos contratos descontínuos, o primeiro enfoque encontra-se na substância da transação como, por exemplo, o objeto da venda, preço, prazo de pagamento. Já nos contratos relacionais, considera-se o planejamento das estruturas e processos, ou seja, a performance no futuro.

Embora não se possa ignorar a presença do processo de planejamento nos contratos descontínuos, até porque projetar o futuro é característica básica de todo contrato, este fator é subsidiário e adstrito ao aspecto principal da transação. Além de secundário, deve ser completo e específico, podendo englobar tudo, salvo contingências não previstas. Todavia, nos contratos relacionais, o planejamento apresenta um maior grau de importância, apesar de ser necessariamente incompleto.

Nessa modalidade de relação, o planejamento assume um caráter processual ou constitucional, à medida que passa a regular a forma que vai ocorrer a sua revisão e reformulação. Os termos contratuais passam a definir, por exemplo, menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que se ocuparão da resolução de conflitos e da reelaboração do planejamento (MACEDO JR., 2006, p. 133).

Portanto, nos contratos relacionais, de modo diferente das negociações descontínuas, o planejamento continua após a formação da relação e após o ingresso de uma nova pessoa no acordo. O planejamento pós-início tende a ser mútuo, ainda que em organizações empresariais muito hierárquicas, podendo também estar sujeito a mudanças conforme a ocorrência de certas contingências (MACNEIL, 2009, p. 24-25).

No que se refere ao elemento da divisão e compartilhamento de ônus e benefícios, percebe-se que, nos contratos descontínuos, há a troca ou transferência da inteira responsabilidade de benefícios e ônus particulares de uma parte para outra. Ocorre uma divisão em pacotes de obrigações e direitos, cada um alocado exclusivamente a uma determinada parte.

É o que ocorre, por exemplo, na compra e venda de bens mediante dinheiro. O proprietário do dinheiro renuncia aos benefícios e ônus envolvidos na posse do dinheiro em favor dos direitos e obrigações envolvidos na propriedade do bem, que passam a ser exclusivamente do novo proprietário. Nesse sentido, Gomes (2008, p. 13) observa que, na

concepção clássica do contrato, os sujeitos participantes da relação, na verdade, possuem interesses econômicos contrapostos. Esta contraposição é essencial, pois o contrato trata-se de um instrumento de composição de propósitos das partes envolvidas.

Já nos contratos relacionais, incluem-se tanto as divisões de benefícios e ônus como um compartilhamento dos mesmos. Numa indústria, por exemplo, os empregados têm tarefas e salários precisos, dividindo benefícios e ônus. Podem, porém, compartilhar a prosperidade com a administração e acionistas através de esquemas de gratificações e condições mais confortáveis de trabalho. Notadamente, identifica-se a aplicação dos princípios da solidariedade, da cooperação e da confiança.

Com efeito, todo contrato é um ato de cooperação. A noção que se deve ter desse princípio é a de associação com o outro para benefício recíproco ou para divisão mútua de ônus, possuindo, portanto, uma dimensão positiva e outra negativa. Tal mutualidade de benefícios não se reporta apenas à existência de uma contrapartida formal na relação contratual, mas ao aspecto material e substantivo do objeto das transações, definido a partir da ideia de equilíbrio substancial nas trocas (MACEDO JR., 2006, p. 140-141).

A referida concepção do princípio cooperativo identifica-se com a estrutura dos contratos relacionais, em que há real divisão de benefícios e ônus entre as partes contratantes. Já nos contratos descontínuos, pressupõe-se equilíbrio e igualdade formais entre os sujeitos envolvidos, que trocam completamente os riscos e os ônus presentes na transação.

Assim, a cooperação provoca nas partes certas condutas necessárias para que o contrato atinja seu fim, sendo que, em determinados casos, este comportamento de uma das partes só beneficia a outra contratante. Na fase de execução do contrato, a cooperação consiste em não dificultar o acesso aos direitos ou inviabilizar que a prestação seja cumprida. Portanto, há dever de cooperação tanto do credor quanto do devedor para o alcance do fim comum, através de prestações positivas, no sentido de agirem os participantes de modo solidário para a consecução do objeto obrigacional, bem como prestações negativas, de abstenção de atos que dificultem ou impeçam esse fim (CESARINO, 2007, p. 77).

O princípio da solidariedade, do ponto de vista moral, designa um dever decorrente da tomada de consciência das obrigações recíprocas que ligam todo homem a seus semelhantes, pois cada um depende de todos (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, p. 258). Sua efetivação exige o emprego de esforços e de responsabilidades pelas pessoas envolvidas. Sua finalidade

não é a promoção da liberdade ou da igualdade, mas sim preservar a própria existência do grupo e, num âmbito mais específico, da relação contratual (CUNHA JR., 2010, p. 593).

Assim, a relação de solidariedade, se comparada à de cooperação, refere-se a um conjunto de regras mais amplo e complexo, que se reporta a certo tipo de vinculação essencial entre as suas partes, tornando-as articuladas e reciprocamente afetadas. Nela há a unidade de grupo ou classe que está baseada em comunidade de interesses, objetivos e padrões.

A ideia de solidariedade possui dois sentidos básicos: sentido moral, que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação ou da própria humanidade; e a noção de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o outro.

O conceito de solidariedade também envolve a ideia de confiança, mas com ela não se confunde. O princípio da confiança pode ser entendido como a expectativa mútua de que, numa transação, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra. Traduz-se, portanto, na não exploração, mas não implica na ideia de corresponsabilidade pelos ônus e vantagens, que integra a definição de solidariedade.

A confiança obriga as partes contratuais a agir lealmente no presente, mas não as impede que questionem no futuro as circunstâncias em que elas devem continuar a fazer o mesmo, repondo a relação de solidariedade. Deste modo, conclui-se que tal relação assenta-se sobre as ideias de controle, participação e legitimação do processo dentro do qual ela se forma e é exigida (MACEDO JR., 2006, p. 148).

Outro aspecto relevante para distinção das modalidades ideais de contrato trata-se da questão do poder. Sua ideia básica é entendida como a capacidade de impor o próprio desejo sobre os outros, independentemente do desejo desses ou por manipulação dos mesmos. O poder é exercido na sociedade não apenas através do Estado e das autoridades formalmente constituídas, mas de maneiras as mais diversas, em uma multiplicidade de sentidos e em níveis distintos e variados (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, p. 220).

Neste tocante, observa-se que o direito contratual clássico não se ocupa da questão do poder, dados os corolários da pressuposição da igualdade formal entre as partes e da reação liberal à forma das transações típicas das sociedades estamentais, nas quais o *status* dos indivíduos constituía-se em elemento essencial para a caracterização jurídica das trocas. Já a teoria neoclássica, em consideração à igualdade material, criou mecanismos para coibir o

desequilíbrio de poder nas relações contratuais, dentre os quais se destacam a inversão do ônus da prova nos contratos de consumo e os conceitos de abuso de direito, coação, vulnerabilidade, hipossuficiência, onerosidade excessiva e desequilíbrio das contraprestações.

Quanto ao direito contratual relacional, além de lidar com a diferença de *status* antes e depois da troca, preocupa-se com a mutualidade e o poder antes, depois e durante as transações. Macneil (2009, p. 31) explica que a troca constitui um exercício bilateral de poder, pois cada parte pode aliviar a outra de algum ônus imposto pelos seus respectivos poderes unilaterais.

Com efeito, as mudanças de poder na bilateralidade das relações contratuais clássicas e neoclássicas ocorrem de forma episódica e claramente delimitada. Já na constituição dos contratos modernos segundo a teoria relacional, as relações de poder estão sempre em estado de fluxo, pois o *status quo* é dinâmico. Considera-se a presença de estruturas contínuas de comando e hierarquia bem como de condições correntes de dependência, principalmente por conta da longa duração desses contratos.

No tocante à visão e expectativa dos participantes, há quatro atitudes diferentes a serem consideradas nas modalidades contratuais descontínuas e relacionais, quais sejam: a) o reconhecimento da troca; b) o comportamento altruístico; c) o sentimento de tempo: tornar presente o futuro (*presentificar* o futuro)⁸ ou levar o presente para o futuro (*futurar* o presente); e d) as expectativas de problemas futuros (MACEDO JR., 2006, p. 165).

Nos contratos descontínuos, há um claro reconhecimento da troca e de suas motivações econômicas. Algo diverso, entretanto, ocorre com os contratos relacionais, uma vez que os aspectos múltiplos das relações primárias, a relevância do planejamento, da cooperação, a divisão compartilhada dos ônus e benefícios, fazem com que as partes não considerem como aspecto principal da transação a sua motivação econômica. Em contratos bancários de abertura de conta corrente, por exemplo, a abordagem entre as partes procura enfatizar também as circunstâncias não estritamente econômicas da relação, como a segurança e o acesso aos serviços, a comodidade no atendimento, o acesso mais vantajoso ao crédito para aquisição da primeira casa própria.

Nesse diapasão, a agregação da confiança passa a ser um elemento importante e um requisito essencial para a existência da relação. Já o enfoque nos interesses puramente

⁸ Expressão adotada por Macedo Jr. (2006) em tradução livre do verbo *to presentiate*, empregado por Macneil em vários trabalhos, a exemplo do artigo **Relational Contract: what we do and do not know** (1985).

econômicos e individualistas podem representar um aspecto desagregador ou gerador de suspeita entre as partes contratantes (MACEDO JR., 2006, p. 166).

Quanto ao comportamento altruístico, ele surge na relação contratual quando a atitude da parte consiste em efetivamente afastar seu próprio interesse em proveito do interesse do outro sujeito. Tal conduta não é identificada nos contratos descontínuos, ao contrário do que se observa nos contratos relacionais em que há o compartilhamento dos ônus e benefícios decorrente da aplicação do princípio da solidariedade.

Já a atitude relacionada à percepção do tempo nas modalidades contratuais ideais refere-se à questão do planejamento. Os contratos descontínuos tendem a “tornar presente o futuro”. Trata-se do processo pelo qual se visa antecipar todo o futuro para o presente através do planejamento e estabelecer a vinculação total do futuro àquilo que é planejado no presente (MACEDO JR., 2006, p. 168).

No tocante aos contratos relacionais, observa-se uma fusão dos momentos temporais, de maneira que os participantes consideram o presente como parte integrante tanto do passado como do futuro. Tal consciência significa reconhecer os limites para se tornar presente o futuro, pois, durante o desenvolvimento da relação, podem ocorrer eventos que exijam um replanejamento adequado à continuação do vínculo contratual.

Quanto ao tratamento dado aos problemas que surgem na relação contratual, as partes do contrato descontínuo esperam que o próprio instrumento e o direito que lhe serve de referência deem a resposta aos efeitos do descumprimento previsto. Portanto, trata-se de uma expectativa normativa.

Já nos contratos relacionais o problema é esperado tácita ou expressamente enquanto um aspecto normal da realidade social. Diante de tal expectativa, estabelecem-se processos e métodos de resolução para lidar com os problemas, como a cooperação, os procedimentos de mediação, de negociação coletiva e de reparação de danos. Macedo Jr. (2006, p. 169) denomina essa expectativa nos contratos relacionais de cognitiva, à medida que os agentes sabem que terão de se adaptar à nova realidade da situação contratual.

Em suma, deve-se concluir que toda transação implica algum tipo de relação entre as partes envolvidas e, por isso, todo contrato é relacional. No entanto, considerando-se a presença dos elementos fundamentais acima descritos, os defensores dessa teoria afirmam que há contratos mais relacionais do que outros, introduzindo a ideia hipotética de um espectro

contratual no qual as transações vão do descontínuo ao relacional (MOUZAS; BLOIS, 2008, p. 02).

O contrato relacional ou de longa duração pode então ser conceituado como aquele que rege relações duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelos vínculos promissórios como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as partes.

2.2 Características dos contratos relacionais

Nos contratos em que as relações se prolongam no tempo, podem surgir circunstâncias que demandam a renegociação das condições inicialmente pactuadas, dos hábitos, dos costumes e até dos laços afetivos entre empresários e seus sócios ou seus clientes. Nesses vínculos consideram-se ainda sanções sociais que ameaçam a reputação profissional, que podem chegar a ter mais eficácia que as próprias sanções legais.

Desse panorama mais complexo, típico das relações contratuais modernas, permite-se extrair determinadas características. Os principais atributos identificados nos contratos relacionais são: I) longa duração; II) presença de cláusulas abertas e flexíveis; e III) influência das normas sociais.

O atributo da duração prolongada de um contrato certamente identifica-o como mais relacional dentro do espectro dos tipos ideais de contratos. Significa que a execução do contrato se estende por largo tempo, que, em média, supera três anos. Isso porque são ajustes com vigência e periodicidade renovadas e que podem valer por toda uma vida, dada a essencialidade de seu objeto. Não se confundem com os contratos de execução diferida, pois neste o tempo é fator acessório. Já nos contratos relacionais, a longa duração é essencial para o cumprimento do objeto contratual (GALLO, 2006, p. 09).

Esse aspecto temporal pode suscitar dúvidas quanto à capacidade das partes em trazer ao presente todas as condições que darão lugar à execução futura de um contrato, considerando-se as significativas variações acarretadas por contingências econômicas, sociais e políticas, de difícil previsão. Entretanto, conforme a teoria relacional, tais problemas são encarados como um fator normal da realidade social, encontrando-se os participantes

conscientes dessa situação bem como o contrato devidamente estruturado, com cláusulas abertas e flexíveis, a fim de apresentar a resposta adequada.

Assim, as cláusulas abertas dos contratos relacionais concedem às partes uma margem de manobra para realização de futuros ajustes, colaborando para a preservação do vínculo contratual. Essa flexibilização também dificulta a prática de condutas oportunistas ao dar preferência à estratégia de renegociação dos termos contratuais, impedindo que os agentes sejam levados a um litígio judicial (OCHOA, 2005, p. 213).

Como exemplo dessas cláusulas, têm-se aquelas que realizam o ajuste de preços e que estimulam o comportamento cooperativo. Deveras, quando as circunstâncias externas ao negócio fazem com que o contrato fique muito oneroso para uma das partes, requer-se uma válvula de escape que facilite um acordo e evite uma ruptura contratual. Nesse sentido, estipulações que facilitam acordos posteriores podem revitalizar as relações contratuais.

Destacam-se também as cláusulas de distribuição de riscos, pois, segundo pretende a teoria relacional, os encargos devem ser compartilhados pelos sujeitos contratuais de forma equânime, ao invés de divididos de forma estrita e *a priori*. Tal estipulação permite reduzir a ganância do sujeito não afetado pelo risco, para que este assuma parte do custo gerado pela contingência demasiadamente gravosa à obrigação do outro sujeito. Assim, conforme Ochoa (2005, p. 218) ensina: “[...] cria-se um incentivo amparado por um princípio de solidariedade entre as partes, que alivia o custo desmensurado que pode surgir em dado momento para uma delas, permitindo que se continue cumprindo cabalmente o contrato em questão”.

As cláusulas abertas e flexíveis, portanto, facilitam o acordo de vontades das partes através de todo o processo contratual, em vez de limitar referido ajuste somente por ocasião do aperfeiçoamento formal do contrato. Com efeito, a vantagem na inclusão desses mecanismos cooperativos entre as partes está em não aguardar por uma intervenção via sentença judicial que determine, por exemplo, a revisão das cláusulas contratuais pela teoria da imprevisão⁹, pois durante o processo de execução do contrato facilita a obtenção de acordo entre os sujeitos para equilibrar as prestações.

⁹ Segundo os ensinamentos de Wald (1995, p. 215-224) e Gomes (2008, p. 41-42), quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. A aplicação da teoria da imprevisão encontra amplo respaldo legal, conforme se observa nos arts. 478 a 480, do Código Civil, e no art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

A terceira característica trata-se da influência das normas sociais. De acordo com Macneil (2009, p. 56-57), as relações contratuais se desenvolvem no interior da matriz social. A relevância desse aspecto resulta no enfoque à estrutura social subjacente aos contratos, às relações que fazem parte destes, que necessariamente alteram a maneira que se deve planejar e interpretar os instrumentos contratuais.

Esse atributo traduz aquilo que Macneil considera como a essência da teoria relacional, que se encontra na descrição dos elementos de comportamento responsáveis pela existência das relações de troca e das normas do produto desse comportamento bem como na variação desses elementos conforme se apresentam no espectro das modalidades ideais de contrato, que vai das relações descontínuas ao extremo dos padrões relacionais (MACNEIL, 1985, p. 523-524).

Desta forma, verifica-se que a teoria relacional destaca determinadas normas contratuais comuns decorrentes da matriz social que lhes serve de contexto. Segundo Mouzas e Blois (2008, p. 04), um importante aspecto dessa análise é o estabelecimento da maneira em que a aplicação das normas contratuais se altera quando considerado o espectro em que a transação se encontra, ou seja, se relativo a um contrato descontínuo ou a um contrato relacional.

Macneil (2009, p. 38-39) pontua normas comportamentais ou comuns ao espectro das modalidades de contrato, a exemplo da integridade de papéis, da reciprocidade, do implemento de planejamento, da flexibilidade e da harmonização com a matriz social.

Assim, nos contratos descontínuos, há maior influência de determinadas normas de comportamento. Da mesma forma, nos contratos relacionais, a intensificação da influência é identificada em outras normas sociais. Nessa modalidade contratual, Macneil (2009, p. 63) entende emergir normas especialmente relacionais, quais sejam: I) integridade de papéis; II) preservação da relação; III) harmonização do conflito relacional; e IV) normas supracontratuais.

Quanto à primeira norma, vale esclarecer que papel encontra-se no sentido de um padrão de comportamento que se espera de uma pessoa que ocupa determinada posição social, quando interage com aqueles que ocupam outras determinadas posições. Nos contratos descontínuos, o papel de ambas as partes se resume na operação dentro das regras de propriedade e de direito segundo as quais se buscará a maximização das vantagens pessoais, contanto que haja mútuo consentimento.

