

ABORDAGEM TEÓRICA SOBRE A EFICÁCIA DOS CONTRATOS DE LONGO PRAZO

JOSÉ ALBERTO ALBENY GALLO*

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar alguns questionamentos a respeito da nova teoria econômica que busca permitir a elaboração e a execução de contratos de longo prazo com minimização de custos, buscando explicar as vantagens econômicas de se flexibilizar o contrato. A questão é entender que renegociar, com base na solidariedade, cooperação, ajuda mútua e boa-fé, é muito mais vantajoso para ambas as partes do que a posição antagônica, usualmente praticada. É uma confrontação com a teoria clássica, que prega que contratos de longo prazo devem ser rígidos. Com estes, as empresas podem diminuir os custos de transação, maximizando seus lucros.

ABSTRACT

The purpose of this article is presente some questions about the new economic theory that allows the elaboration and execution on long terms contracts, and at the same time how to minimize costs on this kind of agreements, try to explain the advantages of a contract that can be modified when its necessary. The idea is to understand how renegotiation with solidarity, cooperation, mutual help and good-faith, is much more profitable to both parties instead of the antagonism position. This theory confronts the classical law theory that interprets that a long contract has fixed conditions. With them, companies can make the costs of transaction become smaller, and the profits bigger.

* Advogado. Assessor jurídico do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do grupo de pesquisa em *Law & Economics* do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito Milton Campos.

1 INTRODUÇÃO

A teoria contratual clássica até agora estudada, que consagrou o conceito de autonomia da vontade, no campo econômico, satisfazia as necessidades do capitalismo emergente, que continuou se expandindo, enquanto liberalismo e individualismo levavam ao capitalismo mercantilista. Com a Revolução Industrial que começa no século XVIII, há a passagem da produção artesanal para a industrial, a urbanização, bem como a concentração capitalista e acumulação primitiva de capital.

Esses fenômenos de massificação das cidades, das fábricas, com a produção em série, das relações de trabalho e de consumo, exigiram a comercialização, também em massa, dos produtos, que eram colocados no mercado em grande número, sendo necessário o escoamento desses produtos de forma rápida e segura. Deste modo, a contratação perde o caráter de livre negociação para ganhar caráter geral e impessoal.

Surgem, então, os contratos de massa, ou seja, como consequência da concentração industrial e comercial, acelerando a efetivação dos negócios, com cláusulas pré-estabelecidas por uma das partes e nos quais resta à outra apenas aderir, para que haja uma rapidez nas relações comerciais e econômicas. Em relação às partes contratantes nesses contratos, Cristiano Heineck Schmitt (2006, p.72)¹ ensina que “*Os contratos de massa, assim considerados, são dirigidos a todos indistintamente, tendo em vista que a massificação provoca a despersonalização das relações contratuais*”.

Hoje temos a sociedade de massa, caracterizada pela produção em massa, consumo em massa e o crédito circulando no mercado, sendo oferecido o tempo todo. Obviamente que essa produção e esse consumo em massa se deram muito em função das sucessivas revoluções industriais e do avanço tecnológico. Raramente vemos os chamados contratos paritários, em que um contratante conhece o outro, a princípio negocia com o outro, e, principalmente, conhece o contrato a fundo a ponto de discutir suas cláusulas.

¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72

Na lição de Sílvio Rodrigues²,

admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase da punção, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. (RODRIGUES, 1995, p. 42)

Nos dias atuais há predominantemente os contratos de massa, que é gênero, típico de uma sociedade massificada. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacam-se os contatos de adesão e as cláusulas contratuais gerais.

2 CONTRATOS DE ADESÃO

O contrato de adesão é auto definível, pois uma parte tem de aderir à oferta da outra. Num contrato, temos uma oferta, a que a parte irá, teoricamente, aderir ou não.

No contrato de adesão, a parte adere e não discute cláusula, qualquer que seja, salvo questões como data de vencimento e algumas cláusulas específicas, porém muitas delas em função do interesse do próprio fornecedor, sem alterar a substância do negócio.

