PAULO DÓRON REHDER DE ARAUJO

**PRORROGAÇÃO COMPULSÓRIA DE
CONTRATOS A PRAZO**

Pressupostos para sua ocorrência

PROFESSORA ORIENTADORA:

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2011

PAULO DÓRON REHDER DE ARAUJO

**PRORROGAÇÃO COMPULSÓRIA DE
CONTRATOS A PRAZO**

Pressupostos para sua ocorrência

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco como exigência parcial para obtenção do título de Doutor pela Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Titular de Direito Civil Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2011

Banca Examinadora

*A três grandes homens:
Acyr Rehder,
Paulo Amarante de Araujo e
Antonio Junqueira de Azevedo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, Angélica e Carlos, pelo apoio incondicional e por terem me transmitido o amor pelos assuntos acadêmicos e pela docência. À minha irmã Andréa, por saber o que esperar de mim, sempre. Aos meus avós Hermínia, Acyr, Lúcia e Paulo. À minha amada noiva Flávia, pelo suporte nas horas mais difíceis, pela renúncia, pela paciência, pela disposição infinita. A meu grande companheiro, amigo, irmão e sócio Kleber, pela paciência, pelas lições e pela lealdade. A meus amigos-sócios ou sócios-amigos Renato e Pedro, por compreender, respeitar e incentivar minha veia acadêmica. A Gustavo, Leonardo, Hélio, Henrique Coube, Mauro, Ricardo Sá, Victor, Tiago, Nicolau, Henrique Oliveira, Rogério, Estevam, Rubens Cury, Eduardo, Ricardo Simão, Olavo, Luís Henrique, Rubens Vidigal Neto, Ricardo Quartim, Almir e Ricardo Barichello, simplesmente por serem amigos. À Janaina Mesquita Vaz pelo auxílio imprescindível para as pesquisas que levaram a esta tese. À Professora Maria Ignez de Assis Moura, pela ajuda com os dados estatísticos. À Camila Nakamura, que se propôs à missão de ler, fazer a revisão final e padronizar as notas de rodapé deste trabalho. A Leonardo Sperb Paola, pela prontidão em colaborar. A Wanderley Fernandes, pela ousadia e coragem de me deixar lecionar pela primeira e por muitas outras vezes. A Flávio Tartuce, pela oportunidade e pelos debates. Ao Professor Cristiano de Souza Zanetti, pela ajuda na definição dos rumos deste trabalho. A Lúcia Ancona Lopes Magalhães Dias, Gabriele Tusa e Luciano de Camargo Penteado, pelos debates e ensinamentos. Aos Professores José Fernando Simão e Cláudio Bueno de Godoy, pelos comentários e críticas durante o exame de qualificação. Aos professores Teresa Ancona Lopes, Silmara Chinelato, Paula Andréa Forgioni, Eros Grau, Nestor Duarte, João Alberto Shutzer Del Nero, Heleno Tôrres, Marcelo Neves, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, pelas lições dentro e fora da sala de aula. À Professora Giselda Hironaka, pelo braço amigo na hora incerta, acolhendo-me como orientado e conduzindo-me até aqui. E finalmente, a Antonio Junqueira de Azevedo, onde quer que ele esteja, grande mestre e grande homem, meu eterno Professor, responsável por colocar em mim a chama da paixão pelo Direito Civil e por me transmitir o apego pelo rigor científico e pela técnica jurídica.

RESUMO

Os contratos de longa duração são funcionalmente diferentes porque são feitos para durar. O tempo, que neles passa como um cicloide, é elemento essencial de sua causa. Estruturalmente, tais contratos são incompletos, por isso relacionais.

Os novos princípios contratuais têm atuação específica na prorrogação dos contratos de longa duração a prazo. Para que o contrato atinja sua função é preciso preservar sua duração útil e sua duração justa, o que justifica a prorrogação. Por meio da boa-fé objetiva é possível prorrogar o contrato para corresponder a expectativas legítimas de uma das partes. A extinção desses contratos pode levar ao desequilíbrio do sinalagma funcional, por conta da abrupta transferência de custos inesperados à parte contratual mais fraca, isto é, economicamente dependente.

Na prática, a relação entre as partes tende a se distanciar do texto contratual. Nos tribunais, contratos de consumo comportam prorrogação compulsória mais facilmente que contratos empresariais. Nos primeiros, a dependência econômica é presumida; nos últimos, não. A posição dominante da jurisprudência demonstra que provar dependência econômica não é fácil.

O legislador atuou casuisticamente para facilitar a prova da dependência econômica e tutelar a duração útil e justa de alguns contratos em espécie. O art. 473 do Código Civil é norma geral a regular a denúncia unilateral de contratos. Ele se aplica a relações a prazo em três casos: (i) contratos celebrados apenas formalmente com prazo, (ii) contratos renovados sucessivamente com criação de expectativa de prolongamento indefinido do vínculo e (iii) contratos em que o comportamento das partes revela intenção de prorrogar o vínculo para além do termo original. Além das três hipóteses abarcadas pelo art. 473, há o caso de prorrogação compulsória de contratos pactuados com prazo original inferior à duração justa.

Assim, os pressupostos que permitem a prorrogação compulsória de contratos a prazo são: (i) ser o contrato de longa duração; (ii) haver investimentos consideráveis de uma das partes cuja recuperação ou amortização não seja possível antes do termo final pactuado originalmente; (iii) existir expectativa legítima, gerada pela outra parte, de prolongamento do vínculo para além do termo final contratado e (iv) configurar-se situação de dependência econômica, em maior ou menor grau.

Palavras chave: **contrato – prazo – prorrogação – resilição – denúncia.**

ABSTRACT

Long-term contracts are functionally different because they are made to last. Time passes them as a cycloid and is an essential element of their cause. Structurally, these contracts are incomplete, so relational.

New contractual principles play a specific role regarding long-term contracts forced prorogation. It is necessary to preserve contract's utile and fair duration to achieve its expected aims, what justifies extending the contract term until the goal is reached. Good faith reasons allow one to extend contract duration to match the legitimate expectations of a party. Termination of long-term contracts can lead to contractual imbalance, caused by transfer of unexpected costs to the weaker contractual party, who is economically dependent.

As a matter of fact, the parties contractual relationship tend to hold off from the contract text. In courts, consumer contracts include mandatory extension more easily than business contracts. In the first, economic dependence is assumed; in the latter, not. The majority of the precedents show that economic dependence is not easy to prove.

Contract law was caustic in facilitating economic dependence proof or in safeguarding the fair and utile duration of certain contracts. The Civil Code article 473 is the general rule that regulates contract termination. It applies to relations with a term in three cases: (i) contracts that only formally prescribe a term; (ii) contracts successively renewed with creating the expectation of indefinite extension of the bond and (iii) contracts where the parties' behavior reveals intention to extend the bond beyond the original term. Besides the three cases embraced by the article 473, it is also possible to prorogate the bond's duration when the original term agreed by the parties lasts less than the fair duration of the contract.

Thus, to characterize a compulsory extension hypothesis regarding a contract with defined term it takes: (i) a long-term contract, (ii) considerable investment of a party whose recovery or amortization is not possible before the expiration date originally agreed upon, (iii) legitimate expectation generated by the other party to extend the relationship beyond the contract expiration and (iv) a situation of economic dependence, in a greater or lesser degree.

Key words: **contract – term – prorogation – renewal – termination.**

RESUMÉ

Les contrats successifs sont fonctionnellement différents parce qu'ils sont faits pour durer. Le temps, qui passe comme une cycloïde dans ces contrats, est l'élément essentiel de leur cause. Structurellement ces contrats sont incomplets, donc relationnels.

Les nouveaux principes contractuels travaillent spécifiquement pour prolonger les contrats successifs. Pour réaliser la fonction du contrat, c'est possible de préserver sa durée utile et sa durée juste par l'emploi de la prorogation forcée. La bonne-foi permet prolonger le contrat successif pour répondre aux attentes légitimes d'une des parties. La cessation de ces contrats peut conduire à leur déséquilibre, en raison des coûts brusquement transférés à la partie la plus faible, qui est économiquement dépendante.

En réalité, la relation entre les parties tend à se distancer du texte contractuel. Aux tribunaux, les contrats de consommation admettent prorogation obligatoire plus facilement que les contrats commerciaux. Dans les premiers, la dépendance économique est prise en charge; dans les derniers, pas. La position dominante de la jurisprudence démontre que la dépendance économique ne se révèle pas facilement.

Le législateur a agi au cas par cas afin de faciliter la preuve de la dépendance économique et à protéger les durées juste et utile de certains contrats. L'article 473 du Code Civil est la règle générale pour régir la résiliation unilatérale du contrat. Il s'applique aux rapports à durée déterminée dans les trois cas: (i) contrats dont la durée est seulement formellement déterminée, (ii) contrats renouvelés à plusieurs reprises avec création de confiance de prorogation indéfinie du rapport et (iii) contrats où la conduite des parties révèle l'intention de étendre les obligations au-delà de la durée initiale. En plus de ces trois hypothèses, il y a encore le cas d'extension obligatoire du contrat conclu avec une échéance initiale plus courte que sa durée juste.

Ainsi, les conditions qui permettent la prorogation des contrats à durée déterminée sont les suivantes: (i) contrat successif, (ii) investissements considérables d'un parti dont la récupération ou de l'amortissement n'est pas possible avant la date d'expiration initialement convenue, (iii) confiance légitime générée par l'autre partie de prolongement du rapport au-delà de l'expiration du contrat et (iv) situation de dépendance économique, à un degré plus ou moins intense.