Já os papéis dos sujeitos nos contratos relacionais não se limitam às rígidas normas legais vigentes. Com efeito, trazem interconexões intrincadas de hábitos, costumes, regras internas, troca social, expectativas em relação ao futuro e similares, apresentando maior complexidade. Ademais, nas transações relacionais, os papéis crescem em duração, grau de contato humano e espectro de obrigações.

Quanto à norma da preservação da relação, Mouzas e Blois (2008, p. 05) explicam que a mesma resulta da intensificação e expansão das normas de solidariedade contratual e de flexibilidade. Este fenômeno não apresenta tanta influência nas negociações descontínuas, as quais se extinguem logo após o cumprimento e, quando necessário, são substituídas por outras transações. Nos contratos relacionais, entretanto, o caráter contínuo possui importância tal que a preservação da relação torna-se regra. A longa duração do acordo apresenta-se como aspecto necessário ao cumprimento do objeto contratual, não se podendo, contudo, exigir-se das partes vinculação ao pacto por tempo indefinido.

No tocante à norma de harmonização do conflito relacional, observa-se que ela é desdobramento lógico da norma de preservação do pacto, pois se o eventual conflito que surge durante o cumprimento do contrato não for solucionado, a relação certamente será rompida. Neste ponto, ressalta-se que a aplicação do princípio da boa-fé é vital não somente por ocasião da formação básica do contrato, mas também no que concerne à resolução de conflitos.

A boa-fé possui duas dimensões, a subjetiva e a objetiva, que, nos contratos, apresentam aplicações diferentes. A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção. Para sua aplicação, analisa-se a existência de uma situação regular ou errônea aparência, ignorância escusável ou convencimento do próprio direito. Ela tem o sentido de conhecimento ou de desconhecimento de uma situação. Diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito e à sua intenção.

Já a boa-fé objetiva refere-se à conduta das pessoas, que devem agir com retidão, isto é, com honestidade, lealdade e probidade. Portanto, considera os fatores concretos do caso, não sendo preponderante a intenção das partes, a consciência individual da lesão ao direito alheio ou da regra jurídica. O importante é o padrão objetivo de conduta. Diz respeito à norma de conduta e à maneira como as partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Trata-se de um verdadeiro controle das cláusulas e práticas comerciais abusivas no mercado de consumo.

Apesar de as referidas dimensões denotarem aspectos distintos, as mesmas podem ser analisadas conjuntamente, pois dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, haja vista que uma boa atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção. Além disso, as variadas acepções da boa-fé também conduzem dois sentidos básicos: um negativo, em que se visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais, e um positivo, de espírito mais moderno e exigente, em que se intenta promover a cooperação entre os contraentes (CESARINO, 2007, p. 107).

Deveras, não se pode ignorar a aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais. Sua função tanto no sentido negativo como no positivo não se resume apenas ao momento de cumprimento do pacto, mas se estende à fase pré-negocial bem como ao período posterior à execução das obrigações contratuais pelas partes. No ordenamento jurídico brasileiro, dissipase qualquer dúvida da sua imprescindibilidade nas relações privadas ante a positivação da observância do princípio em vários dispositivos legais, principalmente no Código Civil, em seu art. 422, e no Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 4º, inciso III.

Na teoria relacional, a boa-fé tem importante função na estimulação da relação contratual e no seu prosseguimento, porque determina um comportamento correto e justo pelas partes durante toda a continuidade do pacto, assim como preserva a boa intenção das partes na sua conduta. Neste tocante, o princípio remete à proteção da confiança e da solidariedade, elementos imprescindíveis nos contratos relacionais. A aplicação do princípio, portanto, significa reconhecer que o contrato não se presta apenas a finalidades econômicas e individuais, mas também sociais e morais (GALLO, 2006, p. 16).

A boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados. No modelo relacional, sua aplicação permite estabelecer o comportamento adequado em diferentes contextos, conforme os contornos e significado de cada relação contratual. Ademais, sua aplicação intensificada evidencia a natureza participatória dos contratos relacionais, isto é, garante a efetiva participação de cada parte tanto na formação como na execução dos termos do pacto.

O princípio em análise também gera deveres anexos de conduta na execução da obrigação. Mesmo antes do vencimento ou da ocorrência do evento futuro e incerto, que dá ensejo à prestação principal, as partes já estão vinculadas a uma série de atos, de condutas gerais, instrumentais ou acessórias em relação ao adimplemento central, a exemplo do dever de informar, de cooperar, de sigilo, de lealdade e de outros. Tais condutas não são menos

importantes para o adequado cumprimento das obrigações e para a realização dos interesses legítimos das partes (MARQUES, 2002, p. 91).

Nesse diapasão, a aplicação do princípio da boa-fé impõe limites ao exercício de direitos subjetivos, vinculados à autonomia da vontade. Assim, o direito de estabelecer livremente o conteúdo e as cláusulas contratuais será contrário à boa-fé quando utilizado para uma finalidade objetiva ou com uma função econômico-social distinta daquela que foi atribuída pelo ordenamento jurídico ao seu titular, isto é, quando se exercita este direito de maneira ou circunstâncias desleais.

Quanto às normas supracontratuais, esclarece-se que tal denominação foi dada por Macneil ao considerar que há regras que não são particularmente contratuais. Ele explica que há relações contratuais com tamanha abrangência, a exemplo dos pactos firmados por grandes empresas multinacionais, que as mesmas assumem características de sociedades ou até mesmo de Estados. Nas relações contratuais de longa duração, estas normas amplas podem ser liberdade, igualdade, justiça distributiva e outras de vital importância (MACNEIL, 2009, p. 68).

Ainda no tocante ao tema das características dos contratos de longa duração, parcela da doutrina brasileira acrescenta o atributo da “catividade”. O reconhecimento de tal aspecto, entretanto, afasta-se dos fundamentos defendidos pela teoria relacional, gerando corrente distinta que também se ocupa do estudo do modelo contratual contínuo.

Outra característica dos contratos de longo termo, a “incompletude”, é tratada pela escola da Análise Econômica do Direito, também denominada de *Law and Economics*. Esta corrente doutrinária considera os contratos como um dos institutos de ligação entre o sistema econômico e o ordenamento jurídico. Defende, portanto, que o exame conjunto do Direito e da Economia demonstra como as normas jurídicas devem atuar como instrumento de incentivo aos agentes econômicos quando diante de contratos de longa duração.

Tais características vinculadas a duas correntes doutrinárias serão tratadas nos próximos pontos de forma mais aprofundada, a fim de se demonstrar suas semelhanças e diferenças com a teoria relacional.

2.2.1 *Contratos cativos de longa duração*

O contrato relacional possui como principal aplicação o fornecimento de serviços no mercado. Distingue-se da classificação neoclássica por conter relações jurídicas complexas de longa duração, que normalmente envolvem uma cadeia de fornecedores organizados entre si, no intuito de ofertar produtos e serviços diferenciados ou até considerados como essenciais.

A essa nova estrutura contratual que busca atender ao modelo de produção econômica de especialização flexível, principalmente ao que se refere às relações de consumo, parte da doutrina brasileira aponta como característica determinante a catividade ou dependência dos consumidores.

Segundo Marques (2002, p. 79), a catividade deve ser entendida no contexto de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, que fazem alusão aos graves e renovados riscos na vida em sociedade e à insegurança quanto ao futuro.

Daí a denominação adotada pelos adeptos dessa corrente de “contratos cativos de longa duração” (GALLO, 2006, p. 07; MARQUES, 2002, p. 78; XAVIER, 2004, p. 22). São considerados como contratos de adesão, de massa, que têm por objeto a prestação de serviços de essencialidade no mundo contemporâneo.

Essa posição de dependência do consumidor é gerada no contexto relacionado à prestação de determinados serviços no mercado, que intentam assegurar aos interessados e sua família *status*, segurança, crédito renovado, formação universitária qualificada, saúde no futuro e outros bens considerados imprescindíveis à vida em sociedade.

Conforme descreve Xavier (2004, p. 25), são exemplos de contratos cativos de longa duração: as relações bancárias com os seus usuários, os contratos de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar, de previdência privada, de telefonia, de fornecimento de água, de energia elétrica e outros ditos como essenciais.

Nesse tocante, Negreiros (2002, p. 380) classifica os bens objeto dos contratos em essenciais, úteis e supérfluos, tomando por referencial o enfoque existencial dos bens em relação à pessoa. Segundo a autora, a caracterização do bem contratado deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influindo sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual.

Assim, o objeto dos contratos de longa duração geralmente trata-se de serviços que lidam com evento futuro, certo ou incerto, e com a transferência onerosa e contratual de riscos referentes a necessidades, a exemplo da assistência hospitalar, do crédito imediato para o consumo, da pensão à viúva, da formação escolar dos filhos. No intuito de atingir o objetivo contratual, os consumidores mantêm relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções regulamentadoras, para usufruir ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto.

Os serviços classificados como de primeira necessidade por vezes são prestados por pequeno grupo de empresas, geralmente com a utilização de terceiros para realização da prestação direta ao consumidor, organizando-se, assim, em cadeias invisíveis de fornecedores diretos e indiretos, a exemplo do que ocorre na contratação de pacotes turísticos de viagem, envolvendo hospedagem em hotéis, serviço de transportadoras e de agentes de turismo; nos contratos de plano de saúde, que garantem serviços médicos e hospitalares; nas relações bancárias, nos contratos de cartão de crédito e outros (MARQUES, 2002, p. 86-87).

Ao fornecedor desses serviços, interessa o prolongamento da relação e a manutenção do consumidor como cativo, o que lhe asseguraria lucro e domínio de parcela do mercado. De outro lado, após anos de convivência, de contribuição e da identificação do *status* de segurado ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, o consumidor tende a encarar como desvantajoso o rompimento do contrato.

Desta forma, segundo os defensores da presença determinante dessa característica nos contratos de longa duração, 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. Para o desempenho deste papel são desenvolvidas modernas técnicas publicitárias que envolvem os consumidores, levando-os muitas vezes a firmar contratos sem uma adequada reflexão.

Conforme explicação de Xavier (2004, p. 27) depreende-se desse sentido um ponto central:

Mas, a questão que parece se destacar neste contexto é o caráter de convencimento da “catividade”, onde a empresa se apresenta como a concretizadora das mais diversas aspirações do indivíduo, seja de ordem estética, psicológica, emocional ou social. A empresa assume o papel de realizadora de sonhos, cativando o consumidor, ela é a parceira que vai levá-lo até onde ele sempre quis estar. A técnica da catividade é, em suma, um *processo de sedução* dos consumidores.

O segundo aspecto da catividade surge após a formação do contrato, em que essa condição passa a ser entendida como situação de dependência e fragilidade do consumidor frente ao pacto firmado, o que é facilmente perceptível nos contratos de seguro-saúde e em diversas relações bancárias com seus clientes. O contrato cativo de longa duração, uma vez estabelecido, passa a fazer parte da vida do consumidor, de forma inseparável e extremamente significativa para o seu convívio em sociedade. A relação é o seu ponto de segurança para enfrentar as intempéries da vida.

Entretanto, a característica da catividade deve ser considerada como aspecto discutível dessa corrente doutrinária, pois, ao colocá-la como atributo essencial dos contratos de longa duração, interpreta a relação continuada de maneira a necessariamente subjugar o consumidor aos interesses egoísticos do fornecedor economicamente mais forte.

No tocante às relações contratuais de consumo com longa duração, espera-se, contudo, que se estabeleça uma compatibilização dos interesses dos participantes, que concilie a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. Inclusive, esta harmonização de interesses figura como um dos princípios da Política Nacional das relações de consumo, que também se baseia na aplicação da boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, conforme se observa no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Além dessa condição posta como regularmente esperada numa relação de consumo, observa-se um ambiente de mercado cada vez mais diversificado e competitivo, que, mesmo ofertando num maior volume serviços classificados como essenciais à vida atual em sociedade, conta, de um lado, com um consumidor cada vez mais informado e exigente, e, de outro, com um fornecedor que, disposto a superar uma forte concorrência, dispõe-se a atender melhor e a satisfazer com qualidade às demandas da clientela.

Desta forma, a continuidade da relação contratual, na realidade, pode acarretar diversos benefícios ao consumidor que, nesta condição, opta por preservar o pacto não apenas necessitar do serviço, mas por considerá-lo satisfatório ou eficiente. A situação de dependência ou mesmo de catividade pode até ser identificada em alguns contratos. Contudo, não pode ser considerada como aspecto determinante das relações de longa duração, pois, assim, se estabeleceria presunção dogmática sem qualquer embasamento científico.

Quanto à teoria relacional, observa-se que, apesar de sua origem estrangeira, há perfeita aplicabilidade de seus fundamentos aos contratos submetidos ao ordenamento jurídico

brasileiro, principalmente naqueles que são estabelecidos nas relações de consumo. Ao fazer com que as revisões, novações ou renegociações contratuais normalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, evita que nestas ocorram abusos da parte contratual economicamente mais forte ou prejuízos sem causa ao consumidor, preservando os deveres de cooperação, de solidariedade e de lealdade que integram o pacto em toda a sua duração.

2.2.2 Contratos incompletos

Nos modelos de organização econômica modernos, que se caracterizam pela formação de cadeias e pelo predomínio da especialização, prática que gera ganhos de produtividade, e aumenta a eficiência produtiva, verifica-se a recorrente presença do aspecto da incompletude contratual.

Antes de se adentrar na análise dessa característica, cabe uma breve consideração do que seriam contratos completos. Assim, segundo o ensinamento de Gallo (2006, p. 16), os contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro.

Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, já que o instrumento delinearia todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação. Contudo, sob certas condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato de maior complexidade seria proibitivo, dada a condição economicamente desvantajosa para ambas as partes.

Assim, acrescenta-se à análise do instituto do contrato a avaliação dos custos na fiscalização de sua execução e na busca de soluções nas eventuais disputas judiciais sobre a obrigatoriedade do seu cumprimento, quando da detecção de violações, o que leva aos estudiosos e defensores da direta influência das circunstâncias econômicas nos contratos a afastarem a possibilidade da elaboração do instrumento de forma completa (SZTJAN, 2009, p. 03).

A teoria da incompletude dos contratos enseja a aplicação de preceitos da economia ao direito, sendo necessário o estudo dos custos de transação e das características dos diversos tipos de relacionamento entre os agentes econômicos. Segundo Sztjan (2009, p. 05-06),

transação é qualquer operação econômica que promova a circulação de riqueza na sociedade. Custos de transação são aqueles incorridos na realização de tal operação, representados por dispêndios financeiros, mas que decorrem do conjunto de ações e medidas adotadas por cada parte contratual antes, durante e depois de consumada a operação econômica.

A doutrinadora, que também se dedica à análise econômica do direito, continua a explicação desse elemento que entende encontrar-se presente em toda operação contratual:

Custos de transação são o esforço na procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade antes de tomar a decisão, o desenho da garantia quanto ao cumprimento das obrigações pela outra parte, a certeza do adimplemento, seguro e a tempo, as garantias que se exija para fazer frente a eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito pela contraparte, a redação de instrumentos contratuais que refletam as tratativas entre contratantes e disponham sobre direitos, deveres e obrigações. Cuidados e tempo despendido desde o início da procura pelo bem, passando pela decisão de realizar a operação ou transação, o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes e as garantias para tanto, incluindo as relacionadas a eventual inadimplemento – custo de demandar em juízo ou qualquer forma de solução de controvérsias – são, pois, custos de transação. Incertezas são custos de transação e, quanto maiores forem, mais expressivos serão os custos de transação imputados àquela operação (SZTJAN, 2009, p. 06).

Desta forma, ressalta-se que a consideração de circunstâncias de natureza econômica na elaboração e cumprimento dos contratos passou a receber o devido reconhecimento a partir do estudo conjunto de direito e economia, que pode ser definido como o arcabouço teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições jurídico-políticas (LIMA, 2011, p. 12).

O desenvolvimento da análise econômica começa a despertar interesse a partir do final do século XVIII, período histórico marcado pela expansão do Império Britânico, que desencadeou a Revolução Industrial, bem como pela Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e a Revolução Francesa de 1789, cujos ideais liberais fomentaram o movimento constitucionalista e a codificação do direito privado (Código Civil Napoleônico).

Conforme ensinamento de Lima (2011, p. 14), é nesse momento político que surgem as primeiras considerações relacionadas à interferência do domínio jurídico (estatal) nas atividades desempenhadas pelos agentes econômicos. É, também, nessa oportunidade, que a maioria dos economistas se ocupa em avaliar se o mecanismo do mercado é uma maneira efetiva de organizar a atividade econômica.

Destacam-se as ideias não intervencionistas e liberalistas de Adam Smith (1723-1790), dispostas na obra *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações) publicada originalmente em 1776. Nela, ele cria a expressão “mão invisível” do Estado e defende a existência de um mercado livre,

regulado pela concorrência natural e sem a interferência estatal, o que garantiria o desenvolvimento da economia e o aumento do bem-estar social (SMITH, 1996).

A partir do final do século XIX e início do século XX, novos estudos que interligavam direito e economia foram desenvolvidos pelos integrantes da escola americana conhecida como institucionalista, detentora de contribuições originais e que defendia a superação do modelo econômico neoclássico, dado que este priorizava o estático e o atemporal, não conseguindo explicar a ocorrência dos fenômenos mercadológicos. Para esta corrente doutrinária, o método econômico necessitava analisar o contexto histórico, social e o desenvolvimento das instituições para que então fosse possível explicar acontecimentos econômicos (LIMA, 2011, p. 17).

Desta forma, o Institucionalismo econômico tradicional baseava-se no papel das instituições. Segundo Lima (2011, p. 18), acreditava-se que a atividade econômica dependia das relações legais e institucionais subjacentes, a exemplo dos direitos de propriedade, e que essas evoluíam no tempo.