A uma parte cabe apenas aderir ao contrato. O que o contrato de adesão não tem é, justamente, acordo de vontades, consenso, já que quem elabora o contrato é o fornecedor, que apenas o oferece à outra parte, que só tem a alternativa de aderir ou não, não podendo discutir, não tendo como fazer um ajuste de vontades.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques³ traz a conceituação mais adequada:

² RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. São Paulo: Saraiva, 1995.p. 42. v. 3.

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58

É aquele cujas cláusulas são pré-estabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 2002, p. 58)

Para que se tenha caracterizada a contratação por adesão, alguns elementos se fazem essenciais, como por exemplo, o consentimento da parte que adere, ou ainda que a totalidade ou a parte mais significativa do conteúdo seja constituída de cláusulas contratuais gerais e que não se possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo.

César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto ensinam que: *“É característica essencial do contrato de adesão que, no mínimo, sua parte mais significativa seja composta por cláusulas contratuais gerais, pouco importando que se permita o debate de algumas cláusulas ou a inclusão de outras”*. (FIUZA; ROBERTO, 2002, p. 79)⁴

Como nos contratos de adesão o consumidor aceita em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, na maioria das vezes aquele sequer lê completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Portanto, deveria existir um dever de transparência, ou seja, o contratante deveria ser informado, ter conhecimento do conteúdo do contrato. Além disso, o contrato de adesão deverá ser redigido de forma a possibilitar a sua compreensão pelo homem médio, comum.

Os contratos de adesão servem principalmente aos interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura, por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e às vezes implícita, resguardar preferencialmente seus interesses, eliminar para si todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de suas responsabilidades, fixar ao outro prazos exíguos para a prática de atos, para a manifestação de vontades ou o exercício de direitos.

Nada prevê contra si, mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas, pelo mínimo descumprimento por parte do aceitante. Ou seja, servem

⁴ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 79

de bom exemplo para evidenciar a superioridade de uma parte sobre a outra, superioridade intelectual, econômica social e jurídica.

As características dos contratos de adesão são a uniformidade, ou seja, são cláusulas de caráter geral para um número indeterminado de pessoas, e é o mesmo contrato para todos os seus usuários; a pré-determinação, pois uma das partes estabelece previamente o conteúdo do contrato; a rigidez, que se faz presente tendo em vista a dificuldade quanto à alteração do contrato, não havendo discussão, negociação, nem alteração, salvo se o fornecedor desejar; e a aceitação, que é a mera adesão do cliente, caso queira.

A existência de um contrato de adesão numa sociedade de massa não traz problema, porque o contrato de adesão garante a rapidez do negócio e a sua segurança. A função do contrato de adesão é, portanto, agilizar os negócios jurídicos, democratizando as relações negociais, possibilitando que um maior número de contratantes tenha acesso aos bens. É uma função estreitamente relacionada à vida econômica e social.

Mas o que se indaga é para quem é dirigida essa rapidez e segurança, porque há um benefício maior para o fornecedor do que para o consumidor. E esse, para ter segurança, precisa recorrer ao Judiciário para questioná-lo, porque não existe a fase de pré-negociação.

Por isso a necessidade de todos os instrumentos que garantam um equilíbrio contratual.

Portanto, os contratos de adesão refletem uma realidade dos dias atuais, como forma de simplificar e otimizar as relações contratuais, especialmente as de consumo. Não deve ser lembrado apenas pelas suas desvantagens, como a possibilidade da existência de cláusulas abusivas, mas, pelo contrário, deve-se buscar, a cada dia, o aperfeiçoamento desses contratos, através de leis específicas e por meio do controle e da intervenção estatal, no sentido de manter íntegro o princípio da igualdade contratual. (MARQUES, 2002)⁵

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58

3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Cláusulas contratuais gerais são aquelas unilateralmente pré-elaboradas por um dos contratantes para um número indeterminado de futuros contratos, que podem ou não ser inseridas no documento contratual.

Normalmente, não estão escritas no contrato, podem vir anexas, de forma separada, como também podem integrar o contrato, não tendo o consumidor conhecimento de que se trata de uma condição geral do contrato. Podem ser entendidas como regras contratuais predispostas unilateralmente, podendo estar isoladas ou inseridas de forma uniforme, obrigatória e inalterável em uma variedade de contratos, em especial nos de adesão.