Mots clés: **contrat – successif – durée – prorogation – résiliation.**

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AIDD – Agravo de Instrumento contra Decisão Denegatória

Ap. Civ. – Apelação Cível

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

cit. – já citado anteriormente

Des. – Desembargador

EmbDecl – Embargos Declaratórios

EI – Embargos Infringentes

j. – julgado

LGDJ – Librerie Generale de Droit et Jurisprudence

p. – página

pp. – páginas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

REsp – Recurso Especial

RT - Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJMT – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

REGRAS DE CITAÇÃO

Nas notas de rodapé ao longo do texto, quando citamos a obra pela primeira vez, procuramos fazer a referência completa, indicando o nome do autor em ordem direta, o título da obra em *itálico*, volume ou tomo, edição, cidade, editora, ano e página.

Em caso de citação de capítulo ou parte de obra, adotamos as seguintes diretrizes de identificação da fonte.

Se a obra é de vários autores, inserimos o nome do autor da parte citada em ordem direta, *título da parte em itálico*, a expressão latina “in”, nome do(s) coordenador(es) em ordem direta seguida da designação [coord.] ou [org.], *título da obra em itálico*, volume ou tomo, edição, local, editora, ano e página.

Se de mesmo autor, inserimos o nome do autor em ordem direta, *título da parte em itálico*, a partícula latina “in”, *título da obra em itálico*, volume ou tomo, edição, local, editora, ano e página.

Para artigos e textos de periódicos, citamos o nome do autor em ordem direta, *título do artigo em itálico*, a partícula latina “in” seguida do título da revista, volume ou número, ano/mês, página.

Para citar julgados, referimos o NOME DO TRIBUNAL EM CAIXA ALTA, nome abreviado e número do recurso, nome do relator, nome do órgão julgador, data do julgamento.

A partir da segunda referência do mesmo autor e da mesma obra, citamos o nome do autor em ordem direta, a expressão *ob. cit.* em *itálico* e o número da página.

Em caso de autores com mais de uma obra, citamos o nome do autor em ordem direta, o *início do título da obra ou de parte de obra em itálico até ser possível sua identificação seguida de reticências*, a expressão “cit.” e a página.

Para duas referências seguidas do mesmo autor usamos *idem* e a página. Se a página coincidir citamos como *idem*, *ibidem*.

Embora as notas de rodapé contenham todos os dados necessários para a conferência da fonte referida, para fins de facilitação de consulta incluímos ao final deste trabalho lista de obras organizadas por ordem alfabética de sobrenome de autor e lista de julgados organizada por Tribunal, mencionando o nome abreviado do recurso, seu número e o sítio eletrônico onde o inteiro teor pode ser encontrado mediante a busca pelo número.

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	17
PARTE I – ASPECTOS TEÓRICOS	
1. Definições Terminológicas iniciais.....	37
1.1. Contrato e relação jurídico-contratual.....	37
1.2. Conceitos relativos ao tempo do contrato.....	42
1.2.1. Significado técnico da palavra “prazo”.....	42
1.2.2. Definição de prorrogação e renovação do contrato.....	42
1.3. Modos de extinção do contrato: resolução e rescisão.....	48
2. O tempo no contrato.....	54
2.1. A noção de tempo no contrato.....	55
2.2. A concepção voluntarista de tempo contratual.....	59
2.3. A concepção contemporânea de tempo contratual.....	65
3. A categoria contrato de longa duração na literatura especializada.....	77
3.1. Giorgio Oppo e os <i>contratti di durata</i>	80
3.2. Ian R. Macneil e os <i>relational contracts</i>	98
3.3. Jaques Azéma e o prazo dos <i>contrats successifs</i>	118
3.4. Cláudia Lima Marques e os contratos cativos de longa duração.....	142
3.5. A categoria contrato de longa duração.....	150
4. Os “novos princípios contratuais e seus reflexos sobre os contratos de longa duração.....	156
4.1. Função do contrato e tempo de duração do vínculo.....	158
4.1.1. Função individual do contrato.....	164
4.1.2. Função econômica do contrato.....	168
4.1.3. Função social do contrato.....	173
4.1.4. A tripla função do contrato e seu reflexo no tempo contratual.....	183

4.2. Alteração do enunciado contratual por comportamento das partes ao longo da execução do contrato.....	192
4.2.1. Alteração do enunciado contratual por meio de declarações negociais tácitas.....	194
4.2.2. Atuação do princípio da boa-fé objetiva na alteração do enunciado contratual por comportamento das partes.....	203
4.2.3. Formação constante dos contratos de longa duração.....	210
4.3. Abuso de posição contratual vantajosa e duração do contrato.....	213
4.3.1. Equilíbrio e desequilíbrio contratual.....	214
4.3.2. O exercício abusivo de posição contratual vantajosa.....	221
4.3.3. A noção de dependência econômica como parâmetro interpretativo do exercício abusivo de posição contratual vantajosa e sua repercussão para a duração do contrato.....	232
4.4. A Aplicação dos “novos princípios contratuais” aos contratos de longa duração e a prorrogação compulsória de contratos a prazo.....	242

PARTE II – ASPECTOS PRÁTICOS

5. Texto e contexto contratual – análise empírica da realidade.....	247
5.1. A sondagem e seus dados – estatística descritiva.....	247
5.2. Breves apontamentos sobre os dados levantados.....	254
6. A jurisprudência sobre interrupção de contratos de longa duração a prazo.....	259
6.1. Contratos de consumo em geral.....	261
6.1.1. Fichas-resumo dos acórdãos.....	261
6.1.2. Conclusões parciais.....	272
6.2. Contratos de seguro de vida.....	275
6.2.1. Fichas-resumo dos acórdãos.....	275
6.2.2. Conclusões parciais.....	292

6.3. Contratos empresariais.....	296
6.3.1. Fichas-resumo dos acórdãos.....	296
6.3.2. Conclusões parciais.....	312
6.4. Contratos de distribuição de bebidas.....	315
6.4.1. Fichas-resumo dos acórdãos.....	315
6.4.2. Conclusões parciais.....	318
6.5. Conclusões da análise jurisprudencial.....	320
7. Soluções legais para o problema da interrupção inesperada da relação contratual de longa duração.....	324
7.1. Legislação brasileira.....	327
7.1.1. Dois contratos unilaterais do código civil: empréstimo e mandato...	328
7.1.2. A Lei de locações de imóveis urbanos.....	332
7.1.3. O Estatuto da Terra.....	339
7.1.4. A Consolidação das Leis Trabalhistas.....	344
7.1.5. A Lei dos representantes comerciais.....	347
7.1.6. A Lei de concessão comercial de veículos automotores.....	352
7.1.7. A Lei dos planos de saúde.....	357
7.1.8. O inciso X do art. 28 do Decreto nº 2.181/1997.....	359
7.1.9. Panorama geral.....	362
7.2. Legislação norte-americana sobre os contratos de distribuição.....	366
7.3. O art. 473 do Código Civil.....	371

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A) Pressupostos e conteúdo do direito de prorrogação de contratos de longa duração a prazo.....	397
B) Solução dos três casos concretos.....	407

BIBLIOGRAFIA

Julgados referidos..... 411

Obras referidas..... 414

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ideia de dedicar a tese de doutorado ao tema da recondução compulsória dos contratos foi surgindo aos poucos ao longo do curso de pós-graduação. Tendo ingressado sob orientação do Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, nas primeiras conversas que tivemos a respeito da tese, ele sugeriu que escrevesse algo relacionado ao dever de contratar.

O tema relativo ao dever de contratar era demasiado amplo para uma tese de doutorado e, portanto, era preciso delimitá-lo suficientemente a ponto de se chegar a um assunto suficientemente novo e ao mesmo tempo intrigante, capaz de fazer aplicar toda a carga teórica adquirida ao longo dos anos de convivência com os professores e alunos do curso de pós-graduação da FDUSP e ainda com aplicação prática e interesse empírico, tornando desafiadora e prazerosa a tarefa de escrever a tal tese.

Apesar da angústia dos primeiros meses pensando no tema sem chegar a lugar algum, acabei por direcionar meus estudos e esforços iniciais à teoria geral do contrato. Sabia que conhecer bem a teoria geral me ajudaria a defender uma boa tese, independentemente do tema que viesse a escolher. O foco dos estudos passou a ser os princípios contratuais, justamente para tentar compreender a essência da teoria contratual contemporânea, pautada em ideias flexíveis e adaptáveis, com intuito de funcionalizar o direito contratual, sem perder de vista a necessidade de um direito justo e coerente.

Em paralelo aos estudos e investigações teóricos sobre a boa-fé objetiva aplicada aos contratos¹, sobre o princípio da função social do contrato previsto pelo artigo 421 do Código Civil², sobre a sobrevivência ou não do princípio da força obrigatória dos contratos³, e sobre a compreensão do fenômeno da interpretação contratual⁴, no exercício profissional da advocacia me deparei com alguns casos que passaram a me chamar atenção.

No primeiro deles, uma empresa cuja atividade era a intermediação de compras e vendas de veículos usados estava em apuros porque seu negócio era diferente: tal empresa não tinha um estabelecimento físico para realizar as operações de compra ou

¹ Que veio a ser publicado sob o título de *Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos*, in Antônio Jorge Pereira Júnior; Gilberto Haddad Jabur [org.], *Direito dos Contratos*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 311-336.

² Que, mediante adaptações, compõe capítulo desta tese (vide infra item 4.1.)

³ Que também, adaptado, passa a fazer parte desta tese (vide infra 2.2.).

⁴ Escrito a quatro mãos juntamente com Kleber Luiz Zanchim e publicado sob o título *Interpretação contratual: o problema e o processo*, in Wanderley Fernandes [org.], *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 159-204.

de venda. Ao invés de uma loja ou de uma feira, esta empresa tinha um contrato com uma emissora de televisão.