O desenvolvimento da referida corrente doutrinária em meados do século XX acrescentou ao papel das instituições a análise dos custos de transação no mercado, da racionalidade limitada das partes contratantes, da assimetria de informações e outros elementos de natureza econômica, surgindo a partir daí o movimento do *Law and Economics*, também conhecido como Nova Economia Institucional ou Neoinstitucionalismo.

Sztjan (2009, p. 06) afirma que se deve a Ronald Coase, da Universidade de Chicago, o abandono da visão da economia clássica para incorporar a noção de custo de transação às decisões dos agentes econômicos, iniciando a corrente do *Law and Economics*. Na obra *The Nature of the Firm*, ele explica a constituição de empresas como mecanismo de redução de custos de transação usualmente incorridos quando realizados em mercados concorrenceis. Afirma que as empresas são feixes de contratos que existem em coordenação com mercados (COASE, 1990, p. 390-391).

Assim, a firma ou a empresa representa forma alternativa à organização da produção através das transações no mercado. Ela permite eliminar os acordos firmados pela via do mercado, substituindo os custos de transação por uma decisão administrativa interna. Em consequência, se os custos administrativos da firma forem menores do que os custos de transação no mercado aos quais substituem, a organização da atividade empresarial é

justificada, pois os ganhos obtidos serão maiores do que os dispêndios necessários para a formação da própria firma (LIMA, 2011, p. 20).

Nesse diapasão, Pinheiro e Saddi (2005, p. 83) ensinam que o movimento de Direito e Economia (*Law and Economics*) vem a ser uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma ótica baseada em princípios econômicos. Esta escola é capaz de utilizar o ferramental econômico não apenas para teorizar e analisar o impacto do direito sobre a economia, mas também para avaliar a própria qualidade dos instrumentos legais, de acordo com métricas econômicas predefinidas. Os autores complementam: “[...] Seus enunciados olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 84).

Desta forma, um dos principais temas decorrentes da escola de Direito e Economia trata-se dos “contratos incompletos”, considerando-se que a análise econômica dos contratos aborda exatamente a característica da incompletude e os fatores que a ocasionam.

O estudo desse tema conclui que os contratos de longa duração raramente serão completos, em virtude da dificuldade de se distribuírem riscos e perdas entre as partes antecipadamente, segundo mudanças dos estados da natureza¹⁰. Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados irão se efetivar, pois a execução e cumprimento dos ajustes estão sempre na dependência de fatores externos, normalmente imprevisíveis no momento da contratação.

Assim, Gallo (2006, p. 17) define contratos incompletos 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”.

Contratos incompletos refletem a capacidade limitada de se descrever os infinitos estados da natureza, predispor medidas para a execução da operação se ou quando sofrerem alterações. Nesses casos boa-fé e correção são fundamentais para a preservação das relações negociais (SZTJAN, 2009, p. 14).

Com efeito, a análise econômica considera o contrato, seja ele oneroso ou não, sempre incompleto, já que é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão

¹⁰ Segundo Sztjan (2009, p. 3), estados da natureza são as condições atuais ou futuras que as partes levam em consideração ao negociar.

ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro. As lacunas do pacto serão preenchidas posteriormente, uma vez iniciado o cumprimento do contrato (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 117).

A incapacidade das partes de prever todas as situações futuras relacionadas à negociação não é a única causa que leva à incompletude contratual. Esta pode derivar ainda de ato intencional dos contraentes. A incompletude pode funcionar, portanto, como estratégia contratual, cabendo às partes, no intuito de melhor gerir seu negócio, analisar se diante de determinado contexto econômico é indicado estipular o maior número possível de cláusulas ou, ao contrário, deixar uma cláusula de abertura, em que se possa prever a sua sucessiva determinação.

No aprofundamento do tema, Lima (2011, p. 42) contribui com a classificação das formas de incompletude contratual, indicando a incompletude súbita, a incompletude deliberada, a incompletude inicial, a incompletude sucessiva, a incompletude jurídica e a incompletude econômica.

Quanto à incompletude deliberada, há expressa vontade das partes em deixar em aberto determinadas cláusulas contratuais, por entenderem que suposta necessidade de complemento poderá ser preenchida através de deliberação sucessiva, isto é, mediante uma maior cooperação entre as partes, visando a atingir um nível ótimo de completude, a depender da estratégia contratual oportunamente adotada por elas (LIMA, 2011, p. 43-44).

Por outro lado, a incompletude pode ser súbita. Neste caso, o contrato possui uma ou outra lacuna sem que tenha havido intenção dos contraentes. As partes preferem que as lacunas do contrato incompleto sejam disciplinadas pelas normas legais e pelos procedimentos de interpretação ou integração.

Espécies de incompletude deliberada permitem outra classificação, quais sejam a incompletude inicial e a incompletude sucessiva. A primeira surge no momento da firmação ou conclusão do contrato, em que já se estabelece uma cláusula de abertura. Na prática, ela é mais frequente nos contratos de execução diferida, como na hipótese de um contrato de compra e venda, em que fique estipulado que o comprador possa escolher as modalidades de pagamento (LIMA, 2011, p. 47).

Na incompletude deliberada sucessiva, ocorre uma postergação da determinação do objeto do contrato. Encontra-se presente nos contratos de execução continuada, a exemplo do contrato de *leasing*. Tal espécie de incompletude é a que mais ocorre concretamente e

conforme ensinamento de Lima (2011, p. 48): “[...] produz uma modificação no conteúdo pré-existente do contrato e demonstra que a determinação do objeto não é uma atividade estática, mas sim dinâmica”.

Já a incompletude jurídica associa-se à ideia de insuficiência, no sentido de que as partes contratantes não estipularam adequadamente todas as obrigações dela oriundos, o que poderia favorecer a geração de litígios. No tocante à incompletude econômica, sua existência é relacionada à falta de previsão contratual quanto às ações e ganhos para as partes em todas as situações possíveis. Segundo Sztjan (2009, p. 25), trata-se da decisão voluntária de não dispor sobre contingências econômicas.

Além das formas de incompletude contratual, a doutrina também identifica as razões desse fenômeno, que, em síntese, encontram-se associadas aos custos de transação. Por sua vez, estes se desdobram nos seguintes aspectos: racionalidade limitada, oportunismo negocial, incerteza, duração do contrato e investimentos em ativos específicos (LIMA, 2011, p. 50-51).

Diferentemente das análises econômicas clássica e neoclássica, que consideram a racionalidade plena dos agentes, a teoria econômica da incompletude contratual parte da capacidade cognitiva limitada dos atores econômicos, constituindo, a partir dessa característica, estudo pautado no papel desempenhado pelas instituições normativas e nos fatores propulsores dos custos de transações.

Segundo Lima (2011, p. 51-52), a racionalidade limitada ou *bounded rationality* está localizada entre o que se comprehende por racionalidade plena ou máxima e por irracionalidade. Apesar das barreiras do conhecimento e dos custos derivados da busca por informações, o reconhecimento desse limite implica em uma conduta racional das partes, por manifestar, ao menos, uma decisão satisfatória. Reconhece-se, assim, que existem limites no processo de coleta de informações e que, em razão disso, as informações adquiridas e elaboradas são incompletas, além de traduzirem em um custo a ser suportado pelas partes contraentes.

Outro aspecto que contribui para o surgimento da incompletude contratual trata-se da conduta oportunista dos contraentes. Tal comportamento está associado ao ato de agir com malícia, egoísmo, não cooperação e reprovabilidade, a partir do qual o agente econômico ajusta as circunstâncias para atingir o benefício pessoal. Agir de forma oportunista é recorrer a comportamentos estratégicos, seja em razão de uma das partes possuir uma informação

privilegiada, seja pela impossibilidade de acesso à mesma informação pelo outro contratante. Cooter e Ulen (2010, p.64) explicam o fator de influência com o seguinte exemplo:

[...] ocorre muitas vezes que os vendedores sabem mais sobre a qualidade dos bens do que os compradores. Por exemplo, uma pessoa que coloca seu carro à venda sabe bem mais sobre suas peculiaridades do que um comprador em potencial. De modo semelhante, quando um banco apresenta um contrato de abertura de conta para ser assinado por uma pessoa que está abrindo uma conta corrente, o banco sabe muito mais do que o cliente sobre as consequências jurídicas do contrato. Quando os vendedores sabem mais a respeito de um produto do que os compradores, ou vice-versa, diz-se que as informações estão distribuídas assimetricamente no mercado.

Já a incerteza é apontada como um dos fatores objetivos para a existência dos custos de transação nas operações econômicas. Isso ocorre porque nem sempre será certo o resultado previsto pela atividade negocial. Tal aspecto não se confunde com o caso fortuito, a força maior, o fato do princípio e outros fatores comuns de risco, mas relaciona-se a eventos futuros não controláveis e não calculáveis pelas partes (incerteza primária) e aos comportamentos que os contraentes têm no curso da execução do contrato (incerteza secundária), a exemplo da eventual atitude oportunista (LIMA, 2011, p. 58).

No tocante ao aspecto da duração, sabe-se que todo contrato que se estende no tempo torna mais difícil a sua gestão, por estar mais sujeito às incertezas decorrentes das mudanças sociais e aos custos operacionais para a redação, conclusão e execução do acordo. Em verdade, quanto mais um contrato é complexo, de longa duração, relacional, tanto mais é destinado a ser incompleto.

Quanto aos investimentos em ativos específicos, vale antes destacar a definição de Lima (2011, p. 61-62) para este fator: “[...] são gastos realizados pelos agentes econômicos em uma determinada relação contratual, aproveitáveis somente a uma dada operação, a qual teria a sua produtividade prejudicada, se os investimentos forem transferidos para uma outra atividade”.

Tal circunstância acaba gerando situação de dependência econômica entre as partes contraentes. Em razão da especificidade do ativo, a realização de seu retorno depende da continuidade da transação diretamente relacionada. Portanto, as partes dependem de suas contrapartes para obter os ganhos que imaginavam por ocasião da realização do investimento (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 128).

Quando os investimentos específicos são realizados por apenas um dos contraentes, este desejará dar continuidade ao acordo, porém estará em uma posição de maior fragilidade, podendo ser surpreendido com um pedido oportunista de renegociação dos termos contratuais. Diante deste quadro de incerteza, a parte mais vulnerável buscará prever todas as possíveis

contingências futuras, definindo remédios e ações para cada estado. Contudo, a condição de racionalidade limitada inviabiliza essa ação, fazendo com que subsistam lacunas contratuais. Assim, mesmo que a parte procure realizar um contrato completo, os fatores ensejadores dos custos de transação acabam por vedar tal objetivo (LIMA, 2011, p. 62-63).

No tocante à técnica de solução conflitos decorrentes das lacunas contratuais, observa-se que ainda predomina na jurisprudência brasileira a aplicação da teoria da imprevisão, principalmente em razão da expressa disciplina estabelecida nos artigos 317, 478 a 480 do Código Civil de 2002¹¹.

Na teoria da imprevisão, três elementos são indispensáveis à revisão contratual: a superveniência de acontecimento imprevisível, a alteração da base econômica do contrato e a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes. Presentes tais requisitos, a parte desfavorecida buscará a tutela judicial no intuito de revitalizar o vínculo contratual. A aplicação da técnica pelo Poder Judiciário, portanto, não se resume apenas à resolução do contrato, devendo atuar também como poder estimulador da continuidade da relação jurídica, no momento em que rever as cláusulas contratuais.

Assim, quando diante de circunstâncias capazes de tornar as obrigações firmadas pelas partes impossíveis de cumprimento ou de sacrifício exorbitante a um dos contratantes, o juiz, ao analisar a pretensão apresentada pela parte prejudicada, deve optar pela revisão contratual ao invés da resolução do contrato, procurando conservar o negócio jurídico. Neste diapasão, Gomes (2008, p. 216) ensina:

O art. 478 do Código Civil deve ser interpretado à luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, pelo qual se deve procurar conservar o máximo possível do negócio jurídico realizado, tanto no que diz respeito à sua existência quanto à sua validade e eficácia.

Com efeito, as mudanças de circunstâncias podem ser de ordem econômica (flutuações das taxas de cambio), política (guerra, golpe de Estado, usurpação) e natural (epidemia e catástrofe natural), estando inseridos no ordenamento pátrio como fatores que impõem às

¹¹ Art. 317 - Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479 - A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480 - Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

partes a resolução do contrato ou seu adimplemento. Porém, Lima (2011, p. 48) ressalta a dinâmica acrescentada pela análise econômica do contrato no tocante ao enfrentamento dessas contingências:

[...] a teoria do contrato incompleto disciplina que o modo mais simples e imediato, para revolver a questão da superveniência contratual, consiste na alocação convencional do risco, ou seja, as partes devem ser livres para melhor alocar os riscos, sendo-lhes facultado inserir cláusula que imponha uma obrigação de modificação do regulamento contratual, ou que conceda à terceiro, o poder de adequação.

Desta forma, o contrato incompleto é um meio alternativo de gerir riscos supervenientes, cujas características são distintas daquelas reconhecidas pela teoria da imprevisão. A técnica aplicada sob a ótica da análise econômica do direito parte da premissa de que as partes podem optar em não dispor sobre um determinado evento futuro, seja ele previsível ou imprevisível, preferindo fazê-lo, se necessário, em momento posterior.

Neste tocante, Pinheiro e Saddi (2005, p.118) ressaltam que a teoria da imprevisão não se constitui em método adequado para identificar contratos incompletos. Além disso, não apresenta formas de superar a incompletude contratual sem ter de renegociar ou discuti-lo *ab initio*. Isso porque o método tradicional não considera os custos envolvidos na novação ou na renegociação do pacto.

Na análise econômica do direito, os contratos bilaterais ou plurilaterais de longa duração passam a ser vistos como incompletos porque os custos de transação proíbem as partes de colocarem todas as obrigações relevantes, isto é, maximizadoras de valor, no contrato. Ademais, a teoria do contrato incompleto reconhece a racionalidade limitada e a conduta oportunista das partes envolvidas nas relações negociais duradouras.

Assim, conforme Lima (2011, p. 79), diante da complexidade das operações que se prolongam no tempo, pode ser aconselhável às partes não dispor *ex ante* sobre possíveis contingências, pois o fazendo estariam agregando, já na conclusão do acordo, um custo que poderá ser de forma mais eficiente alocado *ex post*, quando de sua efetiva ocorrência, por meio de uma conduta cooperativa recíproca.

A aplicação do método mostra-se compatível com a dinâmica do contrato relacional, até porque este é caracterizado pela incompletude e pela longa duração. Ao contrário da troca isolada ou descontínua, cujo início e fim são bem definidos, a duração de um contrato relacional não está previamente estipulada, ou seja, não é possível individualizar com clareza um momento inicial e um momento final. Eventuais conflitos que possam surgir durante a execução dessa modalidade contratual devem ser sanados com a aplicação de soluções

animadas por princípios também presentes na teoria da incompletude: cooperação e solidariedade.

3. CONTRATOS BANCÁRIOS E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS MEDIANTE APLICAÇÃO DA TEORIA RELACIONAL

Pontuou-se no segundo capítulo que o objetivo da teoria relacional não é criar novas espécies contratuais, mas apresentar uma nova abordagem na dinâmica estabelecida no curso da relação contratual, principalmente quando esta apresenta o atributo da longa duração. Com efeito, a teoria ressalta que as normas legais vigentes nem sempre apresentam disposições compatíveis para tratar das relações contratuais mais complexas, devendo-se aí considerar a utilização de normas sociais, especialmente relacionais, que contribuem para manutenção do pacto estabelecido.

Como forma de demonstrar a eficiência da teoria relacional, faz-se necessária a análise de determinada modalidade contratual, qual seja o contrato bancário, que possui características compatíveis à aplicação da referida teoria. Ademais, os contratos bancários ocupam papel de exponencial importância no dinamismo da realidade econômica atual, apresentando evolução que visa acompanhar tanto as exigências da sociedade de massa como também as expectativas do cliente individual, no propósito de manter relação de resultados satisfatórios com os usuários do sistema financeiro.

3.1 Banco e atividade bancária

Inicialmente, importa explicitar em que consistem banco e atividade bancária, para a melhor compreensão das relações contratuais que contam com a participação das instituições financeiras. Tanto a noção de banco quanto de sua atividade encontram-se intrinsecamente relacionadas, consoante se verifica na própria legislação que se ocupa do tema.

Nesse sentido, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, também denominada de Lei de Reforma Bancária (LRB), estabelece no *caput* do art. 17 a definição de instituição financeira e, consequentemente a de banco, de acordo com a natureza de sua atividade:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Portanto, do mesmo conceito legislativo, extrai-se a noção de atividade bancária, como sendo aquela destinada à coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. Tal atividade pode ser realizada por pessoa jurídica, pública ou privada, somente quando devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil (BCB), se empresa nacional, ou por decreto do Poder Executivo, quando for empresa estrangeira, conforme art. 18 da LRB.

No estudo das instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional, a doutrina utiliza a relação com a natureza dos atos desempenhados pelos bancos como forma de fixar a sua definição. Assim, Martins (2002, p. 407) conceitua bancos como “[...] empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital”.

Semelhantemente, com base na análise da atividade que constitui seu objeto, Abrão (2007, p. 21) define banco como sendo “[...] a empresa que, com fundos próprios, ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal”.

Caminha (2005, p. 7) observa que esse critério vem sendo usado desde as primeiras regulamentações do sistema financeiro, a exemplo do Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860, que determinava que somente seriam bancos as companhias ou sociedades anônimas sem firma social, que tivessem por objeto uma das atividades enumeradas em seu art. 1º¹².