Ostentam as características de predisposição unilateral, generalidade e uniformidade, abstração, inalterabilidade e a sua eficácia concreta depende de integração.

Segundo o magistério de Cláudia Lima Marques⁶,

podem constituir uma parte externa ao contrato, um anexo, um cartaz afixado no estabelecimento, ou, ao contrário, podem estar inseridas no texto do documento contratual, não importando a sua extensão, o modo como estão escritas, a sua autoria ou a forma e tipo do contrato. (MARQUES, 2002, p. 68)

A condição geral do contrato não é expressão sinônima de contrato de adesão. Quando ela se concretiza e vai para um contrato escrito, aí sim, transforma a sua natureza jurídica num contrato de adesão. A distinção ocorre numa relação entre conteúdo e continente, matéria e instrumento. O contrato é o instrumento que formaliza as cláusulas já predispostas e oferecidas antes mesmo da conclusão do ajuste com o aderente.

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, não se terá mais uma cláusula geral, mas um contrato de adesão.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68.

Marco Aurélio Ventura Peixoto⁷ esclarece: “*Vê-se, pois, que condições gerais do contrato e contrato de adesão representam dois momentos cronologicamente diversos, mas inseridos em um mesmo fenômeno*”. (PEIXOTO, 2000).

Desta feita, mister concluir que há duas distinções características e marcantes entre contrato de adesão e condições gerais dos contratos. A primeira delas é que no contrato de adesão temos uma mínima possibilidade de mudança.

Na doutrina, a palavra contrato de adesão também é reconhecida como contrato formulário, que é aquele contrato que só tem um espaço para qualificar o consumidor, e o conteúdo é o mesmo em todos os contratos; já nas condições gerais dos contratos, não há nenhuma possibilidade de mudança a partir da discussão com o consumidor.

A segunda delas é que o contrato de adesão é necessariamente escrito, o que não ocorre com a cláusula geral.

As cláusulas contratuais gerais são instrumentos fortes para alterar o equilíbrio contratual entre as partes por permitirem que uma parte mande na relação contratual.

Por isso, devem elas ser devidamente reguladas e observadas pelo Estado, em especial, em ajustes de longa duração em que há uma parte hipossuficiente, evitando desigualdades contratuais.

4 CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

A dinamicidade da vida de relação e as novas fronteiras e caminhos abertos na vida social trouxeram novos desafios para a teoria geral dos contratos. O equilíbrio contratual tem sido revisto a partir de uma leitura dinâmica, diante das novas formas de contratação em massa e dos novos serviços ofertados, além das necessidades criadas ou surgidas na sociedade contemporânea, em que as partes não estão em um mesmo patamar apto à

⁷ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão**. Jus Navigandi, Teresina, Ano.5, n.47, nov/2000.

deliberação equilibrada dos termos contratuais.

Darcy Bessone⁸, citando lição de Cosetini, ensina que a liberdade,

não seja o capricho, nem o exercício da força individual, nem uma faculdade ilimitada de satisfazer suas próprias utilidades e de fazer do homem um espoliado, mas que, ao contrário, se subordine sempre aos interesses sociais, às relações da vida em comum, e reconheça um valor absoluto à personalidade humana. (BESSONE, 1960, p. 51)

Os contratos cativos de longa duração representam de modo mais intenso essas relações contratuais, pois se constituem em contratos de adesão formados a partir de fortes campanhas de propaganda na busca da captação de clientes, da qual se extrai a nota de catividade. Outro ponto central dessa forma de contratação é o fator tempo, pois são contratos de execução protraída no tempo. E ainda, por fim, a característica de essencialidade de seu objeto no mundo atual.

Confrontando-se os princípios contratuais clássicos com os contratos cativos de longa duração, percebemos a necessidade de um estudo mais aprofundado da busca da permanência do estado das relações jurídicas num patamar mais equilibrado, da pré-contratação até a extinção do contrato, seja em sem âmbito interno ou externo.