Este contrato lhe dava direito de produzir programas de televisão e de divulgá-los por meio da emissora contratada, por seis horas, aos sábados. Era um contrato de “compra” de tempo de televisão, ou um contrato de “locação” de espaço em grade de programação televisiva.

O problema se deu porque a empresa anunciante celebrara, durante mais de dez anos a fio, contratos sucessivos⁵, com vigência de doze meses cada um, com a emissora de televisão. Eis que próximo ao término do décimo contrato, a emissora de televisão comunicou sua intenção de não mais celebrar o contrato com a empresa anunciante, pois empregaria o tempo de televisão aos sábados para a veiculação de programas produzidos por ela própria.

Duas foram as desagradáveis surpresas da empresa anunciante. A primeira foi descobrir que, de um dia para o outro, perdera o canal de divulgação explorado há dez anos. Mais do que isso: a empresa havia perdido a possibilidade de atingir seu objeto social, já que era a intermediação de vendas sua atividade primordial. A segunda surpresa foi ainda mais desagradável: descobriu-se que a emissora estava produzindo exatamente um programa para promover a venda de veículos usados, que seria transmitido no horário antes ocupado pela empresa contratante.

Teria como a empresa contratante ingressar em juízo e obrigar a emissora de televisão a renovar seu contrato de programação por mais 12 meses, até que fosse possível migrar o programa de venda de veículos para outro canal de TV? Mas sendo o contrato por tempo determinado, não é direito da emissora de televisão se negar a renovar o contrato?

Um segundo caso com o qual me deparei foi o de um contrato de franquia de lavanderias. O franqueado havia sido um dos primeiros a entrar no negócio, mantendo relação com o franqueador há mais de dez anos. Os contratos de franquia tinham sempre prazo de três anos e foram renovados ao longo do tempo. Próximo do termo de um dos contratos, o franqueador avisou o franqueado de sua intenção de não mais renovar o contrato, sem qualquer justificativa.

⁵ O termo contratos sucessivos aqui não é usado no sentido técnico jurídico, conforme Jaques Azéma, *La Durée des Contrats Successifs*, Paris, LGDJ, 1969, *passim*.

O fraqueado tinha o segundo maior faturamento da rede de franquias e figurava entre os três primeiros colocados no *ranking* nacional das franquias daquele franqueador. Aparentemente não havia razão para o franqueador querer descontinuar a relação contratual havida entre ele e o fraqueado.

Contudo, uma análise mais minuciosa revelava que o franqueado, por ter sido um dos primeiros a aderir à franquia, havia pago taxa de franquia em valor consideravelmente menor do que pagaria se entrasse hoje para a rede. Como o franqueado era o segundo melhor faturamento entre as franquias e figurava entre os melhores no ranking nacional, não seria difícil aparecerem interessados em abrir uma nova franquia da rede naquela mesma zona geográfica. Ficou claro que o franqueador queria ceder os pontos a outro interessado, recebendo taxa de franquia muito maior do que receberia se renovasse o contrato com o antigo franqueado.

Poderia o franqueado propor ação judicial contra o franqueador obrigando-o a renovar o contrato de franquia? Mas não é direito do franqueador, uma vez terminado o prazo contratual, oferecer o espaço a outros interessados dispostos a pagar mais por aquela oportunidade?

Um terceiro caso ainda me despertou particular interesse. Um famoso jornalista, editor de economia de importantes órgãos de imprensa, havia celebrado contrato de seguro de vida com conhecida companhia seguradora. O contrato tinha vigência por doze meses. Por mais de vinte anos, o segurado pagou o prêmio anualmente e renovou o contrato por mais doze meses. Pouco tempo depois de completar 65 anos, o jornalista foi até seu corretor de seguros para novamente pagar o prêmio e renovar sua apólice de seguro de vida.

Dessa vez, entretanto, o corretor trouxe má notícia. A seguradora havia rejeitado o risco, alegando que aquele produto não era mais comercializado pela companhia. Ofereceu ao jornalista outros dois contratos, com valor de prêmio consideravelmente maior e com exclusões de riscos bem mais abrangentes. O jornalista ficou revoltado, havia pagado o seguro de vida por mais de vinte anos e agora, mais próximo do fim da vida, a companhia seguradora simplesmente se recusava a renovar a apólice.

Teria o jornalista direito à renovação compulsória do contrato de seguro? Tendo em vista a mecânica de formação do contrato de seguro, em que é lícito à

companhia seguradora rejeitar certos riscos e se recusar a celebrar o contrato, está ela errada ao apresentar a negativa de renovação ao jornalista? Isso não é direito dela?

Estes três casos e os questionamentos que os seguem servem apenas para demonstrar o tema que será objeto deste estudo. De fato, ao enfrentar cada um desses problemas, inúmeras dúvidas, inconformismos, ponderações, dificuldades e obscuridades vieram à tona, tanto no que diz respeito à compulsoriedade da recondução de contratos, como no que se refere ao respeito ao direito das partes contratuais de não querer renovar o vínculo contratual, por qualquer motivo.

Indo à doutrina que trata especificamente do tema, encontram-se três pareceres, de lavra de três grandes juristas brasileiros, que trazem, cada um, conclusões específicas.

Alcides Tomasetti Júnior analisou caso de contrato de fornecimento de matéria prima de origem química, no qual houve a negativa de continuação do contrato se o adquirente não aceitasse um reajuste de preços⁶. Nesse caso, um dos contratantes era uma empresa pública (fornecedora) e o outro uma empresa privada (adquirente). A fornecedora tinha o monopólio legal do fornecimento daquele produto e havia celebrado contrato de fornecimento que destacava em sua motivação o fato de ambas as empresas terem construído suas fábricas no mesmo pólo petroquímico, o que facilitaria o fornecimento objeto do contrato.

A tese defendida pelo civilista autor do parecer é a de que, dadas as peculiaridades do contrato (monopólio legal, construção de unidades industriais em proximidade justamente para viabilizar o contrato de fornecimento e posição de dominância econômica da fornecedora em relação à adquirente), “coloca-se também a questão do princípio da denunciabilidade restrita, o qual se compenetra à duratividade intrínseca ao tipo contratual estruturado em função da continuidade do abastecimento”⁷.

Sua conclusão é a de que “o contrato de fornecimento concretamente considerado é suscetível de recondução”⁸, aplicando-se ao caso “um princípio de indenunciabilidade (tanto vazia como cheia) da relação contratual de fornecimento”⁹.

⁶ *Abuso de Poder Econômico e Abuso de Poder Contratual*, in RT 715, pp. 87-107.

⁷ *Idem*, p. 95.

⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁹ *Idem*, *ibidem*.

O parecer de Tomasetti Jr. é pela manutenção forçada do vínculo contratual, mesmo havendo expressa vontade e previsão no instrumento que autorize a saída da fornecedora.

O segundo parecer é da lavra de Ives Gandra da Silva Martins¹⁰. Aqui, trata-se de um contrato de distribuição de bebidas, com prazo de cinco anos, podendo haver sucessivas renovações, desde que ambas as partes concordem. Caso qualquer das partes queira deixar de renovar o contrato ao término de qualquer um dos quinquênios, deve notificar a contraparte até 180 dias antes do termo do contrato.

No caso concreto, o contrato havia sido renovado por três vezes e, próximo do período da quarta renovação, a fabricante de bebidas fez uso da faculdade contratual e notificou a distribuidora de sua intenção de não mais renovar o vínculo.

O parecerista escreveu o seguinte:

Enquanto a cláusula rescisória sem indenização não é acionada, permanece como mera hipótese de trabalho, na prática, sem perigo maior para a distribuidora que cumpra suas obrigações, ao garantir a colocação dos produtos da concedente no mercado criado por seu trabalho e esforço. Daí a razão das prorrogações automáticas.

O acionar da rescisão – a que se assemelha nitidamente a não prorrogação de um contrato, cuja característica fundamental é a permanente prorrogação – é que gera o desequilíbrio. O poder econômico mais forte afasta o poder econômico mais fraco para deflagrar cláusula contratual desequilibradora, a que a tradição da relação da concedente, com todas as distribuidoras, mantivera sempre como hipótese inocorrível, em não havendo justa causa. Por essa razão, apesar da assinatura do contrato imposto pela concedente e de impossível afastamento pelo elo mais fraco da referida relação, a hipótese era considerada letra morta no contrato, até por força de sua conotação abusiva¹¹.

Vê-se que mais uma vez se defende a tese de que a não recondução do vínculo pelo período assinalado no instrumento contratual é ilegal e abusiva, destacando-se o nítido caráter de desigualdade havido entre os contratantes, sendo a concedente ou

¹⁰*Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – Inexistência de justa causa – Enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração do trabalho alheio – conformação do abuso de poder econômico*, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, nº 62, São Paulo, out-dez./1992, pp. 128-139.

¹¹ Idem, p. 131.

fabricante empresa de renome nacional e a distribuidora uma empresa muito menor, de atuação regionalizada.

A diferença que há entre o parecer citado logo acima e este é que naquele a solução foi pela recondução forçada do vínculo, enquanto aqui se preferiu ir por outro caminho. Recomendou-se à distribuidora consulente que ingressasse com ação indenizatória pelas perdas e danos sofridos com a abusiva ruptura do liame contratual, afirmando até ser possível utilizar os parâmetros da Lei nº 4.886/1965 (lei dos representantes comerciais), analogicamente, para se chegar ao *quantum* devido.