A autora também explica que essa forma de definição se justifica na prática por facilitar a fiscalização por parte das autoridades monetárias, como o BCB e o Conselho Monetário Nacional (CMN), no tocante à regularidade da constituição e funcionamento das instituições financeiras¹³, ou mesmo das sociedades que, embora não classificadas ou registradas como instituições financeiras, exerçam irregularmente atividades privativas destas (CAMINHA, 2005, p. 9).

¹² Art. 1º do Decreto nº 2.711/1860 estabelecia como atividades: “O comércio por conta própria ou de terceiro, de ouro ou prata, em moeda ou em barras; de títulos da dívida pública nacional ou estrangeira, e de ações de empresas de qualquer natureza; de efeitos de comércio e outros valores negociáveis ou transmissíveis por via de endosso, ou por simples tradição; empréstimos de qualquer espécie ou natureza; operações de câmbio; depósitos de valores de qualquer natureza; abertura de contas correntes; e, em geral, quaisquer operações chamadas de banco, ou que tendam ao desenvolvimento do crédito público”.

¹³ Enquanto ao Banco Central subordinam-se as instituições do mercado financeiro propriamente dito, à Comissão de Valores Mobiliários estão sujeitas aquelas integrantes do sistema brasileiro de distribuição de títulos e valores mobiliários, tais como os bancos de investimento, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, os agentes autônomos de investimentos, as bolsas de mercadorias e de futuros e as bolsas de valores.

Outro exemplo identificado na legislação trata-se da Lei nº 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro, trazendo no art. 1º e parágrafo único disposições que mais uma vez realizam referência às atividades financeiras ou bancárias para definirem as instituições integrantes do sistema:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Abrão (2007, p. 5) observa que, apesar dessas atividades serem as mesmas para os bancos e as outras instituições financeiras, o que distingue aqueles destas é a possibilidade de utilizar nessas operações, além de seus próprios capitais, os fundos que eles recebem profissionalmente do público sob a forma de depósito ou outra via. Já os recursos que as outras instituições financeiras recebem do público não podem ser utilizados por sua própria conta para outros negócios de seu interesse, podendo agir somente como intermediárias, corretoras ou comissárias.

Com efeito, destacam-se como principais atividades bancárias a intermediação financeira e a mobilização de crédito. Nessa intermediação, o banco coloca-se entre o pouparador e aquele que necessita dos recursos. Assim, o relacionamento entre o aplicador superavitário e o tomador deficitário é indireto, não havendo obrigação mútua entre eles, mas entre cada um deles e a instituição que intermedeia a transação.

Já a intermediação direta, é feita usualmente através dos mercados de capitais, com fluxo de recursos e as obrigações a ele associadas ocorrendo diretamente entre aplicador e tomador, ainda que contando com a participação de instituições voltadas para reduzir os custos dessas transações, como é caso das bolsas de valores.

Segundo Caminha e Figueiredo (2011, p. 110-111), a principal consequência da intermediação realizada pelos bancos é o compartilhamento dos riscos, da liquidez e da informação entre os investidores e poupadore. Deveras, a possibilidade de realizar aplicações em diferentes instituições financeiras reduz os riscos do negócio, porquanto não havendo retorno em determinado investimento, os bons resultados nos outros poderão compensar as possíveis perdas.

A liquidez do sistema resulta na facilidade de que um ativo financeiro seja trocado (negociado) por outros ativos, bens ou serviços. No mesmo sentido, o compartilhamento de informação contribui para reduzir um problema enfrentado nos mercados, denominado assimetria da informação ou informação assimétrica.

Numa negociação direta entre poupador e tomador, somente se concretiza um investimento eficiente se o investidor souber como sua renda será empregada pelo tomador, para avaliar a possibilidade de retorno do empréstimo. Ao lhe ser negada a informação correta pelo tomador, o investidor poderá decidir de forma ineficiente, realizando um negócio prejudicial para si e para o mercado, existindo, então, a assimetria da informação.

No caso de haver o envolvimento de intermediários financeiros, como nas transferências de fundos, o banco cuida de internalizar e compartilhar os riscos de um possível não retorno do capital, por meio de, por exemplo, contratos, critérios exigidos aos possíveis tomadores, juros, multa e outros aspectos que combatem a eventual omissão de informações dos sujeitos da relação.

Quanto à atividade de mobilização creditícia, esta consiste essencialmente em captar recursos, pagando uma determinada remuneração ao depositante, bem como repassar esses fundos a terceiros cobrando uma taxa mais alta que aquela da captação.

Na atividade creditícia, o banco também realiza a transmutação de recursos ou ativos, transformando, por exemplo, os depósitos à vista de clientes poupadore em linha de crédito habitacional ou com outra destinação para interessados em obter recursos para financiamento. Nesta operação, a instituição financeira oferece ao poupador a oportunidade de investir em um título com melhores características de retorno e risco do que se ele fosse obrigado a emprestar diretamente aos tomadores de recursos.

O rendimento ofertado é calculado com base em determinada taxa de juros. Desta forma, a depender da operação financeira a ser realizada, incidirá referida taxa que, além de assegurar certa margem de lucro ao agente econômico, deverá cobrir os custos e os riscos envolvidos.

As atividades negociais desempenhadas pelos bancos também recebem o termo técnico de operações bancárias. A doutrina realiza a classificação das operações bancárias em essenciais, ou típicas, e acessórias, ou atípicas. Em relação às primeiras, os bancos exercem negociação de crédito; por meio das segundas, o banco não concede nem recebe crédito, mas presta serviços (ABRÃO, 2007, p. 59-60).

Portanto, as atividades bancárias, conforme definição do art. 17 da LRB, referem-se exatamente ao que a doutrina classifica como operação bancária típica. São exemplos dessas operações: o depósito, o redesconto, a conta corrente, o empréstimo, a antecipação, a abertura de crédito e outras.

Já as operações acessórias, podem ser realizadas por sociedade empresária distinta das instituições financeiras, não necessitando de autorização especial dos órgãos governamentais para atuar na prestação de serviços correlatos, tais como a custódia de valores, o serviço de cofres de segurança, a cobrança de títulos e a disseminação de informações.

Segundo Abrão (2007, p. 53), também se identificam nas operações bancárias dois aspectos: o econômico e o jurídico. O primeiro se refere à prestação de serviços no setor creditício, que redunda em proveito tanto para o banco como para o cliente. Quanto ao aspecto jurídico, reconhece-se que a formação da operação bancária depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se insere no campo contratual.

Com efeito, a mobilização dos recursos, as respectivas aplicações e o direcionamento das importâncias para uma distribuição massificada demonstram a relevância socioeconômica das instituições financeiras. Neste tocante, Caminha e Paiva (2006, p. 180) afirmam que a popularização do acesso ao sistema financeiro, ou a “bancarização” da população, ocupa posição de destaque entre as preocupações das autoridades monetárias e do Estado brasileiro.

Acredita-se que, através de políticas públicas estratégicas e das mudanças regulatórias que incentivem a inclusão bancária, pode-se aumentar o bem-estar social do indivíduo e propiciar um aumento de produtividade na economia. Por outro lado, a exclusão desse sistema pode comprometer a integração de qualquer indivíduo com a sociedade.

Sabe-se que a atividade bancária, atualmente, cumpre funções que vão além do tradicional binômio captação de recursos – oferta de crédito. Com efeito, os bancos prestam serviços que podem ser considerados essenciais, porquanto postos como indispensáveis ao exercício de uma série de atividades ligadas a direitos básicos de cidadania, tais como a disponibilização de crédito para financiamento da casa própria, da educação universitária e da atividade rural que está sendo desenvolvida para o sustento do tomador e de sua família.

Desta forma, embora a inclusão no sistema bancário ou o acesso ao crédito não possam ser considerados direitos fundamentais, verifica-se que, atualmente, configuram instrumentos imprescindíveis de concretização de alguns desses direitos.

No Brasil, até o ano de 1994, os bancos trabalhavam eminentemente com operações de curto prazo por causa da elevada inflação. No entanto, segundo Fabiani (2011, p. 28), três eventos alteraram o cenário de baixo volume de concessão de crédito, quais sejam: a) a estabilização de preços, alcançada pelo Plano Real, a partir do mês de julho de 1994; b) a maior abertura do sistema financeiro nacional para a participação de bancos estrangeiros, anunciada em agosto de 1995; e c) as mudanças no tripé da política macroeconômica no início de 1999¹⁴.

A estabilização dos preços das mercadorias viabilizada pelo Plano Real trouxe a inflação para patamares aceitáveis. Porém, gerou um efeito adverso para o setor bancário: a perda das receitas de *floating*, isto é, das receitas geradas pelas transferências inflacionárias. A principal atividade bancária, qual seja a captação de depósitos à vista, através dos pagamentos de títulos e depósitos de cheques, não proporcionava mais a lucratividade das décadas de 1970 e 1980. Isto resultou na necessidade das instituições financeiras se voltarem para a expansão das operações de crédito.

Contudo, Fabiani (2011, p. 32) observa que essa expansão do crédito no Brasil ainda é muito tímida em comparação com países de níveis similares de desenvolvimento. Isso porque há no país uma conjuntura débil no que toca ao regime de proteção do investidor e uma incapacidade do sistema judiciário de fazer valer contratos (falta de *enforcement*), sendo essas as principais falhas institucionais.

As atividades bancárias são materializadas através de negócios jurídicos como os contratos de depósito e de mútuo. Adiante serão analisadas algumas espécies de contratos bancários que possuem atributos compatíveis com a aplicação da teoria relacional.

3.2 Análise de algumas espécies de contratos bancários

Contratos bancários são negócios jurídicos em que uma das partes é, necessariamente, um banco. Assim, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício da atividade bancária, isto é, se a avença configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, então somente uma instituição financeira

¹⁴ Conforme Fabiani (2011, p. 31-32), o governo brasileiro adotou três medidas para corrigir desajustes macroeconômicos: a) o programa de estabilidade fiscal, para ajuste das contas públicas; b) o regime de câmbio flutuante; e c) o sistema de metas para a inflação.

devidamente autorizada pelo governo poderá participar de um dos pólos da relação jurídica (CESSETI; SANSANA, 2011, p. 156-157).

Com efeito, são os contratos que viabilizam a função intermediadora dos bancos. De acordo com a Lei nº 4.595/64, também denominada de Lei de Reforma Bancária, a atividade de intermediação de moeda é exclusiva de sociedades empresárias revestidas da forma de companhias (sociedades anônimas) e especificamente autorizadas a operar pelo BCB, se nacionais, ou por decreto da Presidência da República, quando estrangeiras (arts. 17 e 18).

Segundo Coelho (2002, p. 118), os contratos bancários são os veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no pólo da captação, na realização de recolhimento de superávits, como no de fornecimento, com cobertura de déficits. Em suma, são os contratos que só podem ser celebrados com um banco. Qualquer pessoa, física ou jurídica, que, não estando autorizada a operar na atividade bancária, realiza contratos de intermediação de dinheiro incorre em conduta ilícita¹⁵.

Apesar de o Código Civil de 2002 não ter contemplado em capítulo específico o contrato bancário e as suas espécies, os negócios jurídicos praticados nessa seara encontram-se sob direto controle estatal, através da atividade de fiscalização e regulamentação do BCB e do CMN¹⁶. As circulares e resoluções desses órgãos fazem com que as operações bancárias sejam praticadas com uniformidade, influenciando a configuração da própria minuta do contrato.

O resultado disso é que, muitas vezes, nos contratos bancários, o consentimento do cliente se manifesta mediante adesão à oferta proposta pela instituição financeira, considerando-se que tal proposta é adotada por todos os bancos de maneira padronizada. Daí a razão de os contratos bancários enquadrarem-se no rol dos chamados contratos de adesão.

No entanto, percebe-se que, a despeito da padronização regulamentar, tanto as cláusulas dos esquemas contratuais podem variar a depender do banco, se público ou privado, por

¹⁵ Quem realiza captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, sem estar devidamente autorizado, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, comete crime contra o sistema financeiro nacional, punido com reclusão, de 1 a 4 anos, e multa, conforme o art. 16, da Lei nº 7.492/86.

¹⁶ O Sistema Financeiro Nacional é regulado pelo Estado que, a despeito do ordenamento jurídico próprio voltado para o tema, conta com uma autarquia federal para a execução da política monetária: o Banco Central do Brasil (BCB). A política monetária pode ser definida como a atividade ligada ao controle da moeda e de sua oferta visando a objetivos específicos, tais como aqueles definidos pela política econômica do governo (SADDI, 2007, p.155). O planejamento dessa política é traçado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão superior do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, composto atualmente pelo Ministro da Fazenda (Presidente do Conselho), pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, e pelo Presidente do Banco Central do Brasil, consoante a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

exemplo, como também há espaço para a flexibilização das condições impostas durante a execução do contrato, principalmente se o mesmo for de longa duração e sujeito a alterações que ofereçam risco ao equilíbrio do seu sinalagma.

Entre as diversas espécies de contratos bancários, destacam-se pela sua essencialidade na atividade de intermediação financeira os contratos de depósito bancário, de conta corrente, de abertura de crédito e de mútuo bancário.

O contrato que se apresenta como a principal operação passiva das instituições financeiras é o depósito bancário ou pecuniário, conhecido vulgarmente como “conta”. Quando se diz que alguém abriu uma conta no banco, em termos técnicos, essa pessoa celebrou contrato de depósito bancário.

Nas operações passivas, o banco assume o pólo passivo da relação obrigacional, tornando-se devedor do outro contratante, seu cliente. No depósito bancário, segundo Martins (2002, p. 433), “[...] uma pessoa entrega ao banco determinada importância em dinheiro, ficando o mesmo com a obrigação de devolvê-la no prazo e nas condições convencionadas. Pela utilização das importâncias que lhe são entregues, o banco, às vezes, pagará juros, podendo, inclusive, serem estes capitalizados”.

Deveras, o banco adquire a propriedade da quantia em dinheiro depositada, permitindo-se a utilização em investimentos ou outros setores. Este é o principal aspecto que qualifica o depósito bancário como um contrato autônomo. Muita embora apresente alguma semelhança com o depósito irregular e com o mútuo, com eles não se confunde.

O depósito irregular tem por objeto coisa fungível, e o depositário obriga-se a restituir um bem do mesmo gênero, quantidade e qualidade do que lhe foi entregue. O elemento da fungibilidade da coisa depositada também está presente na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco. Porém, há uma circunstância que distingue o depósito bancário do irregular, que é o aspecto de que o banco titulariza a propriedade dos valores depositados. A instituição financeira não é simples detentora da custódia dos recursos, como ocorre com a figura do depositário no depósito irregular.

Por isso, Coelho (2002, p. 121) observa: “A relação entre os contratantes do depósito bancário é fiduciária, ou seja, o banco pode usar o dinheiro de seus clientes para pagar as suas próprias despesas (salário de pessoal, aluguel de agência, serviços de terceiros etc.) ou para emprestar a outros clientes”.

Por outro lado, o cliente visa com o depósito bancário três resultados fundamentais: a guarda ou custódia de seu dinheiro; o investimento, com a consequente percepção dos frutos, como juros e correção monetária; e a disponibilidade pela criação da moeda escritural ou bancária (ABRÃO, 2007, p. 112).

Eis a função econômica do depósito bancário, pois ele representa uma defesa contra o ataque da instabilidade da moeda, em harmonia com a circulação e a destinação ofertada pela instituição financeira, posto que o rendimento é calculado em projeções do mercado e seguramente superior ao patamar inflacionário.

Essencialmente, o contrato de depósito bancário é real e unilateral. Real, porque só se aperfeiçoa com a efetiva entrega do dinheiro ou seu equivalente ao banco. É unilateral porquanto gera obrigações somente para o depositário.

Há ainda como característica acessória o aspecto de o contrato de depósito bancário ser oneroso ou gratuito, conforme haja, ou não, pagamento de juros e outros benefícios para o depositante.

Quanto às modalidades de depósito bancário, Rizzato (2008, p. 1400) destaca as seguintes:

- a) À vista, se ao depositante é permitido levantá-lo, no todo ou em parte, livremente;
- b) A prazo fixo, quando marcado um prazo certo para efetuar a retirada, que poderá ser de três ou mais meses. É permitida a fixação do termo para o levantamento posterior, através de uma notificação ao banco que estabelecerá o prazo mínimo de trinta dias para o saque. Esta forma denomina-se depósito de aviso prévio, sendo uma variante do depósito a prazo fixo;
- c) De poupança, formado o depósito para a captação de recursos populares, incentivado pelo governo, com a finalidade de possibilitar o financiamento de bens móveis de uso durável ou de imóveis.

No tocante à espécie do depósito de poupança, ressalta-se sua tutela por específica previsão constitucional. Com efeito, no intuito de se coibir a elaboração de medidas provisórias de caráter confiscatório, a Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou o art. 62, II, do texto constitucional, para proibir a edição de medidas nos casos de detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Sem embargo da autonomia do contrato de depósito bancário, observa-se que, a fim de dar maior dinamismo à sua operacionalização, o banco oferece ao cliente a realização de outro negócio jurídico, pelo qual se abre uma conta corrente em que são creditados todos os valores depositados e de onde são sacados os montantes destinados ao cumprimento das ordens de pagamento por ele emitidas (HOFFMAN, 2006, p. 229).

A doutrina explica que, na conta corrente bancária, o cliente outorga, embora tacitamente, um mandato ao banco, para que este realize uma série de atos e negócios jurídicos que o mesmo solicitar. Rizzato (2008, p. 1411) explica que o banco assume um serviço de caixa do cliente em troca da prestação de fundos necessários, os quais são obtidos por depósitos de clientes ou terceiros em seu favor, ou pelas operações ativas que o banco efetua a benefício daqueles, como cobranças, recebimento de juros, dividendos e outros.