Os contratos cativos de longa duração são contratos de adesão, conforme já salientado, considerados uma nova geração de contratos de massa, que têm por objeto a prestação de serviços de essencialidade no mundo contemporâneo.

São exemplos desses contratos, segundo o magistério de Cláudia Lima Marques⁹,

os contratos bancários, de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone. (MARQUES, 2002, p. 81)

⁸ BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 51

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81

A expressão “contratos cativos de longa duração” foi criada pela doutrinadora Cláudia Lima Marques a partir da utilização da expressão “longa duração” ou “larga duración” de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁰, à qual foi agregada a partícula cativos, de Carlos Alberto Ghersi, para representar a posição de catividade dos clientes consumidores na conclusão do contrato.

A catividade, assim denominada para representar a posição de dependência dos consumidores, nasceu tendo em vista a grande quantidade de serviços ofertados de forma massificada, no contexto do mundo consumista, da publicidade de massa e de campanhas de marketing agressivas, que prometem ao consumidor segurança futura em várias áreas, como saúde educação, crédito e informação.

A catividade representa, segundo Cláudia Lima Marques¹¹ “*a promessa de algo futuro, que servirá como elemento impulsionador da relação contratual para a perpetuidade*”. (MARQUES, 2002, p. 81).

A longa duração dessa nova forma contratual demonstra que a execução do contrato estende-se por longo tempo, talvez mesmo por toda a existência daquele contratante que a ela aderiu.

Não são contratos de execução instantânea e também não podem ser confundidos com contratos de execução diferida. São ajustes com vigência e periodicidade renovadas durante vários anos ou durante toda uma vida, dada a essencialidade de seu objeto.

Lorenzetti¹² entende que há certa semelhança entre contratos de longa duração e contratos de execução diferida, porque em ambos o tempo é juridicamente relevante. Contudo, ressalva que

“*o tempo nos contratos de larga duração é essencial para o cumprimento, diferentemente dos contratos de execução diferida, em que o tempo é acessório*”. (LORENZETTI, 1999, p. 119)

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 113. t.1.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. I, p. 119.

O objeto dos contratos cativos de longa duração são, via de regra, serviços de importância fundamental, como crédito, educação, saúde e informação, que fazem parte da vida cotidiana, e cujo acesso assegura, ou ao menos visa assegurar, um futuro melhor, com a maximização dos potenciais de trabalho e lazer.

A respeito da essencialidade de bens, Tereza Negreiros elabora uma nova teoria contratual à luz do paradigma da essencialidade dos bens objeto dos contratos, classificando os bens em essenciais, úteis e supérfluos, tomando por referencial o enfoque existencial dos bens em relação à pessoa.

Segundo a autora¹³, a caracterização do bem contratado

deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influenciando 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. (NEGREIROS, 2002, p. 380)

Três características parecem, pois, ser essenciais nesse fenômeno contratual: a catividade, o tempo e o objeto contratual.

Nesse passo, os contratos cativos de longa duração trazem consigo a junção das noções de tempo e de equilíbrio nas relações contratuais, sob a nota da catividade e da essencialidade de seu objeto.

No contexto ora adotado, levando-se em consideração a contratação em massa, mediante contratos de adesão, em uma sociedade de consumo, o adjetivo 'cativo' adquire duas conotações paradoxais: significa, de um lado, atrair a simpatia, seduzir e, de outro, significa tornar escravo, subjugar.

O mundo contemporâneo exige a aquisição de certos serviços essenciais, ou de relativa essencialidade, para o pleno desenvolvimento do potencial humano.

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques¹⁴, é o mundo da sociedade de consumo de "*bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos*

¹³ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 380

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79

agressivos de marketing, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro” (MARQUES, 2002, p. 79).