Por último, mais um parecer, este da lavra de Luiz Gastão Paes de Barros Leães¹². Tratava-se de contrato compra e venda de quatro unidades fabris que em seu bojo tinha uma condição suspensiva que era a celebração de contrato de franquia entre as mesmas partes contratantes, para que o franqueado e comprador das fábricas pudesse vender os produtos fabricados nos territórios do Rio de Janeiro. A franquia tinha prazo de 10 anos, podendo ser automaticamente renovada por períodos adicionais de cinco anos, exceto se qualquer das partes notificasse a outra de sua intenção de não renovar, no prazo de até um ano antes do termo do contrato.

A consulente questionou o parecerista se havia algum risco de, ao exercer a faculdade de não renovar o contrato próximo do término do termo inicial de dez anos, a franqueada obter medida judicial que obrigasse a franqueadora a renovar o contrato por mais cinco anos.

Havia ainda um complicador. Além do primeiro contrato de franquia para os territórios do Rio de Janeiro, foram celebrados mais dois contratos, um para expansão conjunta por Belo Horizonte, Salvador, Recife e Natal, além de terem sido abertas franquias em São Paulo e Curitiba. Estes contratos tinham prazos mais longos e ainda não era possível acabar com eles. Foram celebrados também contratos “temporários” para a comercialização no interior do Paraná e de São Paulo, tendo havido a atuação da franqueada nestes territórios durante os tais contratos temporários e mesmo depois de seu término, sem qualquer oposição por parte da franqueadora.

A solução dada pelo jurista consultado foi a seguinte:

¹²Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado, in RT 719, pp. 83-96.

(...) Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o cessamento do vertente contrato não a surpreenderá, a Franqueada, com investimentos ociosos, posto que o acervo de bens que adquiriu corresponde exatamente à sua normal ocupação econômica. Por outro lado, não há a menor possibilidade de se falar, no caso, em exiguidade de prazo, ou em prazo incompatível com a natureza e o vulto dos investimentos, quando estamos nos referindo a um contrato de 10 anos de duração. Ainda que admitindo, apenas *ad argumentandum*, que lhe adviessem consequências ruinosas da extinção da franquia em pauta, uma vez esgotado o longuíssimo prazo pactuado, elas desenganadamente estariam dentro da *alea* normal do contrato (presente na vida de todos os contratos sinalagmáticos), que a Franqueada livremente assumiu arcar, ao admitir a hipótese de o vínculo não prosseguir, por vontade da Franqueadora. Ou seja, não há cogitar, aqui, de imprevisibilidade que eventualmente justificaria a medida preconizada no projeto; no horizonte de suas expectativas contratuais, estava prevista a possibilidade de não continuidade da avença. (...) ¹³.

Em suma, seja sob que ângulo for encarado, o exercício do direito de não-prorrogação do contrato de franquia não poderia ser considerado ato ilícito, contratual ou extracontratual, a ensejar a outra parte direito de perdas e danos. (...) ¹⁴.

A intervenção do judiciário para a prorrogação forçada do contrato de franquia, não obstante a previsão contratual que admite a sua cessação por denúncia unilateral, não será viável, não só por respeito à força obrigatória das avenças, mas porque se teria, na espécie, uma prestação de tutela jurisdicional de natureza constitutiva, a que faleceria base legal ¹⁵.

Comparando-se os três pareceres é possível ter noção da dificuldade que nos dispomos a enfrentar. Cada um deles analisou situação que, cortadas as arestas da realidade, revela a vontade de um contratante de não permitir a recondução de contrato de duração prolongada no tempo, tendo cada parecerista optado por uma solução para o caso que lhe foi posto.

Alcides Tomasetti Júnior solucionou a questão afirmando ser possível a recondução judicial do contrato. Ives Gandra da Silva Martins disse que era possível pedir indenização por perdas e danos, mas nada falou sobre recondução judicial. Luiz Gastão

¹³ Idem, p. 88.

¹⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁵ Idem, *Ibidem*.

Paes de Barros Leães afastou peremptoriamente as duas soluções, sob o argumento de que a previsão contratual prevalece.

Os três pareceres foram publicados na década de 1990. Todos trabalham com o ordenamento jurídico anterior ao Código Civil vigente. Os dois primeiros não cogitaram aplicar o parágrafo único do artigo 473 do diploma civil atual, que prescreve: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

O parecer de Luiz Gastão Paes de Barros Leães cogita do texto, à época projeto de lei. Escreve o jurista: “Ora, não nos parece ter qualquer viabilidade cogitar, para o caso em tela, da medida referida neste último parágrafo (...). Ademais, a medida sugerida no projeto não foi ainda convertida em lei”¹⁶.

O parágrafo único do artigo 473 do Código Civil é de fato a porta de entrada para a discussão acerca do controle judicial do exercício da faculdade de não prolongar o vínculo contratual.

Ao lado dessa norma, há ainda uma série de outras que tratam da extinção de contratos e que parecem ter alguma relação com o tema. Citem-se os artigos 581, 592, 599, 684 e 720 do Código Civil; os artigos 46, 47, 50, 51 e 53 da Lei nº 8.245/1991 (Lei de locações de imóveis urbanos); os artigos 21 e 23 da Lei nº 6.729/1979 (Lei de concessões de veículos automotores); o artigo 34 da Lei nº 4.886/1965 (Lei dos representantes comerciais); o artigo 95 da Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e os artigos 451, 452, 477 e 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros.

Tomando-se o universo legislativo aqui brevemente considerado, seja quanto à regra geral do artigo 473 do Código Civil, seja no que diz respeito às normas aplicáveis a contratos específicos como a agência, a representação comercial, a concessão mercantil, o arrendamento rural e a locação urbana, percebe-se haver certa preocupação legislativa com o prolongamento das relações contratuais para além dos prazos convencionalmente previstos.

Sem querer nesse momento adiantar qualquer conclusão ou impor linha de raciocínio, nota-se a presença, nos textos legais, de tutela de certos valores contratuais

¹⁶*Ob. cit.*, p. 88.

como a adequação do tempo do contrato à função a que aquele tipo negocial se propõe, como a proteção do contratante em situação de desvantagem, o combate ao abuso de posições contratuais dominantes e o prestígio à lealdade contratual. Embora tais valores não venham expressos nos textos legais aqui mencionados *en passant*, é possível afirmar que eles servem de guia e de fundamento às regras referidas.

Faltou fazer referência, todavia, a outro fenômeno que se relaciona ao prolongamento compulsório de relações contratuais, que está fora do âmbito legislativo aqui já referido e que também não foi mencionado nos pareceres citados nas páginas precedentes.

Trata-se do terceiro caso que propusemos, o do contrato de seguro de vida. Ali o segurado havia renovado, sucessivamente, contrato de seguro por mais de vinte anos. Proposta a vigésima segunda renovação, a companhia se negou a concluir o contrato, sob a alegação de não aceitar aquele risco.

O caso foi julgado em 09 de junho de 2008 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido proferido o julgamento cuja ementa se transcreve:

EMBARGOS INFRINGENTS. SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Evidenciado o intuito da seguradora de unilateralmente modificar as condições do contrato em total prejuízo ao segurado, de rigor a manutenção do contrato de seguro anteriormente firmado. Embargos infringentes acolhidos¹⁷.

Em seu voto, o Desembargador Felipe Ferreira escreve que “em que pese a limitação temporal dos contratos de seguro, não nos parece que no caso aqui versado possam ser aplicadas tais disposições”¹⁸.

A conclusão do voto merece transcrição:

Portanto, o que se denota é que a seguradora após anos de contratação, e verificando a ocorrência de muitos sinistros em virtude do envelhecimento de seus segurados, resolveu extinguir o contrato, que se renovava automaticamente por longos vinte e um anos, impondo ao segurado três opções de contrato, com condições mais favoráveis aos seus próprios interesses.

¹⁷ TJ-SP, EI nº 1129599-1/2-00, Rel. Des. Felipe Ferreira, 26ª Câmara de Direito Privado, j. em 09.06.2008, inteiro teor disponível em <<www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia.aspx>>, acesso em 01.10.2009.

¹⁸ Idem.

Ora, o que se discute não é o prazo de término do contrato, mas justamente a maneira como se deu, ou seja, que após vinte e um anos de contratação simplesmente se extinguiu o contrato, sem qualquer possibilidade de negociação, com o oferecimento de outros planos, com valores de prêmios majorados e modificação das cláusulas já contratadas.

Nesse esteio, a única intenção da ré era manter os segurados, mas com condições mais favoráveis a ela, ou seja, modificando unilateralmente as condições do contrato, em verdadeira afronta às disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, acolho os embargos infringentes para confirmar a procedência da ação, nos exatos termos do voto vencido¹⁹.

Casos como este se repetem aos milhares nos mais diversos tribunais do país e clamam da jurisprudência pronta solução (ver *infra*, item 6.2.). Todos se referem a contratos por tempo determinado que são feitos por milhões de consumidores e renovados automaticamente por vários e vários anos. Surge o problema quando a alteração de uma circunstância de fato torna a renovação do contrato pouco interessante para a parte fornecedora, passando ela a exercer a faculdade de não mais renovar o contrato nos termos antes praticados.

Claudia Lima Marques foi uma das primeiras autoras brasileiras a atentar para este fenômeno e criou uma classificação para estes contratos. Segundo ela, o contrato de seguro de vida referido no julgado acima e todos os outros que se referem à prestação de serviços ditos essenciais, por longo período de tempo, se classificam como contratos cativos de longa duração²⁰.

A noção é inspirada nas doutrinas alemã e francesa acerca dos contratos de longa duração (*Dauerverträge – contrats successives*) e na doutrina de Carlos Alberto Gherzi sobre contratos cativos²¹. Além da expressão contratos cativos de longa duração, a autora apresenta como expressões próximas: “contratos múltiplos”, “contratos de serviços

¹⁹ Idem.