A conta corrente bancária apresenta uma série de diferenças em relação ao contrato de conta corrente ordinária, decorrentes da própria finalidade visada pelas partes na instauração da avença. No contrato ordinário, duas pessoas firmam a obrigação de inscrever, em contas especiais de débito e crédito, os valores monetários correspondentes às suas remessas, sem que se julgue uma credora ou devedora da outra, senão no instante do encerramento de cada conta.

Nessa espécie de negócio jurídico, cada contratante terá seus próprios lançamentos, exigindo-se, portanto, a presença de dois correntistas. Ao se proceder ao balanço final ou encerramento, com vistas a apurar o saldo, dever-se-á constatar a sua correspondência com cada um dos registros.

Já na conta corrente bancária, não há a reciprocidade das remessas, que é elemento essencial na conta corrente ordinária. A faculdade de dar impulso à relação é do correntista, e não do banco, o qual se limita a cumprir ordens dele recebidas.

Segundo o ensinamento de Abrão (2007, p. 221-222), o contrato de conta corrente bancário é consensual, informal, normativo, de duração ou execução continuada, bilateral e oneroso.

É consensual porquanto se perfaz pelo simples acordo das partes. Também se caracteriza pela informalidade, pois não requer forma própria para a sua constituição. Pode até mesmo ser convencionado tacitamente, embora se proceda mais frequentemente por escrito.

Por regular as futuras relações entre o cliente e o banco, o contrato de conta corrente é considerado normativo. Também se estende no tempo, configurando longa relação entre as partes. Quanto a este atributo, verifica-se, na prática, a interessada postura da instituição bancária em manter o contrato com o cliente, mormente quando este revela sua intenção de encerrar a conta corrente. Como contraproposta, o banco geralmente propõe a alteração das condições contratuais numa perspectiva mais favorável ao correntista, no intuito de convencê-lo a continuar na relação.

Há ainda o caráter da bilateralidade, dado que ao banco incumbe prestar serviços e ao cliente a obrigação de alimentar a conta. Interligado a esse atributo, acha-se a onerosidade, já que tanto o banco se beneficia com a percepção de tarifas, juros e comissões, como o cliente aufera vantagens com a prestação de serviços e a disponibilidade de caixa.

Quanto às modalidades das contas correntes bancárias, costuma-se classificá-las de acordo com a titularidade do correntista em unipessoal e coletiva. Conta unipessoal é aquela que possui único titular, que a movimenta por si ou por meio de um procurador. Já a conta coletiva é aquela em nome de várias pessoas. Subdivide-se em indivisível e conjunta.

A conta corrente coletiva indivisível é aquela que só pode ser movimentada por todos os titulares, salvo mandato outorgado a um ou alguns para fazer a operação. Quanto à conta corrente coletiva conjunta, sabe-se que ela pode ser movimentada por qualquer dos titulares, incidindo aí o princípio da solidariedade, tanto ativa, como passiva. Vale observar que a morte de um dos correntistas não põe fim ao contrato, senão quanto ao falecido, continuando a funcionar em relação aos sobreviventes (ABRÃO, 2007, p. 224-225).

Com efeito, verifica-se que, a partir do contrato de conta corrente, são constituídos uma série de outros contratos bancários, tais como os de abertura de crédito, mútuo, locação de cofres e outros.

Conforme Rizzato (2008, p. 1403), a abertura de crédito é o contrato através do qual o banco de obriga a colocar à disposição de um cliente certo valor em dinheiro, para ser utilizado mediante saque único ou repetido, comprometendo-se este, por sua vez, a devolver a quantia, acrescida de uma comissão, se prevista, juros e correção monetária no vencimento do prazo do contrato.

Atualmente, é comum que por ocasião da abertura da conta corrente a instituição financeira já faça um cadastro do cliente e defina um limite global de crédito a ser posto à sua disposição, firmando um “contrato-mãe”, por meio do qual o banco se compromete a oferecer ao correntista diversas linhas de crédito pré-definidas, tais como crédito rotativo, crédito direto em conta corrente (CDC eletrônico) e outros.

Após a determinação dos produtos e serviços, basta que o cliente se dirija a um terminal eletrônico ou acesse a página da instituição bancária na *internet* e escolha o valor, dentro do limite posto à sua disposição, o dia do vencimento, bem como o número de parcelas em que pretende restituir o valor emprestado, e em seguida digite a sua senha e conclua a operação,

para que seja instantaneamente creditado em sua conta de depósitos o valor contratado (HOFFMAN, 2006, p. 230).

Desta forma, na abertura de crédito, os limites monetários postos à disposição pelo banco poderão, ou não, ser efetivamente utilizados pelo cliente. Caso ocorra a utilização do limite contratado, que poderá ser total ou parcial, haverá a incidência de encargos sobre as quantias solicitadas, pelo período em que perdurar a utilização. Em suma, essa espécie contratual tem por objeto a concessão de crédito e não a entrega ou mesmo a transferência de dinheiro para o cliente, que, inclusive, poderá sequer chegar a ocorrer.

De acordo com Hoffman (2006, p. 231-232), verifica-se a contratação mediante a simples promessa do banco de que o cliente terá a seu dispor crédito de determinado valor, que poderá ser-lhe entregue em dinheiro, quando assim o determinar, ou poderá ser objeto de saque por meio de movimentação da própria conta de depósito bancário, como se dá, por exemplo, com o cheque especial, em favor de pessoa física, ou o cheque garantido, em benefício da pessoa jurídica.

A abertura de crédito também é um contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada e não solene. De fato, sua formação não depende da efetiva entrega do dinheiro ao creditado, bastando o consenso entre as partes. É oneroso porquanto implica deveres e direitos para ambos os contratantes. O banco tem a obrigação de colocar a soma à disposição do creditado, fazendo jus à comissão e juros em caso de efetiva utilização da quantia. O cliente, por sua vez, fica com a disponibilidade do valor monetário, em troca da comissão e eventuais juros que paga ao banco.

A bilateralidade decorre da onerosidade e do caráter sinalagmático do contrato de abertura de crédito, pois as partes possuem obrigações e direitos recíprocos. Quanto ao caráter temporal, verifica-se que essa espécie contratual é de longa duração, tanto quando considerada a permanente disponibilização das linhas de crédito, como também quando ocorre a efetiva utilização do crédito e a consequente execução continuada das obrigações convencionadas.

Por fim, não apresenta caráter solene e nem forma especial, apesar de o banco normalmente disponibilizar documento por escrito, que contenha as condições do contrato, em observação às normas de direito do consumidor.

No tocante às modalidades de abertura de crédito, a doutrina classifica o contrato por dois critérios: o da movimentação contábil e o da garantia. Sob o primeiro, denomina-se de

abertura de crédito em conta corrente, porquanto pode o cliente utilizar por mais de uma vez o crédito, dentro do limite disponibilizado, devendo efetuar reposições conforme estabelecido, a exemplo do cheque especial.

Quanto à garantia, a abertura de crédito pode ser a descoberto e garantida. Na primeira espécie, a garantia, na realidade, baseia-se na relação de confiança entre o cliente e o banco. Na prática, a instituição financeira disponibiliza a linha de crédito com base na análise da condição financeira do cliente, considerando, por exemplo, sua fonte de rendimentos.

Já a abertura de crédito garantida, é aquela acompanhada de garantias reais (hipoteca, penhor) ou fidejussórias (aval, fiança), as quais podem ser oferecidas tanto pelo próprio creditado, como por terceiro a favor dele, podendo ser isoladas ou cumulativas (ABRÃO, 2007, p. 159).

Essa garantia real ou fidejussória, em geral, é formalizada através da emissão da Cédula de Crédito Bancário, que, conforme regulamentação da Lei nº 10.931/2004, trata-se de título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor da instituição financeira (arts. 26 e 27), contribuindo na instrução de uma futura execução judicial ou da ação monitória acompanhada do demonstrativo de débito¹⁷.

Com efeito, percebe-se estreita ligação entre a abertura de crédito e o contrato de mútuo bancário. Também denominado de empréstimo bancário, ele se configura quando a instituição financeira entrega ao cliente determinada soma em dinheiro, a qual deverá ser restituída em prazo estabelecido, mediante o pagamento de juros.

O mútuo bancário é considerado o mais importante contrato relacionado às operações ativas dos bancos, pois, segundo Coelho (2002, p. 122), “[...] ao oferecerem recursos às unidades de dispêndio deficitárias, assumem os bancos a posição de credor”. A base dessa espécie contratual é o mútuo civil, empréstimo de coisa fungível, regulamentado a partir do art. 586 do Código Civil de 2002. Entretanto, a particularidade do mútuo bancário deve-se à incidência de juros, que devem ser convencionados de forma expressa ou tácita¹⁸.

Essa espécie de contrato caracteriza-se por ser unilateral, real, oneroso e não solene. É unilateral porque gera obrigações apenas para o mutuário, pontuadas por Coelho (2002, p.

¹⁷ Enunciado da Súmula nº 247 do STJ: “O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado de demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento de ação monitória”.

¹⁸ O art. 591 do Código Civil prevê que: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

124) como as seguintes: a) restituir o valor emprestado no prazo; b) pagar juros, encargos, comissões e demais taxas constantes do instrumento contratual, bem como correção monetária, se prevista; e c) proceder às amortizações do valor emprestado.

O mútuo bancário também é contrato real, porquanto se aperfeiçoa com a efetiva entrega do dinheiro ou pelo crédito do fundo na conta corrente do mutuário. Em consequência, configura-se como oneroso em face da transferência dos fundos mediante a cobrança de juros e tarifas de serviço. Por fim, não se requer forma solene para a sua constituição, apesar de, na prática, instrumentalizar-se por documento escrito.

Ressalta-se que nessa espécie contratual o mutuário tem a obrigação de devolver, não as mesmas coisas, mas coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, acrescidas, no caso da relação que estabelece com a instituição financeira, da remuneração do mutuante através dos juros e outras comissões convencionadas.

Sobre a temática dos juros, vale antes destacar a definição de crédito de Pinheiro e Saddi (2005, p. 443):

Crédito é a transferência da poupança feita por alguns para outros, dando a estes poder de compra atual e a capacidade de satisfazer, no presente, as suas necessidades de consumo e investimento, em troca da promessa de uma transferência (pagamento) na direção oposta no futuro.

Com efeito, sobre o crédito incide um custo no tempo que se denomina “juros”. Estes são o direito do credor no tempo. São os interesses que o credor aufere do dinheiro que lhe é devido, em compensação pela privação dele e como preço do risco da solvabilidade do devedor. Em suma, os juros são o preço do crédito ou o valor do dinheiro no tempo.

Quanto à classificação dos juros, destacam-se as que se referem ao seu fundamento e à sua capitalização. No tocante ao fundamento ou à função dos juros, eles podem ser moratórios ou remuneratórios (compensatórios). Os juros moratórios decorrem do descumprimento da obrigação principal, a exemplo do retardamento da restituição do capital ou do pagamento em dinheiro. Em regra, é a pena imposta ao devedor em atraso com o pagamento da obrigação. A sua cobrança prescinde da prova do dano, isto é, ainda que não se alegue ou que não haja prejuízo, eles são devidos, conforme previsão legal¹⁹ e entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal consolidado na Súmula nº 254²⁰.

¹⁹ Art. 407 do Código Civil de 2002 prevê: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.

²⁰ Enunciado da Súmula nº 254 do STF: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação”.

Já os juros remuneratórios ou compensatórios, possuem a função de pagar ou de compensar pelo fato de o credor permanecer privado da utilização de seu próprio capital. Trata-se do preço do tempo e do risco embutido na operação. Eles também preservam o equilíbrio patrimonial da relação jurídica que o credor mantém com o devedor. A principal distinção dessa espécie para a outra é a ausência de culpa. Por conta do distinto fundamento ou função, os juros moratórios e remuneratórios são cumuláveis na mesma obrigação²¹.

A capitalização dos juros trata-se da atividade de conversão em capital do valor dos juros apurado num período passado. É gênero cujas espécies são: juros simples e juros compostos. Os primeiros significam que a taxa de juros é aplicada apenas sobre o capital inicial, não incidindo sobre os valores nominais acumulados durante o prazo da obrigação (variação linear).

Quanto aos juros de capitalização composta, a taxa é aplicada sobre o capital inicial, porém acrescidos dos juros acumulados até o período anterior, apresentando variação exponencial, de progressão geométrica (SCAVONE JUNIOR, 2003, p. 148). A aplicação de juros compostos trata-se de uma atividade denominada de anatocismo. Este é permitido sob condições impostas pela legislação. Em regra, a contagem de juros sobre juros deve ocorrer somente após o período de um ano, consoante a previsão do art. 4º do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933²², e art. 591 do Código Civil de 2002.

Anteriormente, o referido decreto, também denominado de Lei de Usura, limitava os juros à taxa de 1% ao mês ou de 12% ao ano (art. 1º). No entanto, essa rigidez quanto à limitação da taxa de juros ocasionou dificuldade de sua observância pelas instituições financeiras, face à sua atividade depender da dinâmica do mercado. Surgiu, então, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei de Reforma Bancária), que, entre outras medidas, introduziu uma importante mudança ao atribuir ao CMN, órgão do Poder Executivo, a competência para realizar a fixação da taxa de juros nas operações financeiras. Assim, dispõe o art. 4º, IX, subscrito:

Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74):
[...]

²¹ O Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência sobre o assunto, consoante se observa na redação dos enunciados da Súmula nº 12: “Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”; e da Súmula nº 102: “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei”.

²² Art. 4º do Decreto nº 22.626/33 prevê: “É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano”.

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover.

Neste tocante, o próprio CMN consolidou o entendimento de que a fixação das taxas de juros feita pelo órgão, na realidade, não deveria traduzir um limite rígido ou um teto máximo a ser obedecido pelas instituições financeiras, mas apenas servir como parâmetro ou referencial básico, consoante se observa no conteúdo da Resolução do CMN nº 1.064/85, que, no item I, prevê: “[...] as operações ativas dos bancos comerciais, de investimento e desenvolvimento serão realizadas a taxas de juros livremente pactuáveis”.

Criou-se, então, com a Lei nº 4.595/64, uma cisão no sistema de juros, dividindo-o em dois campos no que tange à taxa de juros incidente: aquele respeitante aos juros estabelecidos nas relações entre particulares, a exemplo do mútuo civil, para as quais se aplica a regulamentação do Código Civil, e aquele a incidir nas relações mantidas com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sob a égide de uma lei especial. Em razão de atos normativos posteriores, sabe-se que, atualmente, o Conselho de Política Monetária (COPOM) é o órgão responsável pela fixação da taxa referencial de juros (taxa SELIC).

Destarte, no mútuo civil, quando não houver estipulação expressa entre as partes no tocante aos juros moratórios no momento da constituição do negócio jurídico, aplica-se a taxa legal indicada pelo art. 406 do Código Civil de 2002. O referido dispositivo leva o intérprete a consultar o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional (CTN), que prevê o seguinte: “Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”.

Ocorre que, acerca de pagamento de tributos, há legislação específica, a exemplo da Lei nº 8.981/95, que, em seu art. 84, I, trata sobre arrecadação de tributos federais, e que, sob a alteração da Lei nº 9.065/95, art. 13²³, manda que a fixação dos juros seja realizada de acordo com a taxa Selic, acumulada mensalmente e definida pelo COPOM. Da mesma forma é a taxa estipulada para os juros nas quotas do pagamento do imposto de renda cobrado de todas as pessoas físicas (Lei nº 9.250/95).

Quanto aos juros remuneratórios no mútuo civil, a fixação da taxa legal parece indicar a mesma solução, haja vista o art. 591 do Código Civil referir-se à aplicação do art. 406 aos

²³ Art. 13 da Lei 9.065/95 prevê: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente”.

contratos. Porém, tal raciocínio só deve prevalecer no caso de não existir legislação específica regulamentando o contrato, como ocorre com o mútuo bancário. Neste tocante, a legislação especial tanto estabelecerá a forma de fixação da taxa de juros remuneratórios bem como a possibilidade ou não de capitalização em período inferior a um ano.

Assim, nos contratos de mútuo bancário, a regulamentação promovida pela Lei nº 4.595/64 concede às instituições financeiras a livre estipulação do nível de juros remuneratórios, cabendo ao COPOM, órgão do BCB, apenas fixar a taxa referencial. Além dessa conclusão, destaca-se a permissão instituída pela Medida Provisória nº 2.170-36/2001, que, em seu art. 5º, prevê o seguinte: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”. Tal dispositivo legal afasta a incidência da última parte do art. 591 do Código Civil em relação aos contratos bancários.

Apesar da constitucionalidade da referida medida provisória estar sendo discutida no STF, na ADI nº 2.316-1, em que apenas quatro ministros votaram pela concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia do art. 5º, o ato normativo continua em vigor, autorizando as instituições financeiras a capitalizar juros num período inferior a um ano.

Ressalta-se, ainda, que a fixação mensal da taxa referencial básica de juros, realizada mensalmente pelo COPOM, trata-se de atividade de grande complexidade, dado que vários fatores devem ser levados em conta por ocasião do cálculo da medida. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 444), os juros são um “preço” e, como tal, estão sujeitos aos efeitos da oferta e da demanda. Se há muita gente querendo antecipar gastos e pouca querendo postergá-los, o preço da moeda (juros) sobe; caso contrário, ele cai.

Os autores também elencam os elementos que devem compor a estimativa dos juros: a) *custo básico* ou preço pago pelo dinheiro ao poupador, cuja taxa mínima de referência é a caderneta de poupança, sem a qual nenhum banco conseguiria captar recursos de depositantes; b) *custos das restrições monetárias* ou depósitos compulsórios, que decorrem de exigências impostas pelo BCB como a de que parte dos depósitos recebidos pelos bancos sejam nele depositada ou direcionada a determinados tipos de crédito em condições favorecidas, gerando um custo de oportunidade a ser repassado ao tomador final; c) *custos operacionais* ou administrativos: compreendem os custos de manutenção de agência bancária, pessoal, segurança, serviços de comunicação e informática etc.; d) *custos da inadimplência*, que se referem aos prejuízos ocasionados, por exemplo, pelo não pagamento dos empréstimos concedidos pelo banco; d) *custos fiscais*, traduzidos nos tributos incidentes sobre o crédito,

tanto de competência da União como dos Estados e Municípios; e) *margem líquida*: resulta da receita entre as operações de crédito e os seus custos, tratando-se da parcela dos juros que fica com o banco, isto é, seu lucro efetivo, que, na realidade, representa pequena parcela da composição da taxa (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 444-445).