O consumidor é premido por necessidades antes inexistentes ou ao menos inexploradas. Tereza Negreiros ensina¹⁵ que

o critério da utilidade do bem, avaliada esta em relação à pessoa – e não ao bem principal a que o acessório esteja vinculado - , constitui um caminho nesta busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade. (NEGREIROS, 2002, p. 37)

São serviços novos, considerados pela sociedade contemporânea tipicamente essenciais, demandando, a bem dizer, disciplina própria, como ensina, mais uma vez, Cláudia Lima Marques¹⁶, ponderando que

o novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar nova disciplina. (MARQUES, 2002, p. 80)

Serviços como segurança, saúde, crédito e educação adquirem relevo na medida em que o acesso a eles é feito através de contratações que podem se prolongar por toda a vida do contratante, já que determinados bens ou serviços são indispensáveis ao desenvolvimento das relações interpessoais hodiernas.

Por isso é que o consumidor é constantemente atraído por fortes campanhas de marketing para adentrar um mundo cheio de facilidades e segurança, dando ensejo a que informação, lazer, saúde, crédito e educação passem a ser objeto de contratação perpétua.

Em outras palavras, os serviços objeto dos contratos cativos de longa duração confundem-se, no mundo contemporâneo, com a existência da pessoa. Por exemplo, o crédito, cujo acesso se restringiu após a crise econômica mundial, continua sendo fundamental para a aquisição de bens e

¹⁵ NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80

serviços. Os seguros de saúde médico-hospitalar trazem a garantia de um serviço básico teoricamente caro com contraprestações diluídas no tempo. A internet e a telefonia a cabo potencializam as formas de trabalho e lazer.

Enfim, são serviços que acabam por levar a efeito uma integração na vida das pessoas como se a ela fossem inerentes, inevitáveis, fazendo parte da própria existência humana.

Sob certo enfoque, os contratos ora analisados poderiam ser chamados de contratos existenciais, tipicamente incompletos, pela impossibilidade humana de previsão de determinadas contingências, somente vislumbráveis ao longo da contratação.

Nas palavras de Lorenzetti¹⁷, *“o tempo é um elemento que tem modificado substancialmente o modo de apreciar as obrigações na contratação moderna”*. (LORENZETTI, 1999, p. 115)

A continuidade da execução dos contratos cativos nos mostra a importância de se regular constantemente a paridade entre os contratantes em busca da manutenção do equilíbrio contratual, já que estes instrumentos podem se desenvolver por toda uma vida, ou quase toda ela.

O contrato tem que ser uma troca equilibrada. Nos contratos de execução instantânea o fator temporal não tem importância. Dada a rapidez na conclusão e execução do contrato, o tempo tem pouco ou nenhum relevo. Por isto, nestes contratos, o equilíbrio é instantâneo.

Nos contratos de execução diferida o tempo assume larga importância e repercute no equilíbrio contratual, mormente em se considerando que tempo e equilíbrio são aspectos centrais das relações contratuais cativas de longa duração.

Lorenzetti¹⁸ chega mesmo a afirmar que: *“Neste momento dinâmico as prestações prometidas podem se cumprir de forma imediata ou diferida. No primeiro caso o tempo é irrelevante, eis que não é levado em consideração pelas partes”* (LORENZETTI, 1999, p. 118).

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. I, p. 115

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. I, p.118

Nos contratos cativos de longa duração o tempo e o equilíbrio são sopesados ainda mais intensamente, haja vista a catividade presente na formação dos contratos, a perenidade da execução, que, conforme já demonstrado, pode durar toda uma vida, ou grande parte dela, e pela natureza do objeto, notadamente serviços que, em maior ou menor grau, são indispensáveis ao desenvolvimento pleno da vida humana na contemporaneidade.

Vale anotar que a perenidade acaba por evidenciar que os contratos cativos sofrem alterações decorrentes da própria dinâmica da vida social. A desvalorização da moeda, a perda ou alteração do significado do objeto contratual, as inovações tecnológicas e outras várias circunstâncias provocarão nesses contratos mudanças que podem levá-lo a um desequilíbrio.

Neste aspecto, os riscos de mudança presentes na sociedade devem ser suportados pelo parceiro contratual mais forte, com mais condições de arcar com o teórico desequilíbrio contratual derivado da própria alteração dinâmica da sociedade. Calcular e partilhar riscos em uma sociedade consumista influenciada por agressivas campanhas de marketing não leva à esperada justiça distributiva necessária à própria manutenção equilibrada das relações contratuais.