²⁰ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2006, pp. 67-78.

²¹ Carlos Alberto Gherzi, *Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 452.

contínuos”, “relações contratuais triangulares”, “contratos de serviços complexos de longa duração”²².

Muito embora o voto vencedor não faça referência expressa à nova categoria dos contratos cativos de longa duração proposta inicialmente por Cláudia Lima Marques, ou ao paradigma da essencialidade sugerido por Tereza Negreiros²³, ou ainda à categoria dos contratos existenciais de Antonio Junqueira de Azevedo²⁴, é facilmente perceptível que o julgador, mesmo que indiretamente, foi influenciado por tais pensamentos ao ordenar a renovação do contrato de seguro de vida nas mesmas condições do pacto anterior, apesar de haver na lei e no contrato previsões a dar guarida à faculdade da companhia seguradora de se recusar a renovar o vínculo securitário.

No que diz respeito a contratos de seguro de vida, juizes têm afirmado ser “da própria natureza dos contratos voltados à proteção da saúde a sua continuidade em caráter perpétuo, sem nenhuma limitação de prazo, pois o aderente investe no presente para amparar a sua saúde no futuro”²⁵.

Toda a narrativa feita até esse momento serviu para revelar duas vertentes. A primeira diz respeito ao problema. Seja em contratos empresariais, seja em contratos que congregam relações de consumo, a ocorrência do termo contratual final faz surgir consequências difíceis. Nos primeiros, há a questão dos investimentos feitos apostando-se na continuidade da relação jurídica para além do prazo previsto, bem como a expectativa de receita que motivou a realização dos investimentos. Nos últimos, existe o problema da descontinuidade da relação contratual a termo certo impactar no próprio projeto de vida do consumidor, que contava com aquela renovação contratual para lhe garantir segurança e conforto em um futuro próximo ou distante.

O breve caminhar que fiz pela doutrina até agora referida (em especial os três pareceres cujas conclusões foram transcritas e as teorias humanizadoras dos contratos há pouco mencionadas) revela haver fundamentos e argumentos para, ao menos, cogitar

²² Cláudia Lima Marques, *ob. cit.*, p. 79.

²³ *Teoria dos contratos – Novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

²⁴ RTDC – *Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 600.

²⁵ TJ-SP, Apel. Cível com Revisão nº 238.409-4/2-00, Rel. Des. Edson Ferreira da Silva, 7ª Câmara “A” de Direito Privado, j. em 28.09.2005, inteiro teor disponível em <<www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia.aspx>>, acesso em 01.10.2009.

acerca da possibilidade de existir, em determinados casos, obrigação de prorrogar a relação contratual para além do termo estabelecido inicialmente pelas partes contratantes.

Empiricamente, isso ficou demonstrado pelos julgados referidos. Ambos afastaram regras legais e contratuais para condenar a contraparte a se manter vinculada a contrato cujo termo final já havia ocorrido. Tais julgados chegaram a falar em vinculação vitalícia ou até mesmo eterna!

O objetivo desta tese é tentar resolver este problema. Isto é, investigar os contratos de longa duração celebrados por tempo determinado e concluir se é possível aplicar a eles, analogicamente e ampliativamente, o previsto pelo artigo 473, parágrafo único do Código Civil. Partindo da premissa inicial de que na fenomenologia jurídica é possível ver casos que clamam por uma tutela da renovação ou da prorrogação do contrato com prazo, assim como também ciente do atual estágio de desenvolvimento da Teoria Geral do Contrato e da Ciência Jurídica Brasileira, procuraremos demonstrar neste trabalho a viabilidade de se falar na existência de uma obrigação e de um direito de se prorrogar o contrato por tempo determinado para além de seu termo final.

O objetivo é definir essa obrigação e esse direito, compreender e delinear seus pressupostos ensejadores, bem como as consequências de seu surgimento e de seu desatendimento.

Podemos obrigar uma parte a suportar a continuidade do vínculo contratual ou teremos de nos conformar com um ressarcimento pela frustração da expectativa de renovação ou prorrogação?

Nossa conclusão é pela primeira alternativa, voltada à execução específica da obrigação de prolongar a relação contratual, optando-se pela conversão em indenização apenas subsidiariamente.

O caminho a percorrer passa por três estágios, que refletem as partes nas quais o trabalho se divide. Uma primeira parte se ocupará dos aspectos teóricos, com foco na revisão da literatura especializada e na aplicação dos princípios contratuais aos contratos de longa duração. Na segunda parte analisaremos dados da realidade. Ao final, na terceira parte, concluiremos o trabalho apresentando nossas impressões finais.

Primeiramente, é preciso bem compreender o objeto do estudo: os contratos de longa duração. A tese se inicia procurando identificar uma categoria contratual que se

revela pela intrínseca influência do tempo no criar, desenvolver e terminar uma relação contratual efetivamente duradoura. A ideia é definir a categoria e demonstrar, ainda que de modo não exaustivo, seus caracteres principais.

Será preciso fixar conceitos básicos que, embora conhecidos pelos estudiosos dos contratos, demandam tratamento aqui para se precisar o sentido e o modo como serão empregados na solução do problema proposto. Depois, é preciso fazer uma breve digressão a respeito da importância e da implicação do conceito de tempo nos contratos, de modo a demonstrar que o paradigma contemporâneo do Direito Privado volta novos olhares para o tempo contratual e seus reflexos.

Feito isso, ingressaremos na conceituação do contrato de longa duração como figura jurídica independente das demais, a partir de uma análise funcional e estrutural, baseada em obras doutrinárias que consideramos fundamentais para a exata compreensão do que são os contratos de longa duração (tais são as obras de Giorgio Oppo e Ian R. Macneil, analisadas, respectivamente, nos itens 3.1 e 3.2 da tese). Ainda em busca das características fundamentais dos contratos de longa duração, usaremos a obra de Jaques Azéma (analisada no item 3.3.) para questionar se de fato há diferenças consideráveis entre contratos com e sem prazo. Por último, antes de concluirmos a análise categorial teórica, nos valeremos das lições de Cláudia Lima Marques sobre os contratos cativos de longa duração para notar o fenômeno da dependência econômica de uma parte para com a outra e sua tendência de intensificação nos contratos de longa duração (item 3.4.).

Com todo esse suporte doutrinário, apresentaremos então nossas conclusões sobre a categoria contrato de longa duração (3.5.).

Passado esse primeiro ponto, nos ocuparemos, ainda dentro da primeira parte da tese, da leitura dos três novos princípios da Teoria Geral do Contrato²⁶ buscando aplicá-los aos contratos de longa duração, mostrando o colorido diferente que estes

²⁶ Entenda-se desde logo que ao falar de Teoria Geral do Contrato estamos a referir à fórmula que designa a atividade doutrinária de conhecimento do fenômeno contratual e o produto dessa atividade, isto é, suas conclusões, proposições, teses e teorias. Em outras palavras, a Teoria Geral do Contrato representa uma visão do contrato adquirida por meio da pesquisa científica dedicada a tal fenômeno social. Fazendo nossas as palavras de Jean-Pascal Chazal a propósito da Teoria Geral do Contrato: “la théorie participe à la réalité, mais ne l’incarne pas; elle la modèle et la déforme en la reflétant plus qu’elle ne la transcrit” (*De la théorie générale à la théorie critique du contrat*, in *Révue des Contrats*, nº 1, 2003, p. 29). O Direito positivo congrega o conjunto de regras jurídicas, a Teoria Geral se define como a organização, a estrutura e a explicação do conteúdo dessas mesmas regras (Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, Paris, 2005, p. 143).

princípios tomam quando colocados diante de uma relação contratual que se prolonga no tempo. Os olhos estarão voltados para os princípios da função social do contrato (item 4.1.), da boa-fé objetiva (item 4.2.) e do equilíbrio contratual (item 4.3.), em três estudos nos quais procuramos responder a três questões intermediárias, extraídas da análise categorial dos contratos de longa duração, que se relacionam diretamente com a ideia de prorrogação compulsória destes contratos. As respostas aos três questionamentos são dadas em cada um dos itens do capítulo 4 com apoio nos novos princípios referidos. Ao final do capítulo 4 (item 4.4.), concluímos a parte teórica da tese apresentando as razões pelas quais entendemos estar, ao menos em teoria e sob o âmbito principiológico, justificada a hipótese que defendemos: a prorrogação compulsória de contratos a prazo.

Depois de estabelecidos os pressupostos teóricos básicos e definidores de nosso objeto de estudo, passaremos a uma investigação empírica acerca dos contratos de longa duração²⁷.

Os objetivos aqui são três. Primeiro, analisar, na prática contratual, a interação entre texto e contexto na formação da relação jurídico-contratual. Para isso, compilaremos e daremos tratamento estatístico à opinião de mais de duzentos profissionais do Direito acerca da interação existente entre contrato e contexto. Tal análise foi feita mediante a realização de uma pesquisa de opinião, mais propriamente uma sondagem.

A amostra para a pesquisa é formada por alunos regularmente matriculados nos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Contratos Empresariais da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw) em São Paulo e em Campinas, assim como por alunos regularmente matriculados no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual da Escola Paulista de Direito, na cidade de São Paulo.

A razão para a escolha da amostra é simples. Os alunos que frequentam curso de pós-graduação em contratos tendem a ter maior proximidade com o dia-a-dia da relação contratual. Por serem cursos profissionalizantes que exigem graduação como pré-requisito, os membros da amostra são em sua maioria profissionais do Direito que atuam diretamente com contratos, seja elaborando cláusulados, seja negociando contratos, seja prestando consultoria nessa área ou mesmo atuando em conflitos judiciais e arbitrais decorrentes de relações contratuais.