A análise desses aspectos tem ocupado o papel central de estudos que buscam esclarecer as razões para a ainda tímida oferta de crédito no Brasil e o alto valor das taxas de juros nas operações financeiras. Importante parâmetro para essa pesquisa é o *spread* bancário, que se refere à diferença entre a taxa de captação e a taxa de empréstimo praticadas pelos bancos, ou seja, é a diferença entre o que um banco paga ao poupador e o que ele cobra do devedor.

Em síntese, essa breve abordagem acerca da noção e da natureza do contrato bancário, bem como das principais espécies que concretizam as operações das instituições financeiras, demonstra que nessas relações jurídicas complexas encontram-se presentes as características dos contratos relacionais, tais como a longa duração, a presença de cláusulas abertas e a influência das normas sociais.

Com efeito, a aplicação das normas sociais, como a preservação da relação e a harmonização do conflito relacional, representa o principal liame para incidência concomitante do princípio da boa-fé, principalmente em sua dimensão objetiva, contribuindo para a solução de eventuais desequilíbrios que ameacem a continuidade do contrato nas condições que satisfaçam aos interesses das partes envolvidas.

3.3 Aplicação do princípio da boa-fé e a continuidade contratual

A teoria relacional distingue-se das demais correntes doutrinárias sobre a temática dos contratos por estar baseada em determinadas normas sociais, cuja observação traduz a sua utilidade científica. Dentre as normas identificadas por Macneil (2009, p. 63) destacam-se a preservação da relação e a harmonização do conflito relacional, conforme comentários no item 2.2, acerca das características dos contratos relacionais.

No plano da eficácia ou da validade social das referidas normas, a teoria relacional faz uso de princípios jurídicos, tais como a boa-fé e a preservação dos contratos, no que concerne à resolução de conflitos. Neste tocante, a boa-fé tem importante função na estimulação da relação contratual e no seu prosseguimento, à medida que determina um comportamento

correto e justo pelas partes durante toda a continuidade do pacto, assim como preserva a boa intenção das partes na sua conduta.

Verifica-se, portanto, que a aplicação do princípio da boa-fé serve como relevante liame para a observação dos pressupostos e das normas sociais elencados pela teoria relacional, mormente considerando que o referido princípio recebe contemplação expressa da legislação brasileira. Embora as funções da boa-fé não se confundam com os mecanismos da teoria relacional para a solução dos conflitos nos contratos de longa duração, as mesmas reforçam a sua adequação no sistema jurídico nacional.

Anteriormente, segundo a concepção liberal das codificações europeias dos séculos XVIII e XIX, o conceito de boa-fé somente era relacionado com a intenção ou vontade das partes no momento da elaboração do ato jurídico, o que contribuiu para a predominância da dimensão *subjetiva* da boa-fé. Assim, pelo conceito original, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa, deixando de lado a dimensão da conduta, que nada mais é do que a própria concretização dessa vontade.

Somente com o Jusnaturalismo ou Escola do Direito Natural²⁴, acrescentou-se nova dimensão à boa-fé, relacionada com a conduta das partes contratantes, a qual se denominou *boa-fé objetiva*. Nessa fase, segundo Menezes Cordeiro (2011, p. 212-216), foi fundamental o pensamento de Hugo Grotius, que destacou importante função ao princípio da boa-fé no tocante ao respeito à palavra dada e interpretação dos negócios jurídicos. O autor também destaca os estudos de Pufendorf, que trouxeram a boa-fé para o campo da conduta, relacionando-a com uma regra histórica de comportamento (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 223-224).

A partir desses estudos doutrinários, estabeleceu-se o entendimento de que o princípio da boa-fé possui duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. A primeira se refere ao estado de consciência, à intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção. Ela tem o sentido de conhecimento ou de desconhecimento de uma situação.

²⁴ O Jusnaturalismo ou Escola do Direito Natural considera o Direito como um conjunto de princípios intangíveis e imutáveis, preexistentes ao próprio homem, aos quais este só teria acesso através da revelação divina ou da captação por meio da razão. Apresenta caráter essencialmente idealista e metafísico, reduzindo o Direito a um capítulo da Religião, da Filosofia ou da Ética. Conforme MARQUES NETO (2001, 133-136), o Jusnaturalismo, defendido por Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694), Thomasius (1655-1728) e outros, possui um pressuposto apriorístico: há uma lei natural, eterna e imutável, que se traduz na existência de um universo já legislado. Essa lei pode ser um reflexo da inteligência divina, resultar da ordem natural das coisas, da razão humana ou de seu instinto social.

Portanto, quando a boa-fé tem a ver com o estado de ciência ou de ignorância da pessoa, sujeito de direitos, a certos fatos, ela é subjetiva. Trata-se de uma qualidade reportada ao sujeito. De acordo com Menezes Cordeiro (2011, p. 516), a boa-fé subjetiva pode traduzir um estado de ignorância desculpável, no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pela situação, ignora determinadas eventualidades.

Em síntese, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que se concretiza no convencimento do próprio direito, ou no desconhecimento de se estar lesando direito alheio, ou na restrição à literalidade do contrato.

Já a noção de boa-fé objetiva refere-se a uma regra de comportamento. Conforme o ensinamento de Martins-Costa (1999, p. 411), essa dimensão do princípio significa modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.

Com efeito, a aplicação da boa-fé objetiva na relação contratual também resulta na consideração pelos interesses da outra parte ou até daqueles que não participam diretamente do negócio jurídico. Neste tocante, insere-se a preocupação para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, tanto no outro pôlo da relação obrigacional como nos demais membros da comunidade.

Assim, a boa-fé objetiva está relacionada com o interesse social de segurança nas relações jurídicas privadas, podendo sua definição sintetizar-se em três expressões: lealdade, confiança e colaboração. Gomes (2008, p. 42) explica a identificação desses elementos no seguinte trecho:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação de outra.

No tocante à natureza jurídica da boa-fé objetiva, verificam-se na doutrina referências ao termo tanto na qualidade de princípio como na de cláusula geral, não havendo, na realidade, preocupação quanto a uma classificação mais precisa. Porém, Martins-Costa (1999, p. 316) realiza estudo que explica a distinção entre as categorias normativas, no intuito de promover correto enquadramento da boa-fé no direito privado, pois “[...] as cláusulas gerais

não são princípios, embora na maior parte dos casos os *contenham*, em seu enunciado, ou *permitam a sua formulação*”.

Deveras, as cláusulas gerais buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, que também são denominados “conceitos jurídicos indeterminados”. Essa categoria igualmente se manifesta nas normas cujo enunciado é intencionalmente desenhado como uma moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta ao ordenamento jurídico, bem como a constante formulação de novas normas (MARTINS-COSTA, 1999, p. 286).

Desta forma, as cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, viabilizando a inserção de elementos extrajurídicos e a adequação valorativa do ordenamento positivo. No Código Civil de 2002, identificam-se várias cláusulas gerais, a exemplo dos arts. 421 e 422, que tratam respectivamente da função social do contrato e da observância dos princípios da probidade e da boa-fé na conclusão dos pactos²⁵.

Já os princípios, na estrutura do sistema jurídico, são aquelas normas que são consideradas pela doutrina e pela jurisprudência como fundamento de um conjunto de outras normas, já emanadas ou ainda a serem emanadas. Eles podem ser explícitos e implícitos. Os primeiros são aqueles expressamente consignados em uma certa formulação, constitucional ou legislativa, a exemplo do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), do princípio da irretroatividade da lei penal (art. 2º do Código Penal), do princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, da Lei nº 8.078/90) e do princípio da boa-fé (art. 4º, III, da Lei nº 8.078/90, e art. 422 do Código Civil).

Os princípios implícitos, embora não formulados em determinada disposição legislativa, tratam-se daqueles que, à vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, são elaborados pelo intérprete. Assim, os princípios da prevalência do interesse público sobre o particular, da vedação ao enriquecimento sem causa, da solidariedade, da confiança, são exemplos construídos pela doutrina e pela jurisprudência (MARTINS-COSTA, 1999, p. 320).

Assim, a confusão entre princípio e cláusula geral decorre na maior parte das vezes em razão de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, como se verifica no art.

²⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

422 do Código Civil. Porém, percebe-se que as categorias normativas possuem características diferentes, pois nem todo princípio apresenta vagueza semântica e nem se pode conceber uma cláusula geral implícita no sistema jurídico. Em síntese, a boa-fé trata-se de um princípio jurídico, muito embora possa compor o enunciado de cláusulas gerais no ordenamento positivo.

Feito o devido esclarecimento, vale ressaltar que a concepção moderna do princípio da boa-fé obteve pela primeira vez expressa previsão no Código Civil Alemão de 1942 (BGB), no § 242, cujo enunciado contempla tanto a dimensão subjetiva como a objetiva do referido princípio: “O devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e bons costumes” (tradução livre).

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se fundamentação constitucional do princípio da boa-fé a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. A doutrina também identifica em vários incisos do art. 5º da Carta Constitucional o princípio em análise, a exemplo do inciso XIV, que assegura a todos o direito à informação, inclusive no plano contratual, e dos incisos XXII e XXIII, que estabelecem a proteção à propriedade que cumpre sua função social (TARTUCE, 2007, p. 217).

Quanto à legislação infraconstitucional, observa-se que o Código Civil de 2002, conforme já ressaltado, possui alguns dispositivos que fazem referência expressa ao princípio da boa-fé, como se depreende dos enunciados dos arts. 187 e 422. No tocante ao segundo dispositivo, defende-se que sua aplicação deve estar presente em todas as fases do contrato.

Com efeito, desde o momento anterior à celebração do contrato, as partes envolvidas devem pautar seu comportamento segundo as diretrizes da lealdade e da probidade. Portanto, dos negociadores exigem-se deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio, o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que esta comete e o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração.

Tartuce (2007, p. 219) explica que o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual reflete a preocupação do direito de proteger a confiança depositada, por cada um dos contratantes, nas expectativas legítimas que o outro lhe crie durante as negociações, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.

Deveras, não se discute a aplicação do princípio da boa-fé durante a fase contratual, ou seja, na vigência do negócio jurídico entre as partes. Porém, verifica-se nas relações de

consumo uma ampliação da incidência do princípio na fase pós-contratual, a exemplo do que se observa na prática do *recall*, muito comum entre as empresas fabricantes de veículos que convocam os consumidores para troca de peças, visando a evitar futuros prejuízos, bem como na retirada do nome devedor do cadastro de inadimplentes logo após o pagamento da dívida, que deve ser providenciada pela empresa credora de forma diligente.

A concepção atual do princípio da boa-fé que consta na codificação privada, com especial aplicação ao contrato, tem sua raiz legislativa na construção consumerista, ou seja, na Lei nº 8.078/90, a partir do art. 4º, inciso III, que possui o seguinte enunciado:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Tartuce (2007, p. 115) observa que, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, reconheceu-se a necessidade de relacionar a boa-fé objetiva, prevista no Código Civil, com a regra constante no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, conforme o teor do Enunciado nº 27 aprovado no evento: “Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. Identificou-se, portanto, a importância no diálogo entre as duas leis, ou seja, a necessidade de uma conexão legislativa.

Assim, a aplicação do princípio da boa-fé nas relações de consumo visa à manutenção ou restauração do equilíbrio contratual. Isso porque o contrato, em respeito à autonomia da vontade das partes envolvidas no pacto, deve ser mantido e conservado de acordo com o convencionado, sendo o caso de resolução ou revisão somente quando estiver presente uma situação desfavorável ao consumidor, a qual o mesmo não tenha dado causa, de modo a tornar insuportável a manutenção do seu relacionamento negocial.

Neste sentido, verifica-se direta conexão entre a boa-fé objetiva e outro princípio concebido no Código de Defesa do Consumidor, que é o da conservação do contrato. A noção desse princípio pode ser captada pela análise do art. 51, § 2º, da lei consumerista, que prevê a

vedação da nulidade automática de todo o contrato pela presença de uma cláusula abusiva²⁶. Portanto, para a conservação do contrato, devem-se buscar formas de integração, anulando-se a cláusula desproporcional, mas mantendo-se todo o resto do negócio jurídico, mediante um exercício de interpretação da vontade manifestada no pacto.

Portanto, a aplicação do referido princípio procura valorizar a vontade dos contraentes anteriormente manifestada, visando a sua manutenção diante de uma confiança depositada. Neste ponto, observa-se a ligação com a boa-fé objetiva. Um interessante exemplo da aplicação do princípio da conservação do contrato dá-se na *teoria do adimplemento substancial*. Com previsão no Código Civil italiano de 1942²⁷, essa teoria propõe solução diferente da extinção dos contratos que tenham sido quase todos cumpridos, mesmo havendo inadimplemento da obrigação²⁸. Assim, devem-se buscar outros efeitos jurídicos, como é o caso da cobrança do valor devido residual (TARTUCE, 2007, p. 134-135).

Acerca do tema, Martins-Costa (1999, p. 459) pondera que, tratando-se a resolução de direito formativo extintivo que decorre de fato superveniente à conclusão do contrato, o mesmo pode ser inibido por força do princípio da boa-fé, mormente quando o seu exercício caracteriza conduta incompatível com os deveres de lealdade e cooperação. É o que ocorre no caso de as obrigações contratuais terem sido substancialmente adimplidas, recomendando-se, então, apenas indenização pela parte que não foi cumprida conforme o pactuado.

3.3.1 Funções da boa-fé objetiva

A doutrina identifica no princípio da boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânones hermenêutico-integrativo do contrato (função interpretadora), a de norma de criação de deveres jurídicos (função criadora) e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (função limitadora) (MARTINS-COSTA, 1999, p. 427-428; TARTUCE, 2007, p. 117).

²⁶ Art. 51 [...]

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

²⁷ Prevê o art. 1.455 do Código italiano: “O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes for de escassa importância, resguardado o interesse da outra parte” (Tradução livre).

²⁸ Sobre o tema, editou-se na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o Enunciado nº 361, com a seguinte redação: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. O art. 475 do Código Civil prevê a resolução do contrato por inexecução voluntária.

Quanto à primeira função, hermenêutico-integrativa, a atuação da boa-fé se destina a preencher lacunas, uma vez que na relação contratual podem surgir eventos e situações fáticas ou jurídicas nem sempre previsíveis pelos contratantes. Desta forma, observa-se que, para se continuar produzindo os efeitos visados nos negócios jurídicos de longa duração, podem tornar-se exigíveis às partes comportamentos que não resultam nem de expressa disposição legal nem das cláusulas pactuadas.

O Código Civil de 2002 possui dispositivo que faz expressa referência à função de interpretação do princípio da boa-fé objetiva, conforme se lê no art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”. Tartuce (2007, p. 212) alerta que o aludido comando legal não pode ser interpretado isoladamente, mas em complementaridade com o dispositivo anterior, que traz a seguinte regra: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112). Destarte, ao fazer menção à intenção das partes, a norma possui em seu conteúdo o respeito à boa-fé subjetiva.

Com efeito, verifica-se que a norma do art. 113 do Código Civil é cláusula geral que contém o princípio da boa-fé objetiva, concluindo-se que sua aplicação a todos os negócios jurídicos resulta na interpretação mais favorável à parte da relação que esteja agindo de forma proba.

Quando a interpretação se refere à atividade jurisdicional, a aplicação da boa-fé objetiva trata-se de via para uma adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador. No intuito de preservar o desenvolvimento da ordenação contratual conforme ao seu sentido, o julgador, ao não encontrar solução no próprio texto do pacto, nem segundo literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da intenção das partes, deve fazer uso da função hermenêutico-integrativa da boa-fé para entregar às partes remédio que coincida com os efeitos jurídicos legitimamente esperados por ocasião da celebração do negócio.

Neste tocante, o recurso à função interpretadora da boa-fé objetiva desempenha importante papel no campo metodológico, pois permite a “sistematização das decisões judiciais”. Segundo o ensinamento de Martins-Costa (1999, p. 436):

Isso ocorre porque a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade –, todos eles “demasiadamente equívocos ou genéricos”, surgindo, assim, o recurso à boa-fé objetiva como resultante da “exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático”.

Em relação à função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, a doutrina indica que, em cada relação contratual, alocam-se certos deveres de prestação, os quais se dividem em deveres principais e em deveres laterais, anexos ou instrumentais. Os deveres principais, também denominados de primários, são aqueles que constituem o núcleo da relação obrigacional, definindo a espécie contratual, a exemplo do dever de entregar a coisa e de pagar o preço, no contrato de compra e venda.

Os deveres laterais ou secundários são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo legal ou da incidência da boa-fé objetiva. Trata-se de deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.

Martins-Costa (1997, p. 439-440) ressalta que, considerando que tais deveres recaem tanto sobre o devedor como ao credor da relação contratual, eles não servem diretamente ao cumprimento da prestação principal. Antes, estão referidos ao “exato processamento da relação obrigacional”, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.

Portanto, os deveres instrumentais garantem a adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato, dada a relação de confiança que o pacto fundamenta. Tais condutas podem variar de acordo com as circunstâncias concretas da situação. Assim, esses deveres se caracterizam como uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual, de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.

A título exemplificativo, Martins-Costa (1997, p. 439) cita alguns deveres anexos decorrentes tanto da legislação como da construção doutrinária:

[...] a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; [...]