Em muitas situações o advento de novas realidades sociais durante a vida do contrato poderá causar dificuldades de manutenção do sinalagma genético do pacto, exigindo redobrada atenção das partes para evitar a ocorrência do desequilíbrio. Como ensina Lorenzetti¹⁹, obra que nos permitiremos recorrer mais uma vez, tendo em vista a especificidade do tema, o aspecto da correspectividade sistemática das prestações contratuais

tem uma fundamental importância nos contratos discricionários para buscar o equilíbrio, a reciprocidade, a comutatividade entre o que dá e entrega cada parte no momento celebrar o contrato e ao longo de sua execução, e fundamenta a exceção do contrato não cumprido, o pacto comissório e a onerosidade excessiva superveniente. (LORENZETTI, 1999, p. 67).

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. 1 p.67.

Com efeito, os mecanismos legislativos de regramento positivo pela técnica da casuística são insuficientes para regular as alterações do equilíbrio contratual, seja no âmbito interno ou externo da relação, já que o tempo traz uma série de alterações impossíveis de serem previstas legislativamente.

Assim, mister a análise das normas clássicas e contemporâneas que regem tais relações, sempre sob a ótica da catividade e do tempo, sem se esquecer, à toda evidência, da importância que tem neste contexto o objeto contratual.

5 COOPERAÇÃO E BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE LONGO PRAZO

A cooperação entre as partes torna-se essencial se alicerçarmos na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais, o que poderia ser compensado pelo aprofundamento das relações de confiança e solidariedade.

Cooperação aqui pode ser definida como a associação com outrem para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus, o que não é característica inerente aos contratos de adesão, mas pode ser inserida no contexto dos contratos de longo prazo, desde que se considere a diminuição dos custos de transação quando da execução do objeto contratual, derivada do esforço comum das partes cooperantes.

No conceito de solidariedade encontramos a idéia de uma unidade que produz ou está baseada na comunidade de interesses, objetivos, valores e padrões. A solidariedade pode estar baseada numa relação cooperativa, mas o importante a destacar é o fato de que se reporta a uma comunidade de valores e interesses e, neste sentido, ela tem um caráter necessariamente moral. (SZTAJN, 2005)²⁰

²⁰ SZTAJN, Rachel. **Law and economics**: Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Ronaldo Porto Macedo Júnior²¹, em brilhante trabalho que fez parte de uma pesquisa mais ampla que serviu de base para tese de doutoramento acerca da Teoria Contratual Relacional e Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro, acentua, a respeito da boa-fé, que:

O conceito de boa-fé vem ganhando importância cada vez mais destacada no âmbito da doutrina e prática contratual contemporâneas, constituindo-se, em boa medida na principal norma de ligação dos princípios de cooperação, confiança e solidariedade no direito contratual moderno.

Na perspectiva relacional, a boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual. Dentro desta visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe e não apenas porque uma promessa individual a estipulou. Outros objetivos e valores da sociedade, como as idéias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor consagra tal princípio de maneira expressa em seu artigo 6. Vale notar, que superando a idéia clássica já presente no Código Civil de 1916 da boa-fé subjetiva, o novo sistema de proteção do consumidor brasileiro contemplou o princípio da boa-fé objetiva, que identifica o princípio na dinâmica efetiva da relação contratual e não apenas no âmbito da expectativa subjetiva do sujeito contratante.

Para a teoria relacional, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais (artigo 6, V, do Código de Defesa do Consumidor). 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, a confiança, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhe é subjacente. A boa-fé permite pensar o comportamento adequado dos agentes contratuais em diferentes contextos, conforme os contornos e significados de cada relação contratual concretamente existente. Ela funciona como uma verdadeira “norma de calibração” da teoria contratual relacional.

Vale notar, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal que a esgote, na medida em que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais. (MACEDO JÚNIOR, 2000.)

O autor ressalta também que os elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional podem ser sintetizados dessa forma, de maneira que se possa percebê-los adentrando na teoria dos contratos de longo prazo, já que no limite da boa-fé estão exatamente caracterizados os pressupostos destes instrumentos, ou seja, aqueles que acabam por impedir a elaboração de contratos completos, que são a racionalidade limitada, o oportunismo e mesmo a assimetria de informações.