²⁷ Sobre a importância da pesquisa empírica em Direito, vide Deisy Ventura, *Do direito ao método, do método ao direito*, in: Daniel Torres de Cerqueira; Roberto Fragale Filho [org.], *O Ensino Jurídico em Debate*, Campinas, Millennium, 2007, pp. 257-292.

A escolha da amostra se deu, portanto, pela proximidade de seus membros com o tema da pesquisa de opinião realizada.

Quanto ao método da pesquisa, foi ela feita sob a forma de questionário, cujo modelo se encontra estampado no introito do item 5.1. do trabalho. O questionário contém cinco perguntas acerca da distância existente entre o texto contratual e a realidade da relação havido entre os contratantes, acerca do tamanho do clausulado e sua dificuldade de compreensão e aplicação, do tempo médio de duração dos contratos, do nível de lealdade dos contratantes e do nível de segurança fornecido pelos contratos.

As respostas são gradações destes níveis, sempre sendo o número “1” como o nível mais baixo (de lealdade entre os contratantes, por exemplo) e o número “5” como o nível mais alto (relativo à extensão média dos clausulados, por exemplo).

Tais questionários foram submetidos aos alunos durante as aulas, no período entre outubro e novembro de 2009.

As respostas foram tabuladas e a elas foi dado tratamento estatístico²⁸, sendo que o resultado da pesquisa é explorado ao longo de toda a obra e especificamente no tópico que trata da influência do contexto na formatação da relação jurídico-contratual.

A partir dos resultados da sondagem realizada, é fácil enxergar a percepção dos profissionais que lidam diariamente com Direito dos Contratos sobre a distância existente entre o que as partes escrevem ao celebrar o contrato e a maneira como elas efetivamente se comportam ao longo do desenvolvimento da relação contratual. Quanto mais longo é o tempo do contrato, mais distante fica o texto da realidade das partes.

Já o segundo objetivo empírico do trabalho é fazer uma incursão na jurisprudência sobre o tema da renovação dos contratos de longa duração. Assumidamente inspirado na obra de Paula Andréa Forgioni e Paulo de Lorenzo Messina²⁹, o capítulo de jurisprudência desse trabalho extraiu 40 julgados obtidos a partir dos mecanismos de pesquisa eletrônica de jurisprudência disponíveis nos *websites* dos seguintes tribunais brasileiros: (i) Superior Tribunal de Justiça, (ii) Tribunal de Justiça de São Paulo, (iii) Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (iv) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e (v) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

²⁸ Com a colaboração da Professora de estatística da Universidade Federal de Uberlândia, Maria Ignez de Assis Moura, os dados foram tabulados, parametrizados e tratados, conforme exposto no item 5.1., *infra*.

²⁹ *Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários*, São Paulo, RT, 1999.

Tendo em vista que o foco do trabalho está na interpretação de norma do Código Civil de 2002 (artigo 473, parágrafo único), optou-se por fazer um corte temporal na pesquisa de julgados, tendo sido levantados apenas os julgados proferidos a partir de janeiro de 2003. A pesquisa usou palavras chaves pré-determinadas³⁰ e foi feita exclusivamente buscando a presença dessas palavras na ementa dos julgados.

De todos os resultados obtidos, foram selecionados aqueles que se relacionavam com o objeto deste estudo, isto é, aqueles que tinham alguma relação com a questão da renovação, da recondução, da prorrogação ou da extinção de contratos de longa duração por tempo determinado. Muito mais importante que o resultado dos julgados, o objetivo foi levantar decisões judiciais que efetivamente enfrentassem o mesmo problema que esta tese pretende enfrentar, ou seja, se é possível a prorrogação compulsória de um contrato para além de seu termo.

Uma vez selecionados os julgados, deu-se um tratamento uniforme a cada um deles mediante o preenchimento de uma ficha de análise cujo modelo e descrição dos itens se transcreve agora:

ACÓRDÃO N° XX
Natureza do caso: [descrição do tipo de contrato]
Tribunal: [indicação do tribunal que proferiu a decisão]
Tipo e número do recurso: [indicação da espécie e da numeração do recurso provocador da decisão judicial]
Data do julgamento: [indicação do dia, mês e ano – dd.mm.aa – em que foi proferido o julgamento]
Legislação mencionada: [indicação da legislação referida no julgado]
Doutrina/ Jurisprudência: [indicação das obras doutrinárias e dos precedentes jurisprudenciais referidos no julgado]
Ementa: [transcrição da ementa do julgado]
Síntese dos fatos: [breve descrição da causa de pedir fática ou remota ³¹]
Resultado de julgamento: [breve descrição do dispositivo da decisão judicial]
Principais fundamentos do acórdão: [resumo das razões de fato ou de direito que serviram de base para a tomada da decisão judicial]

³⁰ Rescisão contratual; contrato relacional; renovação contratual; representação comercial; contrato de seguro; contrato de franchising; contrato de agência; contrato de distribuição; contrato de parceria agrícola; contrato de fornecimento.

³¹ “A doutrina brasileira costuma distinguir entre causa próxima, representada pelos fundamentos jurídicos da demanda, e causa de pedir remota, consistente nos fatos alegados (Amaral Santos)” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 131).

Relator: [nome do Desembargador ou Ministro relator do acórdão]
Voto divergente: [se houver, breve resumo do voto ou dos votos divergentes]

Após o preenchimento de todas as fichas, os acórdãos foram classificados de acordo com a “natureza do caso”, nas seguintes categorias: (i) contratos de consumo em geral; (ii) contratos de seguro de vida; (iii) contratos empresariais e (iv) contratos de distribuição – análise das decisões da 3ª Turma do STJ.

Nas três primeiras categorias, os julgados foram classificados por tribunal. Na última, optou-se por fazer uma análise mais aprofundada das questões discutidas pelos Ministros membros da 3ª Turma do STJ a respeito de pleitos de indenização por conta da não renovação de contratos de distribuição, a partir de 2005.

A partir da descrição dos julgados feita pelo método exposto acima, busca-se identificar as tendências da jurisprudência no que se refere ao tratamento da renovação ou não de contratos de longa duração com tempo determinado.

O terceiro objetivo da parte prática do trabalho é a análise de textos legislativos. A iniciativa legislativa é um dado da realidade: percebendo a sociedade a necessidade de oferecer solução normativa para um problema concreto da vida, vai ela até seus representantes junto ao Poder Legislativo e deles cobra providências para a criação de um marco regulatório capaz de solucionar ou, ao menos, regular os problemas decorrentes daquela situação. As leis são feitas graças à percepção do legislador de problemas da realidade empírica. Por isso são analisadas na parte empírica de nossa tese.

Nosso objetivo é analisar textos legais que se propuseram a enfrentar o problema da interrupção de contratos de longa duração. No item 7.1. do trabalho faremos uma breve análise dos dispositivos de lei brasileiros que tratam da matéria, buscando compreender a razão pela qual foram inseridos no ordenamento pátrio e quais os valores que se propõem a proteger.

No item 7.2. faremos a análise de um caso peculiar de tratamento legislativo da matéria. Olharemos para a legislação federal e estadual norte-americana que trata da extinção e não renovação de contratos de distribuição em sentido lato, haja vista que naquele país houve grande preocupação do legislador com o problema relativo ao término dos contratos de longa duração celebrados com prazo.

Finalmente, olharemos para o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, com o intuito de extrair dele seu conteúdo normativo, assim como estabelecer seus limites de aplicação. Com isso, dá-se por concluída a fase empírica do trabalho.

A conclusão da obra, então, volta aos pressupostos teóricos delineados na primeira parte do trabalho e, a partir de sua aplicação aos problemas empíricos verificados na segunda parte do trabalho, propõe a interpretação ampliativa da norma prevista pelo parágrafo único do artigo 473 do Código Civil para contemplar também certos casos de não renovação de contratos de longa duração com tempo determinado. Para finalizar, a tese elenca os pressupostos necessários para que haja essa aplicação ampliativa.

Como todo trabalho científico, esta tese não tem a pretensão de colocar uma pedra de toque sobre os problemas decorrentes da não renovação do contrato de longa duração por tempo determinado. Antes disso, pretendemos apenas trazer mais dúvidas para o tema. A tese terá alcançado plenamente seu objetivo se o leitor, ao finalizar a leitura do trabalho, simplesmente se questionar sobre a possibilidade de aplicação, para os contratos por tempo determinado, da proteção existente para os contratos por tempo indeterminado.

Ou ainda menos, bastando que o leitor se pergunte: por quê não? As respostas mentais que o leitor obtiver para essa pergunta simples servirão em muito para engrandecer este trabalho, a partir do debate acadêmico-científico em prol do desenvolvimento de uma verdadeira ciência jurídica, que se constroi com base em teses e antíteses, de maneira tomística é verdade, mas sempre com o objetivo de oferecer ao usuário do Direito, ao cidadão que celebra contratos, a regra que melhor atenda aos anseios sociais do tempo em que ele viva.

- PARTE I -

ASPECTOS TEÓRICOS

1. Definições terminológicas iniciais

Sendo esta uma tese sobre Direito dos Contratos e sendo cada vez mais corriqueiro na prática dos clausulados e minutas contratuais os textos se iniciarem por definição de termos para aquele negócio específico, iniciaremos aqui definindo alguns conceitos que serão repetidamente empregados ao longo do trabalho.

A intenção não é ensinar, resolver dúvidas, nem mesmo inovar. Pretende-se apenas evitar confusões, deixando claro o sentido técnico de cada termo empregado, ou, como afirma Luiz Gastão Paes de Barros Leães, é preciso “que, inicialmente, façamos a enunciação de algumas ideias gerais preliminares, que, embora familiares a todos, estão sujeitas a serem empregadas num sentido pessoal, podendo confundir as aplicações que delas queremos aqui extrair”³².