Observa-se, por fim, que os deveres instrumentais podem não constituir elementos existentes desde o início da relação contratual. A sua aplicação opera conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais à luz do fim do contrato adquirem essa eficácia.

A boa-fé objetiva também possui a função de limitar direitos subjetivos. Em sua origem, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de tais direitos se concentrava na figura da *exceptio doli*, proveniente do direito romano. Tratava-se do poder que uma pessoa tinha de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo. No direito civil, dolo traduz, na responsabilidade, a situação do agente que, direta ou eventualmente, dirige o seu comportamento contra uma norma jurídica.

Segundo observa Menezes Cordeiro (2011, p. 721-722), a *exceptio doli* servia ao réu contra ações dolosas, ligando-se à boa-fé através dos *bonae fidei judicia*. Por isso mesmo, não era um instituto de enunciação abstrata, havendo, antes, uma enumeração casuística. Era então reconhecida à *exceptio doli* uma dupla atuação: em uma vertente, o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica se formara (*exceptio doli praeteriti*, ou *specialis*); noutra vertente, o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentia*, ou *generalis*).

Com efeito, verifica-se que o exercício do instituto da exceção de dolo ainda estava amparado numa perspectiva subjetivista, pois se relacionava com o elemento da declaração da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Entretanto, sabe-se que o contrato, como instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais projetado a partir de uma ótica informada apenas pelo dogma da autonomia da vontade. O contrato traduz, agora, relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade, sendo também informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico.

Na função limitadora da dimensão objetiva do princípio da boa-fé, destaca-se o tema da “teoria dos atos próprios”, pela qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial, conforme Martins-Costa (1999, p. 460-461), “[...] é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”.

Por sua vez, a teoria dos atos próprios se divide em duas importantes regras: o *tu quoque* e a proibição do *venire contra factum proprium*. O *tu quoque* se refere à regra segundo a qual a pessoa que viole norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem cometer abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído. Assim, sua materialização decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir de outrem o seu acatamento.

Verifica-se exemplo da aplicação do *tu quoque* encontra-se no art. 476 do Código Civil vigente²⁹, que contém a invocação à exceção de contrato não cumprido, pelo qual uma parte de um contrato bilateral ou sinaligmático não pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação, se não cumprir com a própria.

A coibição do abuso, da contrariedade, do aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude, no campo contratual, relaciona-se com a de sinalagma. Segundo Martins-Costa (1999, p. 465), o sinalagma é a característica principal dos contratos que se classificam como bilaterais, configurando a dependência recíproca das obrigações. Nos contratos de longa duração, esta dependência, que é genética, transmuda-se em dependência funcional, o qual acompanha as vicissitudes provocadas nos contratos que se projetam no tempo, a fim de manter a relação original de interdependência recíproca das obrigações. Daí se entender que, nesta modalidade contratual, o sinalagma se reveste de dimensão dinâmica, compreendendo a equivalência permanente no curso da relação.

Nessa perspectiva, observa-se a relação entre o sinalagma e a regra do *tu quoque*, que é decorrente da boa-fé objetiva. Se o primeiro traduz a existência e a configuração dos deveres contrapostos, que devem manter posição de relativo equilíbrio entre si, a violação de uma das prestações nele implicadas caracteriza justamente uma violação ao sinalagma.

Já a regra de proibição do *venire contra factum proprium*, ou *venire contra factum proprium nulli conceditur*, relaciona-se com a noção de confiança. Trata-se do exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento praticado anteriormente pelo sujeito. Contempla, portanto, dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. A primeira conduta, o *factum proprium*, é, porém, contrariada pela segunda.

²⁹ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Desta forma, a regra proíbe o comportamento contraditório, que desrespeita a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial. Sua aplicação pode ocorrer tanto quando uma pessoa manifeste a intenção, em termos que não a vinculem, de não vir a praticar determinado, mas depois o praticar, como também na situação inversa, ou seja, quando declarar a pessoa que realizaria determinado ato e, posteriormente, não o realizar.

O fundamento técnico-jurídico da regra reside na proteção da confiança da contraparte, identificando-se aqui a sua conexão com a boa-fé objetiva. Sua configuração requer a presença de elementos, subjetivos e objetivos, para a concretização da confiança, elencados por Menezes Cordeiro (2011, p. 758): a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte, porque confiou neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) a situação de ocorrer, por conta da conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora a expectativa, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.

A importância da proibição do *venire contra factum proprium*, como conceito correlato à boa-fé objetiva, foi reconhecida por ocasião da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, conforme a aprovação do Enunciado nº 362: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Ainda quanto à análise da função limitadora da boa-fé objetiva aos direitos subjetivos, a doutrina destaca relação com as regras da *supressio* e da *surrectio*. Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por se contrariar a boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 797).

A origem da *supressio* se deu na jurisprudência dos tribunais europeus ao se depararem com casos relacionados com as perturbações econômicas geradas pela Primeira Grande Guerra Mundial, sobretudo, a alta inflação. Em consequência dessas alterações, como a do aumento imprevisível nos preços de certas mercadorias, o exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes contratuais.

Segundo explica Menezes Cordeiro (2011, p. 801-802), apesar da revalorização monetária encontrar-se entre as conquistas mais significativas proporcionadas pela boa-fé à

ciência do Direito, protegendo, no essencial, a posição do credor, a *supressio* vai funcionar como contrapeso dessa tutela, assegurando o interesse do devedor.

Assim, a mesma boa-fé objetiva que requer, pela equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária, é também a que exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, a fim de que não atinjam montantes com os quais o devedor não pode suportar.

Um exemplo da regra limitadora da *supressio* pode ser identificado no art. 330 do Código Civil de 2002, pelo qual “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Portanto, para o credor há a perda do direito do local de pagamento, em razão do fato de, sendo o seu titular, não o exercer durante certo tempo. Logo, se tentar exercer referido direito, contrariará a boa-fé (*supressio*), pois da sua inércia surgiu o direito subjetivo do devedor de efetuar o pagamento em lugar diferente do avençado (*surrectio*) (DINIZ, 2006, p. 298).

Desse modo, ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio*, ou surreição, surgimento, que não existia juridicamente até então, decorrendo, portanto, da efetividade social, de acordo com os costumes.

Nesse diapasão, a doutrina também destaca a regra da mitigação do próprio prejuízo ou, na expressão inglesa, *duty to mitigate the loss*. Com efeito, há relação dessa regra com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que sua aplicação deriva da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

Sobre o tema, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal o Enunciado nº 169, que estabelece o seguinte: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Tartuce (2007, p. 210) lembra que tal disposição está inspirada no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre venda internacional de mercadorias, com a seguinte redação:

Art. 77. A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

O argumento vale, por exemplo, para os contratos bancários, não podendo a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida alcance montantes astronômicos.

3.4 Solução cooperativa para a preservação dos contratos bancários

A noção de contrato segundo a teoria relacional introduz novos contornos aos elementos constitutivos da relação obrigacional. Neste tocante, destaca-se a mudança no fator da visão e expectativa dos participantes em face dos problemas futuros que podem ameaçar o equilíbrio e a continuidade do negócio jurídico.

Nos contratos descontínuos, o tratamento dado aos problemas que surgem na relação negocial concentra-se na espera de que o próprio instrumento e o direito que lhe serve de base deem a resposta aos efeitos do descumprimento previsto. Portanto, trata-se de uma expectativa normativa.

Já nos contratos com características relacionais, o problema é esperado tácita ou expressamente enquanto um aspecto normal da realidade social. Diante de tal expectativa, estabelecem-se processos e métodos de resolução para lidar com as eventualidades, tais como a cooperação para execução das cláusulas convencionadas; a renegociação das condições contratuais em termos que viabilizem o seu cumprimento; os procedimentos de mediação, de conciliação, de negociação coletiva e outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Essa expectativa nos contratos relacionais é denominada de cognitiva, porquanto os participantes sabem que terão de se adaptar à nova realidade da situação contratual (MACEDO JR., 2006, p. 169).

A visão normativa mostra-se limitada quando se propõe a resolver os problemas que venham a surgir em relações contratuais complexas de longa duração, posto que nem é possível se convencionar com antecipação os remédios necessários para enfrentar os eventuais conflitos, nem a legislação vigente fornece as medidas efetivas para lidar com as diversas contingências durante a execução do pacto.

Essa dificuldade em resolver os conflitos nas novas estruturas contratuais acaba transferindo a discussão para o Poder Judiciário, exigindo dele a justa revisão das relações negociais mediante diversos argumentos de ordem jurídica. Muito embora essa via deva sempre estar disponível, porquanto embasada no direito fundamental de acesso à justiça, ela

pode não conseguir atender aos legítimos interesses dos participantes, além de resultar na maioria das vezes na rescisão dos contratos, com negativos impactos econômicos e sociais.

Neste tocante, sabe-se que a via expressamente regulamentada pelo Código Civil, sobretudo nos arts. 478 a 480, trata-se da teoria da imprevisão, que leva a exigir a intervenção de um juiz para realizar a revisão do conteúdo contratual. Contudo, quando considerada a característica de incompletude dos contratos de longa duração, verifica-se que o método tradicional não pondera os custos envolvidos na novação ou na renegociação do pacto.

Com efeito, tendo em vista o impacto que essas decisões podem causar na economia é que as ações revisionais devem ser examinadas com a devida cautela, afastando, assim, a manifestação de comportamentos oportunistas, que, com o amparo da lei, desejam descumprir os acordos voluntariamente pactuados.

Tal ponderação alcança os contratos bancários, os quais figuram substancialmente nas lides de revisão de contratos na justiça brasileira, principalmente quando reconhecida pelos tribunais superiores a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações das instituições financeiras.

Esse entendimento foi definitivamente firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento da ADI nº 2.591, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) no ano de 2001, com o intuito de declarar a constitucionalidade formal e material da expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária", constante no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 (CDC), para excluir os serviços bancários e as próprias instituições financeiras do alcance das normas protetivas ao consumidor.

Contudo, o referido pleito não logrou êxito, tendo o STF, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, julgado improcedente a ação direta em 07 de junho de 2006, assentando o entendimento pela constitucionalidade do art. 3º, §2º, do CDC, haja vista que a lei complementar prevista no art. 192 *caput* da Constituição destinar-se apenas à regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro Nacional, não afastando a incidência da Lei nº 8.078/90 sobre os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, principalmente quando a relação é estabelecida com os clientes das instituições financeiras, que são os destinatários finais desses serviços.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em vários acórdãos, também já se posicionava pela aplicação do CDC às instituições financeiras. Inclusive, editou entendimento sumular

neste sentido, consoante se verifica na redação do Enunciado da Súmula nº 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Com base nesse pressuposto, o STJ construiu jurisprudência, que serve de exemplo para a presente análise, no sentido de admitir a revisão judicial das taxas de juros praticadas nos contratos bancários quando comprovada a abusividade de sua cobrança, sendo comumente apontados como fundamento o art. 6º, V; o art. 39, V, e o art. 51, IV, todos do CDC³⁰. Neste diapasão, destaca-se a seguinte ementa:

DIREITO COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação. Agravo regimental não provido. (STJ, Segunda Seção, REsp 407.097/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 12/03/2003, DJ 29/09/2003, p. 142).

Uma vez consolidado o referido entendimento, a jurisprudência do STJ passou a discutir quais seriam os parâmetros ou critérios que balizariam o conceito de abusividade. Neste tocante, o tribunal tem reiterado que a onerosidade excessiva ou abusividade dos níveis de juros estipulados deve ser identificada no caso concreto, com a demonstração clara de que a convenção ultrapassa consideravelmente a taxa média de juros cobrada no mercado³¹.

Muito embora a jurisprudência do STJ apresente consonância com o ordenamento jurídico vigente, que permite livre estipulação das taxas de juros pelas instituições financeiras, a fixação do parâmetro “taxa média do mercado” desconsidera certas peculiaridades da atividade creditícia, acabando por gerar consequências econômicas negativas no tocante à

³⁰ Lei nº 8.078/90, Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³¹ É o que se observa no conteúdo da ementa do acórdão: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO VINCULADA À DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA ABUSIVIDADE NA SUA FIXAÇÃO. SÚMULA 382 DO STJ. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. A limitação dos juros remuneratórios em contratos de mútuo bancário depende da comprovação do abuso. A demonstração da abusividade na fixação da taxa de juros remuneratórios deve ser feita de forma inequívoca, com a comprovação cabal de que discrepa da taxa média de juros cobrada pelo mercado, sendo insuficiente o simples fato de a estipulação ultrapassar o percentual de 12% ao ano. Incidência da Súmula 382/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Terceira Turma, AGREsp 795.722, Rel. Des. Conv. Vasco dela Giustina, julgado em 27/4/2010, DJ 7/5/2010).

possibilidade de redução das taxas de juros e do aumento de acesso ao crédito relativo às pessoas físicas.

De fato, o entendimento tende a falhar quando parte da presunção de que toda taxa muito acima da média divulgada pelo BCB é abusiva e está associada a uma quebra no equilíbrio contratual que proporciona o enriquecimento ilícito da instituição financeira à custa de uma vantagem exagerada sobre o consumidor, independentemente de quais tenham sido as reais condições de contratação daquela operação. Em suma, o critério ignora as circunstâncias personalíssimas que conduzem à formação das taxas de juros no âmbito do mercado de crédito brasileiro³².

Há também o aspecto nem sempre considerado no caso concreto judicialmente discutido, qual seja a de que a revisão das taxas de juros de um contrato bancário não repercute apenas na relação entre os litigantes, mas sobre a rede de contratos que ampara a atividade do mercado de crédito³³.

Desta forma, verifica-se que a restauração do equilíbrio das relações contratuais bancárias nem sempre encontram solução satisfatória pelos tradicionais métodos solução de conflitos constituídos sob a égide das teorias contratuais clássica e neoclássica. Deveras, a complexidade dos pactos, a sua longa duração, o *status* de essencialidade ocupado por determinados serviços bancários exigem medidas mais adequadas para enfrentar os problemas que surjam durante a execução do negócio e aptas a preservá-lo, satisfazendo as necessidades dos participantes.

Na aplicação dos ditames da teoria relacional, recorre-se às soluções cooperativas de natureza extrajudicial, que podem enfrentar com eficiência³⁴ os conflitos nos contratos bancários. Entre os principais remédios, destaca-se a renegociação do pacto firmado.

³² Na realidade, o maior custo do crédito no Brasil se deve a fatores alheios à esfera de disposição das instituições financeiras segundo se observa no cálculo do *spread* bancário, divulgado pelo próprio BCB. O fato é que a heterogeneidade de instituições concedentes e de potenciais tomadores de crédito tende a gerar apreciáveis margens de variação, comprometendo a utilidade do parâmetro de oscilação em torno da média divulgada pela autoridade monetária. No ato de concessão do crédito, a instituição financeira necessita analisar uma grande diversidade de perfis de risco apresentados pelos tomadores, considerando ainda um ambiente de assimetria informacional.

³³ Jantalia (2010, p. 161) observa essa repercussão também na estrutura de incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos. Para ele, na medida em que a jurisprudência com o atual viés revisional venha a se disseminar, assegurando a um número cada vez maior de tomadores o amparo judicial para pagar menos do que o pactuado, as instituições financeiras tendem a responder a esse aumento do risco, num contexto de seleção adversa, de duas formas: I) aumentando as taxas de juros cobradas dos futuros tomadores; e II) reduzindo o volume de crédito concedido.

³⁴ Por eficiência, entende-se a adequação dos meios aos fins. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 121-123), em matéria de contratos, típico mecanismo de distribuição de risco, a eficiência é um dos principais objetivos a ser atingido, pois um contrato deve permitir melhorar a situação individual dos contratantes, ou corre o risco de inexistência.

Com efeito, mesmo que as partes iniciem a relação de forma leal, cumprindo com as suas obrigações de forma proba, eventos imprevisíveis podem ocorrer, ameaçando o equilíbrio do sinalagma contratual. Cogita-se daí a necessária revisão de alguma cláusula da avença cujo conteúdo encontra-se comprometido, através da negociação ou renegociação promovida pelas próprias partes do contrato, tratando-se, portanto, de método de autocomposição dos conflitos.

Nos contratos relacionais, os benefícios e os ônus não são apenas divididos, mas efetivamente compartilhados. Esse elemento, somado aos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, provoca comportamento de cooperação entre as partes, que consiste em não dificultar o acesso aos direitos ou inviabilizar que a prestação seja cumprida.

Desta forma, além da renegociação das condições contratuais ser plenamente possível nas relações que os bancos mantêm com os seus clientes, a mesma deve ser fomentada, em atendimento aos princípios da boa-fé, da preservação e da continuidade dos contratos de consumo.

A utilização dos referidos princípios pela teoria relacional se deve à mudança que ela provoca na ênfase protetiva às expectativas dos participantes. A confiança depositada pelas partes contratantes na relação requer a defesa da sua continuidade, passando esta a ser entendida como um interesse a ser tutelado e que merece lugar entre os demais interesses envolvidos no pacto.

Assim, conforme o ensinamento de Macedo Jr. (2006, p. 273):

[...] determinados arranjos e renegociações que tenham em vista a manutenção de um esquema equilibrado de repartição de ônus e prejuízos entre as partes contratantes, seja em razão de uma perda, seja em razão de alguma estratégia de investimento que exija contenção de despesas (interesses da cooperação econômica), devem ser incluídos no replanejamento e renegociação contratual. [...] O princípio da continuidade se define como um interesse vinculado às expectativas a serem protegidas.

O próprio CMN tem frequentemente decidido no sentido de incentivar a continuidade do contrato bancário mediante renegociação de seu conteúdo, se for necessário. É o caso, por exemplo, quando verificado que os tomadores de empréstimo para custeio e investimento de atividades rurais estão enfrentando dificuldades em razão de eventos climáticos, por vezes, imprevisíveis, tais como a estiagem.