O festejado autor complementa, então, seu raciocínio, pontuando ainda que:

²¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no direito brasileiro**. 2000.

Em primeiro lugar, a boa-fé lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes.

Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios.

Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio.²². (MACEDO JÚNIOR, 2000).

Através da boa-fé, se reconhece que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais, como pode parecer. Sua presença, portanto, não poderia ser dispensada a nenhum tipo de contratação, mas sua importância se faz mais visível quando se trata de contratos incompletos e relacionais.

6 CONTRATOS INCOMPLETOS

Antes de adentrar na definição de contratos incompletos, cabe uma breve consideração do que seriam contratos completos, caso seja possível admitir-se a viabilidade de sua existência. Assim, 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 delinearía 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 completo (e complexo) seria proibitivo.

Nestas circunstâncias, também seriam elevados os custos de policiamento e de solução de disputas com obrigatoriedade por força de lei em cortes jurídicas, quando da detecção de violações, o que nos leva a crer que

dificilmente as práticas empresariais chegarão a ponto de elaborar contratos que sejam considerados no todo completos, com previsão de todas as possíveis contingências.

Assim, poderíamos definir 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.

Portanto, pode-se intuir que, de alguma forma, os contratos de longo prazo serão sempre incompletos, assim como os de execução diferida, nestes incluídos, *v.g.*, os contratos cativos de longa duração. (MARQUES 2002; MACEDO JÚNIOR, 1998)

A teoria da incompletude dos contratos enseja, portanto, a aplicação de preceitos da economia ao direito, sendo mister o estudo dos custos de transação, que analisa as características dos diversos tipos de relacionamento entre os agentes econômicos.

Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados irão se efetivar, e esta é a regra geral, não a exceção, pois a execução e cumprimento dos ajustes estão sempre na dependência de fatores externos, normalmente imprevisíveis no momento da contratação.

Outra razão que se pode citar é o fato de os indivíduos possuírem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual.

Também a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transação, pois nem sempre as condições averiguadas no momento da contratação coincidem com as da execução, principalmente naqueles ajustes de longo prazo. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações.

²² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no direito brasileiro**. 2008.

Pode-se concluir, então, que os contratos definidos entre os agentes econômicos são efetivamente incompletos, uma vez que não existe a capacidade para antecipar todas as contingências futuras, mesmo levando-se em conta que nenhum dos contratantes tornar-se-á inadimplente durante ou após a contratação. (SZTAJN, 2005)²³.

Como pontua Décio Zylbersztajn²⁴:

Se pudéssemos desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento não ético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda.

O conflito entre a ortodoxia e a economia das organizações pode ser relativizado ao afirmar-se que a economia ortodoxa foi desenhada para estudar o funcionamento dos mercados e o papel dos preços, mas não o papel, a estrutura e a operação das organizações. A isto sobrepõe-se o conceito dos custos do funcionamento dos mercados, para marcar nitidamente o foco de um novo campo para o estudo das organizações.

Se as organizações modernas podem ser entendidas como um nexo de contratos, o comportamento dos agentes que são partícipes dos contratos bem como as instituições que os garantem assumem grande importância.

Comportamento cooperativo e benigno quando contrastado com comportamento oportunista terá conseqüências para o desenho das organizações, daí a sua ligação com a ética nas organizações. (ZYLBERSZTAJN, 2008).

Quis o doutrinador dizer que a teoria dos contratos incompletos aborda as conseqüências das imperfeições surgidas durante a formação do contrato, seja pela falta de ética, o que englobaria o já citado oportunismo, seja pela racionalidade limitada, sempre presente na elaboração contratual, ou mesmo pela assimetria informacional, que pode ser, inclusive, proposital.

Apesar do enorme estudo, análise e pesquisa antes da elaboração do contrato, este pode não ser perfeito, e quase nunca o é, visto que existe a possibilidade das partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros (racionalidade limitada).