1.1 Contrato e relação jurídico-contratual

É preciso que fique claro que o conceito de contrato³³ (fonte de obrigação, isto é, espécie de fato que gera obrigação para um ou mais sujeitos determinados) é

³² *Denúncia de contrato de franquia...*, cit., p. 85.

³³ Definir um conceito para “contrato” é trabalho assaz difícil e tormentoso que poderia ser, sozinho, tema desta obra. O objetivo aqui não é esse. Faz-se, desde logo, um corte. Não entram aqui os conceitos não jurídicos de contrato que, conforme aponta Enzo Roppo, são muitos. Afirma esse autor que “a palavra ‘contrato’ é, as mais das vezes, empregue para designar a operação econômica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o ‘negócio’ em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica” (*O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 2009, p. 08). Não se está a negar essa realidade. Apenas se pretende empregar o termo contrato sob o enfoque jurídico, mas não no sentido de contrato como figura ou instituto jurídico, isto é, a expressão de um conjunto de princípios e regras jurídicas e de proposições, ensinamentos, lições e opiniões da Ciência Jurídica a respeito daquelas regras e princípios e de sua interação com os demais conceitos e categorias jurídicas. Queremos definir o contrato como um fato humano, isto é, um ato jurídico. Vicente Ráo define os atos jurídicos como fatos voluntários (declarações de vontade) dirigidos à consecução dos efeitos ou resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem (*Ato Jurídico*, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1999, p. 28). Na mesma linha, Emilio Betti escreve que “Se a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, valoriza a consciência que, habitualmente, o acompanha, e a vontade que, normalmente, o determina, o fato deverá qualificar-se como ato jurídico” (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2003, p. 20). Mas a definição não pode parar por aí. Mais que um ato jurídico, o contrato é um negócio jurídico, porque é ato no qual as partes têm margem de liberdade para definir o conteúdo das obrigações que surgirão como consequência da ação realizada. Como já tivemos oportunidade de escrever em outra ocasião, “o que diferencia os negócios jurídicos de meros atos jurídicos em sentido estrito é a intenção das partes de criar um auto-regramento vinculante para reger suas relações futuras” (*A Natureza Jurídica dos Termos de Ajustamento de Conduta*, no prelo, pp. 05-07). E mais, “no negócio jurídico as partes não apenas declaram uma determinada situação de fato, mas também estabelecem um conjunto normativo que lhes regerá a relação que pretendem manter entre si daquele momento em diante” (*Ob. cit.*, loc. cit.). É desse conceito de contrato que trataremos e é a partir dele que se faz a diferenciação entre contrato-fato e contrato-relação.

diferente do conceito de relação jurídico-contratual³⁴ (liame jurídico estruturado sob a forma crédito-débito ou direito-obrigação pelo qual dois ou mais sujeitos se vinculam e se relacionam, na busca de determinado objetivo, que pode ser comum a ambos os centros de interesse ou não).

O estudioso dos contratos deve se preocupar com as duas realidades. A realidade do contrato-fato é a realidade estática, marcada pela análise do fato, ou mais propriamente, do negócio jurídico em si. Tal análise passa pelo plano jurídico da existência do contrato³⁵. O trabalho aqui se assemelha ao de um arqueólogo. O estudioso se ocupará de, a partir de certos elementos conhecidos e descobertos por ele, reconstruir a realidade do pacto contratual firmado entre os contraentes. É o que se chama de *fase recognitiva* da interpretação contratual³⁶.

Além disso, a análise do contrato-fato passa também pela validade do contrato. Depois de verificada a existência do contrato, é preciso saber se aquele negócio pode receber a tutela estatal, pode entrar efetivamente para o mundo do Direito, enfim, é preciso saber se a ele pode ser atribuído o adjetivo “jurídico”.

Em analogia bastante simples, é de se dizer que o negócio jurídico e a lei são a mesma coisa: normas de conduta com tutela estatal, cujo descumprimento implica na possibilidade de imposição de sanções³⁷. A diferença é que a lei é a regra emanada do

³⁴ “Relação jurídica – *stricto sensu* – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição” (Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I, 4ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1974, p. 02).

³⁵ É preciso olhar para o mundo fenomênico, ontológico, da realidade da vida. Ali é preciso colher os elementos que formam o contrato. Conforme ensina Antonio Junqueira de Azevedo, “Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do Direito” (*Negócio Jurídico: Existência, Validade, Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 31). E mais, “Tradicionalmente, distinguem-se, no negócio jurídico, determinados elementos, que são classificados em três espécies: essenciais, naturais e acidentais” (*ob. cit.*, p. 26).

³⁶ “Em resumo, pode-se dizer que a *fase recognitiva* da interpretação, dirigida pelo art. 112 do Código Civil, é a busca do sentido que as partes atribuíram à declaração negocial, o que se faz (i) pelo exame da literalidade da linguagem, do contexto verbal e de todas as circunstâncias relevantes, e (ii) considerando-se o ponto de relevância hermenêutica peculiar ao caso concreto. Esse trabalho termina com a qualificação contratual” (Paulo Dóron Rehder de Araujo e Kleber Luiz Zanchim, *Interpretação Contratual...*, cit., p. 191).

³⁷ É preciso aqui fazer um esclarecimento rápido acerca da corrente que se adota nesta obra, para evitar confusões. Seguindo a linha preconizada por Emilio Betti entendemos que “Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida das relações: surgem como actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções económico sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica” (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, 1969, p. 89). Assim, conforme bem explica Antonio Junqueira de Azevedo, não bastam nem vontade individual, nem reconhecimento pelo Estado para que haja negócio jurídico. Além disso, há um *plus* que somente pode ser dado por meio do reconhecimento social, e esse *plus* ocorre quando, além da vontade, há uma declaração

Estado enquanto o negócio jurídico é a regra emanada do próprio indivíduo. De um jeito ou de outro, não é qualquer regra feita pelo Estado que se transforma em lei. Da mesma forma, não pode qualquer regra emanada por um indivíduo ser considerada negócio jurídico.

Para ser lei, a regra precisa passar pelo processo legislativo. Se houver qualquer falha nesse processo, se faltar qualquer requisito para a lei (como por exemplo: votação no Poder Legislativo com o quórum inferior ao determinado constitucionalmente, falta de sanção presidencial, vício de publicação, vício de iniciativa etc.), ela será inválida, embora existente como lei.

Para ser negócio jurídico, a regra também precisa passar por um processo, que não é legislativo, obviamente, mas que implica na verificação de uma série de requisitos (todos previstos pelos artigos 104 e 166 do Código Civil, como a capacidade do agente, a licitude, a possibilidade e a determinabilidade do objeto, a liberdade ou imposição de forma e a liberdade do agente quando da declaração de vontade – saber se ele não estava em erro, sofrendo coação, em estado de perigo, sendo lesado ou enganado).

A inspeção desses requisitos é feita no plano da validade do negócio jurídico e, conseqüentemente, do contrato, que é espécie de negócio jurídico. A definição de Darcy Bessone sobre o conceito de contrato³⁸ é bastante ilustrativa da diferença que queremos propor entre contrato-fato e contrato-relação. O primeiro é o meio pelo qual surge o segundo. O primeiro é causa e o segundo, consequência.

Ao citar Enzo Roppo fica fácil perceber o que queremos distinguir:

Quando se diz ‘contrato’ a palavra pode ser entendida em mais de um significado.

desta vontade cercada de circunstâncias capazes de fazer o meio social atribuir a esta declaração a aptidão para gerar efeitos jurídicos. Ou seja, a declaração precisa ter características suficientes para enquadrar-se no “molde” social e gerar um negócio jurídico; ela precisa ser uma declaração negocial (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial)*, Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, s.c.p., 1986, p. 21). Por isso afirmamos que tanto a lei como o negócio jurídico correm em paralelo na missão de criar direitos e obrigações e concordamos com Francesco Messineo quando este afirma, citando Savigny, que a distinção entre contrato e lei é que o primeiro cria direitos subjetivos e obrigações, enquanto que a segunda cria direitos objetivos e deveres (*Il Contratto in Genere*, t. I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 84). Adotamos, pois, a corrente da autonomia social do negócio jurídico, afirmando que sua existência independe de reconhecimento por parte do Estado. Não negamos a ideia de Estado, todavia, ao falar da validade do negócio jurídico, uma vez que aí, ao se falar em tutela coercitiva para o negócio jurídico, é preciso que mão estatal aja e, para isso, é preciso que o negócio seja reconhecido pela lei) como merecedor de tutela estatal.

³⁸“O contrato se inclui na categoria dos *negócios jurídicos*. É um negócio *patrimonial* e *bilateral* ou *plurilateral* (na formação), pois, como se verá, conceitua-se como “acordo de *duas ou mais* pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza *patrimonial*” (Darcy Bessone, *Do Contrato: Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 06).

Falando, como no capítulo precedente, de ‘formação do contrato’, (e, portanto, usando a palavra em expressões do género: ‘tal contrato ficou concluído em 15 de janeiro por telex’, ‘A e B estipularam tal contrato perante o notário X’, e semelhantes), refere-se o *processo*, isto é, a sequência dos actos que – praticados pelas partes em conformidade com o modelo fixado pela lei – permite dizer que um contrato se formou legalmente e que, por isso, as obrigações assumidas pelas partes, os resultados por elas perseguidos, se tornaram juridicamente vinculantes.