Neste tocante, foi editada pelo BCB a Resolução nº 4.251, de 16 de julho de 2013, que “autoriza a renegociação das operações de crédito rural de custeio e investimento contratadas,

entre 2007 e 2011, por produtores rurais que tiveram prejuízos em decorrência da estiagem na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene)”.

Verifica-se, também, que o método de renegociação nos contratos bancários considera as características relacionais do pacto, tais como a complexidade, a longa duração e a incompletude. Deveras, sabe-se que todo contrato que se estende no tempo torna mais difícil a sua gestão, por estar mais sujeito às incertezas decorrentes das mudanças sociais e aos custos operacionais para a redação, conclusão e execução do acordo.

Desta forma, a renegociação promovida pelas próprias partes mostra-se como método de solução mais eficiente aos conflitos nos contratos bancários, porque, além de contemplar as expectativas e os interesses dos envolvidos, pondera com maior propriedade a dimensão econômica sempre presente nas relações contratuais, ou seja, os custos da transação.

Esses custos compreendem as despesas materiais, o tempo e a energia necessários para conseguir um acordo acerca de transferência de um direito, indicando, mais especificamente, o complexo de custos para a negociação, a execução e o controle de um contrato (LIMA, 2011, p. 36).

Por sua vez, os custos de transação se desdobram nos aspectos da racionalidade limitada, do oportunismo negocial, da incerteza, da longa duração do contrato e dos investimentos em ativos específicos, os quais, conforme os comentários do capítulo anterior, impedem que contratos complexos, a exemplo dos contratos bancários, apresentem conteúdo completo, que compreendam, inclusive, os remédios necessários para os problemas que eventualmente surjam durante a sua execução.

Portanto, diante da complexidade das relações que se prolongam no tempo, é recomendável às partes não dispor no início do pacto sobre possíveis contingências, pois o fazendo estariam agregando, já na conclusão do acordo, um custo que poderá ser de forma mais eficiente alocado posteriormente, no momento de sua ocorrência, por meio de uma solução cooperativa recíproca, a exemplo da renegociação.

Já os métodos tradicionais, que resultam na rescisão e novação do pacto, ou na revisão do mesmo sob a intervenção do Poder Judiciário, certamente multiplicam os custos de transação envolvidos, conduzindo as partes interessadas para uma situação mais dispendiosa e menos eficiente, com repercussão socioeconômica negativa. Por ser o magistrado um terceiro à relação firmada e, em razão disso, detentor de informações assimétricas, sua interferência pode acarretar alocações indevidas e desestimuladoras de novas operações entre as partes.

Destarte, a utilização dos mecanismos legais de solução de controvérsias na execução dos pactos nem sempre atendem à complexidade das relações de longa duração e com conteúdo incompleto. Neste tocante, Sztjan (2009, p. 17) faz a seguinte reflexão:

A aplicação de normas supletivas apenas se justifica quando representarem a melhor opção na distribuição de direitos, deveres, riscos e perdas, hipótese em que poderiam ser consideradas cogentes. Até porque a aplicação de normas supletivas a contratos contingencialmente incompletos altera outras variáveis, entre as quais a assimetria de informações ou o valor atribuído à operação pelas partes produzindo ineficiências, estratégica ou informacionais.

Com efeito, verifica-se que, nos contratos relacionais, em razão dos custos de transação, as partes escolhem em não assinalar definitivamente os riscos e benefícios entre si, optando em deixar os termos da troca cada vez mais abertos e aptos a promover o compartilhamento desses elementos durante a manutenção do pacto.

A percepção de que sempre existirá algum risco de desequilíbrio na relação de longa duração deve ser acompanhada de propostas de solução inovadoras, sobretudo porque em operações complexas as regras predispostas *ex ante* nem sempre são suficientes. Simplicidade, confiança, desincentivo a oportunismos, presentes nas negociações e espelhados nos instrumentos de contrato permitem lacunas deliberadas e renegociações posteriores, para restauração do sinalagma ameaçado.

Assim, as normas da teoria relacional servem às partes para introduzir na relação aquela flexibilidade necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias, reconhecendo a renegociação do convencionado como meio mais eficiente para gerir situações supervenientes.

Em síntese, nos contratos bancários de longa duração, devem as partes assumir conduta de cooperação durante todas as fases do pacto, restabelecendo o seu equilíbrio quando atingido por contingências não previstas, mediante renegociação recíproca dos seus termos, em conformidade com a teoria relacional.

CONCLUSÃO

Como instrumento que regulamenta as relações interpessoais voluntariamente estabelecidas, o contrato tem como base as práticas sociais e o modelo econômico de determinada época. Neste tocante, verifica-se que o seu conceito jurídico só pode ser entendido em sua essência quando identificada a realidade exterior que reflete, bem como os interesses, as situações políticas, econômicas e sociais em que está implicado.

A partir do século XIX, reconhece-se o surgimento de três formas básicas de organização da produção industrial e, com elas, três tipos de teoria contratual que lhes são correspondentes. Em consequência, aos sistemas de produção manufatureira, de massa e de especialização flexível, relacionam-se respectivamente modalidades ideais de contratos – o contrato descontínuo, o contrato aberto e o contrato relacional – com elementos de formação, características e funções distintas.

Durante a década de 1970, a globalização, a introdução de novas tecnologias de produção, informação, gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram um panorama para a estratégia de especialização flexível ou pós-fordista, que visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo produto ou serviço com tecnologia única e qualidade diferenciada. Este sistema combina inovação com formas flexíveis de produção.

O consumidor também não é mais somente um acumulador de bens, mas um acumulador de serviços, de fazeres que asseguram a ele e a sua família o bem-estar, a segurança, a saúde, o lazer, o *status*, as informações, o crédito e outros bens imateriais oferecidos no mercado. Assim, os contratos que regulam a transferência desses bens na sociedade devem acompanhar essa realidade, evoluindo para modelos novos de serviços complexos, adaptando-se, desta forma, ao mercado desmaterializado.

Com o objetivo de regular essas novas relações, estudiosos desenvolveram a teoria relacional, que por sua vez concebeu os contratos relacionais ou contratos de longa duração, como instrumentos estruturados para reger uma série de transações de continuidade superior a três anos.

Os contratos relacionais tendem a estabelecer relações duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado sob a influência de normas sociais, que contribuem para manutenção do pacto estabelecido.

Com base numa matriz sociológica, a teoria relacional dá importância a todo ato, relação e aspecto do contexto que rodeia as partes contratantes, bem como reconhece que as relações contratuais de longa duração são muito mais complexas do que as normas vigentes pressupõem, posto que nestas nem sempre se identificam os meios de resolução de conflitos mais adequados para preservação dos pactos.

A principal diferença entre os contratos relacionais e os não relacionais (descontínuos ou abertos) é que aqueles partem da premissa segundo a qual a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de circunstâncias, para que possa subsistir e não ser rescindida, enquanto os não relacionais dão primazia à rescisão ou à revisão do contrato via intervenção do Poder Judiciário, contando com procedimentos de resolução de conflitos previamente estabelecidos nas cláusulas contratuais ou indicados pela própria lei vigente ao tempo do pacto.

As diretrizes das teorias contratuais clássicas e neoclássicas encontram dificuldades de se ajustar à nova realidade econômico-jurídica. É preciso haver um propósito de cooperação e solidariedade entre as partes pactuantes para que os contratos cumpram a sua função de circular riqueza.

O objetivo da teoria relacional não é criar novas espécies contratuais típicas, mas apresentar uma nova abordagem na dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. Ela valoriza o papel das normas sociais, como a preservação da relação e a harmonização do conflito contratual, bem como a presença de elementos relativos à fonte obrigacional que contribuem para atribuir ao negócio jurídico um caráter mais relacional, a exemplo do número de participantes; da medida e especificidade da transação; do começo, duração e término; do planejamento; da divisão e compartilhamento de ônus e benefícios.

Assim, as cláusulas abertas dos contratos relacionais concedem às partes uma margem de manobra para realização de futuros ajustes, colaborando para a preservação do vínculo contratual. Essa flexibilização dá preferência à estratégia de renegociação dos termos contratuais, impedindo que os agentes sejam levados a um litígio judicial.

Nos contratos com características relacionais, o problema que pode ameaçar o equilíbrio pactual é esperado enquanto um aspecto normal da realidade social. Diante de tal expectativa, estabelecem-se processos e métodos de resolução para lidar com as eventualidades, tais como a renegociação e a aplicação métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Com efeito, se o conflito que surge durante o cumprimento do contrato não for解决, a relação certamente será rompida, o que não é interessante nem para os participantes do pacto e nem para a sociedade.

A aplicação das normas sociais especialmente relacionais representa o principal liame para incidência concomitante do princípio da boa-fé. Na teoria relacional, a boa-fé tem a importante função na estimulação da relação contratual e no seu prosseguimento, à medida que determina um comportamento correto e justo pelas partes durante toda a continuidade do pacto, assim como preserva a boa intenção das partes na sua conduta.

Dentre as funções da boa-fé objetiva, verifica-se que, em respeito à confiança estabelecida entre as partes contratuais, ela cria determinados deveres instrumentais ou anexos, que garantem a adoção de comportamentos voltados ao exato processamento da relação obrigacional.

Tal diretriz, entretanto, não recepciona a característica da catividade, que é atribuída por outra corrente doutrinária aos contratos de consumo de longa duração. Isto porque a relação continuada não pode ser interpretada de maneira a necessariamente subjugar o consumidor aos interesses egoísticos do fornecedor economicamente mais forte.

Em respeito ao que se estabelece no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso III, nas relações de consumo, deve-se sempre procurar estabelecer a compatibilização dos interesses dos participantes, que concilie a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico visada pelo fornecedor.

Nesse tocante, verifica-se que os contratos bancários ocupam papel de exponencial importância no dinamismo da realidade econômica atual e apresentam características compatíveis à aplicação da teoria relacional. Destacam-se pela sua essencialidade na atividade de intermediação financeira os contratos de depósito bancário, de conta corrente, de abertura de crédito e de mútuo bancário.

Deveras, essas relações bancárias figuram substancialmente nas lides de revisão de contratos na justiça brasileira, principalmente após o reconhecimento pelos tribunais superiores da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações das instituições

financeiras. Na prática, essas ações traduzem a insurgência dos mutuários em face dos encargos de inadimplência cobrados e da taxa de juros prevista no contrato firmado.

Embora a jurisprudência dos tribunais superiores apresente consonância com o ordenamento jurídico vigente, que permite livre estipulação das taxas de juros pelas instituições financeiras, a fixação do parâmetro “taxa média do mercado” desconsidera certas peculiaridades da atividade creditícia, acabando por gerar consequências econômicas negativas tais como o aumento do valor das taxas de juros e a dificuldade de acesso ao crédito pelos consumidores de baixa renda.

Por vezes, a complexidade e a longa duração dos contratos bancários exigem medidas mais adequadas para enfrentar os problemas que surjam durante a execução do negócio e aptas a preservá-lo, que sejam distintas da via judicial.

Na aplicação da teoria relacional, destacam-se soluções cooperativas de natureza extrajudicial, tais como a renegociação, as quais têm ganhado cada vez mais espaço no atual enfrentamento das questões relacionadas à execução e preservação das relações contratuais bancárias.

À guisa de regulamentação dessas medidas, verifica-se que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil têm frequentemente editado resoluções que autorizam a renegociação das operações de mútuo bancário, cujo equilíbrio fora abalado em razão de fatores de força maior, dando ao cliente a condição de cumprir com as suas obrigações sem maiores prejuízos.

Ademais, a renegociação promovida pelas próprias partes mostra-se como método de solução mais eficiente aos conflitos nos contratos bancários, porque, além de atender aos interesses dos envolvidos, considera a dimensão econômica sempre presente nas relações contratuais, ou seja, os custos da transação.

Apesar de a teoria relacional não ser a única a enfrentar as mudanças na estrutura dos contratos de massa da atualidade, conclui-se que ela apresenta soluções eficientes para a harmonização dos múltiplos conflitos que venham a surgir durante a relação pactual, mormente fazer uso das funções de princípios jurídicos como o da boa-fé objetiva, com amplo respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 10. ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2007.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Contratos relacionais e Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 32, out-dez 1999, v. I, pp. 265-271.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos**. Lisboa. 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_09_5091_5115.pdf>. Acesso em 30 jul. 2013.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha. **Do consenso keynesiano ao pós-consenso de Washington**. Minas Gerais, 2005. Disponível em: <http://www.portal.ie.ufu.br/mestrado/ie_dissertacoes/2005/3.pdf> Acesso em 15 mar. 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAMINHA, Uinie; PAIVA, Arthur Farache de. “Bancarização” por meio de correspondentes bancários. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XLV, n. 143, p. 179-187, jul.-set. 2006.
- CAMINHA, Uinie; FIGUEIREDO, Monique. Atividade financeira e moeda: análise da experiência do Conjunto Palmeiras em Fortaleza-CE. **Revista GV**, São Paulo, ano 7, n. 1, p. 99-130, jan.-jun. 2011.
- CASTLEMAN, David. **Contracts outline**. Madison. 2003. Disponível em: <http://www.law.upenn.edu/groups/salsa/Contracts/madison_03.doc>. Acesso em 17 maio 2013.
- CESARINO, Paula de Oliveira. **Contratos Relacionais**. Minas Gerais, Faculdade de Direito Milton Campos, 2007, 122p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Milton Campos, 2007.
- CESSETTI, Alexia Brotto; SANSANA, Maureen Cristina. Novas Perspectivas para a análise dos contratos bancários: pelo implemento de relações sustentáveis. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 153-180, jun. 2011.
- COASE, Ronald Harry. **The Firm, the Market and the Law**, Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, v. 3**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSTANTINO, Renato Cunha. Ensaio sobre contratos relacionais e a defesa do consumidor. **Revista INTEGRAÇÃO – ensino – pesquisa - extensão**, São Paulo: Centro de Pesquisas da Universidade São Judas Tadeu, ano IX, n. 32, fev 2003, pp. 14-20.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABIANI, Emerson Ribeiro. **Direito e Crédito Bancário no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer. **O contrato como regulador e como produtor de riscos**. Paraíba. 2005. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ocontrato.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2012.

GALLO, José Alberto Albeny. **Abordagem teórica sobre a eficácia dos contratos de longo prazo**. Minas Gerais. 2006. Disponível em: <http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/josealbertoalbenygallo_artigocontratosdelongoprazo.pdf>. Acesso em 09 jun. 2011.

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

_____. **Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HOFFMAN, Julio Cesar. Contratos bancários eletrônicos. **Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal**. Londrina, ano II, n. 3, p. 217-266, ago. 2006.

HVIID, Morten. **Long term contracts and relational contracts**. Coventry. 1999. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2012.

JANTALIA, Fabiano. **A Revisão Judicial de Taxas de Juros em Contratos Bancários: uma Análise Crítica sob o prisma do Direito Econômico**. Distrito Federal, UNB, 2010, 212p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, 2010.

_____. A revisão judicial de taxas de juros em contratos bancários sob a perspectiva sinépica: *fiat justitia pereat mundus?* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 12, n. 44, p. 46-74, abr-jun 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Trad. Mário R. da Cruz, São Paulo: Atlas, 1992.

LIMA, Juliana Cardoso. **Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo**. Ceará, Universidade de Fortaleza, 2011, 91p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, 2011.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos Relacionais no Direito Brasileiro**. São Paulo. 1997. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. Globalização e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 32, out-dez 1999, v. I pp. 45-54.

MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Tradução de Alvamar de Campos Andarde Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Relational contract: what we do and do not know**. Wisconsin. 1985. Disponível:<http://cisl.ru/files/publ/lib_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2013.

_____. The Many Futures of Contracts. **Califórnia Law Review**, vol. 47, 1974.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

MOUZAS, Stefanos; BLOIS, Keith. **Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions**. Lancaster, Inglaterra. 2008. Disponível em: <[http://www.research.lancs.ac.uk/portal/en/publications/relational-contract-theory- confirmations-and-contradictions\(e85a5901-bddf-4a1c-a7aa-0dd3669d3811\)/export.html](http://www.research.lancs.ac.uk/portal/en/publications/relational-contract-theory- confirmations-and-contradictions(e85a5901-bddf-4a1c-a7aa-0dd3669d3811)/export.html)>. Acesso em 06 maio 2012.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OCHOA, Santiago Martínez. Teoría de los contratos: uma visión alternativa del derecho de contratos. **Revista de Derecho Privado**, Universidad de los Andes, Bogotá, n. 35, dez 2005, pp. 203-229.

OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. **A intervenção do Estado na economia.** In POMPEU, Gina Vidal Marcílio (Org.). **Estado, Constituição e Economia.** Fortaleza: Fundação Edson Queiroz - UNIFOR, 2008.

PAIVA, Luís Manuel G.. **Estratégia da produção e flexibilidade.** Viseu – Portugal. 1999. Disponível em: <http://www.ipv.pt/millenium/ect13_5.htm>. Acesso em: 09 mai. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume III: Fontes das Obrigações.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** São Paulo: Campus, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Volume 3: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade.** 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROOPPO, Enzo. **O Contrato.** Tradução de Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil: Uma análise de Direito & Economia.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro.** 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos Bancários.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações – Volume I.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Supply chain e incompletude contratual.** São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://revistasistemas.com.br/index.php/systemas/article/download/10/11>>. Acesso em 02 jul 2013.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Direito Civil – v. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. **Common Law e Contract Law: uma introdução ao direito contractual norte-americano.** Berkeley. 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf>. Acesso em 07 maio 2013.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos: Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume II.** 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

XAVIER, José Tadeu Neves. **Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração**. Rio Grande do Sul. 2004. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/edicoes_antiores/vol37n99/vol37n99_artigo02.pdf>. Acesso em: 12 maio 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2005.