Diante de uma situação que requeira a elaboração de um contrato

²³ SZTAJN, Rachel. **Law and economics**: Direito & economia. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

²⁴ ZYLBERSTAJN, Décio. **A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações**. 2008.

incompleto, as partes devem se preocupar com a necessidade de adaptação em caso de mudanças das circunstâncias. Conforme as contingências vão surgindo, as partes envolvidas devem lidar com os eventos, exigindo algum grau de discernimento durante a execução do contrato. Neste caso, o desejo por acordos flexíveis pode ser preferível.

Sobre o tema, importante colacionar a lição de Armando Castelar Pinheiro²⁵:

Dois elementos, implícitos ou explícitos, de qualquer transação são a previsão dos fatores de risco que podem impedir a sua realização conforme desejam as partes e a definição de como as mesmas se ajustarão a essa ocorrência. Em tese, esses dois elementos deveriam constar explicitamente dos contratos, formais ou informais, que sustentam cada transação. Mas os contratos são, em geral, incompletos, seja porque as partes podem, inadvertidamente, esquecer de incluir alguma contingência, seja porque, propositalmente, se decide não especificar todas as possibilidades futuras no contrato.

Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto.

O nível ótimo de lacunas contratuais dependerá dos riscos e do custo de tornar o contrato mais completo. A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato. (PINHEIRO, 2005)

O autor do texto já não considera, neste ponto, a impossibilidade de se redigir contratos completos, mas sim sua conveniência, haja vista o fato de que o desenho contratual que considera todas as contingências possíveis teria um custo proibitivo.

Esta é uma visão muito mais econômica que jurídica, pois não considera contratos de curta ou imediata duração e execução em que, mesmo que exaurido seu objeto, não perde sua característica de incompleto.

²⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro: Revista do IPEA, 2005

7 CONCLUSÃO

Os contratos são os instrumentos jurídicos que regulamentam a atividade empresarial, mas a atividade produtiva não pode nem deve ser estudada somente sob o aspecto do preço, mas também levando em consideração a alocação de recursos, com o que há que se abordar as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos.

As relações contratuais, entendidas como os móveis que dinamizam o sistema econômico capitalista, em que pese nascerem das vontades declaradas pelas partes, certamente delas se desprendem para agir no mercado e na vida econômica encadeando as mais diversas facetas da vida na economia. Em uma sociedade massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados.

Os contratos de longo prazo são essencialmente incompletos, sendo mesmo discutível a existência dos completos, que seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação para cada estado da natureza futuro, o que dispensaria verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.

Contudo, o custo da especificação das possíveis contingências futuras, de policiamento e de solução de disputas em um contrato teoricamente completo seria proibitivo, o que nos leva a crer que, seja por oportunidade, por conveniência, por limitações racionais ou por esquecimento, todos os contratos, de alguma forma ou de outra, deixariam ganhos potenciais da transação irrealizados, qualquer que sejam eles, uma vez que as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados irão se efetivar.

Por isso, todos seriam incompletos.

A razão maior é que, além da assimetria informacional, inerente às fases

preliminares dos contratos, os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação e pela solidariedade das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual.

Dessa forma, as partes somente conseguiriam lidar com os riscos legais através do princípio da boa-fé objetiva, tanto na conclusão e durante a execução do contrato, quanto durante a fase pós-contratual, que eliminaria a necessidade da excessiva previsão de contingências.

Nesse sentido, se o direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é possível conciliar a justiça e a eficiência.

8 REFERÊNCIAS

BESSONE, Darcy. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais no direito brasileiro**. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 06 jun. 2008

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

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

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. **Jus Navigandi**, Teresina, a.5, n.47, nov/2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=708>>. Acesso em: 23 set. 2008

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Rio de Janeiro: Revista do IPEA, 2005

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. São Paulo: Saraiva, 1995. v.3

SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Curso de law & economics**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005

SADDI, Jairo, PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro:Campus, 2003

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

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

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004

SZTAJN, Raquel. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. Associações e sociedades. São Paulo: Malheiros, 2002

ZYLBERSTAJN, Décio, SZTAJN, Raquel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

ZYLBERSTAJN, Décio. **A organização ética**: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações. Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm>. Acesso em: 05 maio 2008