Quando, pelo contrário, se diz, por exemplo, que ‘por efeito do contrato, A é obrigado a pagar 5 milhões a B’, ou que ‘as cláusulas do contrato entre X e Y são, no conjunto, mais favoráveis a X que a Y’, ou ainda que ‘tal contrato caducará em 31 de Dezembro de 1985’, é evidente que o termo está utilizado para indicar não o contrato na sua formação, o contrato como processo, mas, por assim dizer, o seu resultado ou produto, que consiste justamente no conjunto dos direitos e das obrigações que, com o contrato, as partes, reciprocamente, assumiram e que consubstanciam a operação económica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato. Indica-se, em suma, nesta acepção, o conteúdo imperativo do contrato, ao qual as partes se vincularam, aquilo que, com base no contrato, devem dar ou fazer e aquilo que, com base no contrato, podem esperar ou pretender da outra parte: numa palavra, o *regulamento* contratual.³⁹

As palavras de Alcides Tomasetti Júnior podem ainda polir o que foi escrito até agora. Para este autor, é preciso “diferenciar o *contrato* (fenômeno jurídico pertinente ao plano da existência) da *relação contratual* (fenômeno jurídico relativo ao plano da eficácia). A relação jurídica contratual é gerada pelo contrato que *existe* e *vale*; portanto a relação contratual é *eficácia atualizada do contrato do qual se origina*”⁴⁰.

O contrato-relação, portanto, está afeto ao plano da eficácia, ao liame jurídico criado entre as partes, às obrigações e aos direitos.

Fazemos questão de pontuar essa diferença porque não raro as pessoas confundem-na. Contrato é o fato. Relação Jurídica é o efeito deste fato.

Dúvida não resta sobre a interação e interdependência havida entre o contrato e a relação jurídico-contratual. Sem o contrato não há relação. E o conteúdo da

³⁹Ob. cit., pp. 125-126.

⁴⁰Comentários aos artigos 1º a 13 da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, in Juarez de Oliveira [coord.], Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 67 (destaques no original).

relação é moldado justamente pelas normas previstas no contrato. Todavia, não é só o contrato, ponto definido em um momento histórico específico (o momento de sua formação) que influencia a relação jurídico-contratual havida entre as partes.

Naqueles contratos em que se prevê o prolongamento da relação para meses ou anos a fio, a verdade é que a relação vai se adaptando à realidade na medida em que o tempo passa. Além disso, os textos legais também prescrevem normas que passam a integrar o conteúdo da relação contratual, sem falar nos costumes e no próprio contexto que envolve as partes, chamados de circunstâncias negociais⁴¹.

Na presente obra nosso foco será sobre a relação contratual e a influência que esta exerce sobre o contrato-fato. Faremos a afirmação de que existe uma via de mão dupla: o contrato determina o conteúdo da relação, mas a relação também influencia o conteúdo do contrato na medida em que ela se desenvolve entre as partes.

Por ora, é preciso que fique clara a distinção entre os dois conceitos, pois empregaremos a palavra contrato, ao longo do texto, ora em um sentido, ora em outro.

⁴¹ Sobre circunstâncias negociais, vide o nosso *Interpretação Contratual: o Problema e o Processo*, já citado, especialmente o item 3.5.2.1.

1.2 Conceitos relativos ao tempo do contrato

1.2.1 Significado técnico da palavra “prazo”

Uma segunda parada de esclarecimento terminológico é necessária para tratar dos termos afetos à definição do tempo do contrato. O tempo do contrato pode se referir ao momento de sua formação. Assim, pode-se dizer, por exemplo, que “o contrato X é do tempo da república velha”. Esse tempo, normalmente, é expresso pela data em que o contrato se formou.

De outra banda, pode-se referir ao tempo do contrato querendo significar o tempo de duração da relação jurídica por ele desencadeada. Esse tempo de duração pode ser determinado, isto é, com data certa para terminar, ou pode ser indeterminado, sem data certa para o fim. Se o tempo de duração é determinado, utiliza-se a expressão prazo⁴². Percebe-se assim que não são poucas as pessoas que empregam a contraditória expressão prazo indeterminado. Essa expressão está errada. Fala-se tempo indeterminado, pois sendo prazo, é necessariamente determinado.

Nessa obra, empregaremos a palavra prazo em seu sentido correto. Sempre que nos referirmos a contrato a prazo ou contrato com prazo, estaremos nos referindo, necessariamente, a contrato que dá origem à relação jurídica com tempo de duração determinado.

1.2.2 Definição de prorrogação e de renovação do contrato

Além da definição de prazo, é preciso explicitar as questões atinentes ao prolongamento do contrato e da relação contratual no tempo. Aose estabelecer prazo para a duração da relação contratual, fixa-se um termo pelo qual aquele acordoserá o suporte normativo e lógico no qual se baseia o relacionamento entre as partes, ou seja, será a justificativa (causa⁴³) da própria relação havida entre as partes. Durante aquele lapso temporal, o principal conjunto de regras a serem seguidas pelas partes estará previsto noinstrumento contratualcelebrado e nas leis que o regem.

⁴²“...denomina-se *prazo* o lapso de tempo que decorre entre dois termos, o termo inicial e o termo final” (Alcides Tomazeti Júnior, *Comentários...*, cit., p. 67).

⁴³ Não se emprega aqui o termo causa em seu sentido técnico-jurídico afeto à Teoria Geral do Contrato, como nas expressões “causa do contrato” ou “causa do negócio jurídico”. Utiliza-se o termo em seu senso mais comum ou leigo. O tratamento técnico ao termo causa será melhor abordado adiante, quando se tratar da função do contrato de longa duração (item 4.2., *infra*).

Falar em tempo indeterminado para o contrato, significa que enquanto aquela relação jurídico-contratual permanecer entre as partes, seu instrumento de regência será o contrato firmado. Não há risco de prolongamento da relação jurídica sem regência das regras previstas no contrato celebrado.

Por outro lado, quando se fala em prazo do contrato, está-se dizendo duas coisas ao mesmo tempo. Primeiro, informa-se o tempo previsto para que a relação decorrente do contrato-fato dure. Ainda, comunica-se o tempo pelo qual a relação havida entre as partes será regida por aquele contrato. Passado o tempo, ou a relação se extingue ou se prolonga a despeito da previsão contratual. Se se prolongar, pode ser que não seja mais regida pelo contrato original, pois o prazo dele expirou.

No que tange ao prolongamento da relação jurídica para além do previsto no contrato, cumpre fazer precisões terminológicas.

Diz-se comumente, inclusive em textos de lei, que se ultrapassado o prazo do contrato, as partes continuarem a relação nos mesmos termos antes entabulados, prorroga-se o contrato por tempo indeterminado. Em outras tantas ocasiões, diz-se que, em caso de silêncio das partes ao término do prazo contratual, o contrato será automaticamente renovado por igual período, ou ainda que o contrato será renovado, mas por tempo indeterminado.

Há importantes diferenças entre as palavras prorrogação e renovação. Pontes de Miranda explica graficamente a diferença entre os conceitos⁴⁴. Pedimos licença para fazer o mesmo:

Figura 01

⁴⁴*Locação de Imóveis e Prorrogação*, Rio de Janeiro, José Kofino, 1952, p. 298.

Pontes de Miranda escreve a seguinte explicação para as figuras: a relação jurídica na renovação duplica-se e uma sucede à outra; na prorrogação, estende-se a relação jurídica única, avançando no tempo⁴⁵.

No gráfico acima, fizemos questão de separar os períodos, na prorrogação, em Relação 1 e em Relação 1'. Isso porque queremos deixar claro que há, em determinado momento, a expiração do prazo contratual, prolongando-se a relação para além dele.

Se a relação se prolonga, mas ainda se baseia no mesmo contrato, no mesmo acordo de vontades, está-se diante de prorrogação. É uma relação jurídica e um contrato, há apenas superação do prazo inicialmente proposto. Chama-se o tempo pós-prazo inicial de Relação 1' somente para frisar que o prazo inicialmente previsto já foi ultrapassado.

Já na figura da renovação, procuramos mostrar, com a mudança de cor entre a Relação 1 e a Relação 2, que ambas não são iguais, não têm a mesma base jurídica. A Relação 1 tem como supedâneo jurídico o contrato inicial. Após o término do prazo, com a renovação surge outro supedâneo jurídico, isto é, um novo acordo de vontades e esse acordo é que passa a reger a Relação 2. Na figura, este novo acordo de vontades é marcado pela separação entre a Relação 1 e a Relação 2 e pela seta colocada entre elas, deixando claro um novo acordo de vontades, produzindo um novo fato jurídico qualificado como contrato.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a diferença que existe entre a renovação e a prorrogação do contrato reside no conteúdo da vontade declarada. Seja para haver prorrogação, seja para haver renovação, é preciso declaração de vontade nesse sentido.

Pontes de Miranda escreve que a prorrogação pode ser (i) por declaração de vontade em palavras (cláusula de prorrogação ou contrato de prorrogação), (ii) por declaração de vontade em conduta (as partes agem como se o prazo não houvesse expirado ou não estivesse em vias de expirar), (iii) por declaração de vontade mediante silêncio (quando uma das partes interpela a outra dizendo que o silêncio será interpretado como concordância), (iv) por declaração de vontade presumida por lei (como no caso do artigo 574 do Código Civil) e (v) por limitação legal à liberdade de contratar, mediante a

⁴⁵ *Idem*, *ibidem*.

prorrogação *ex lege* (como é hoje o caso do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil)⁴⁶.

Em todos esses casos, o que ocorre é que as partes se mantêm vinculadas às regras antigas, previstas no contrato original, e, mais do que isso, não há solução de continuidade da relação contratual. É a mesma relação que se protraí no tempo, regida pelo mesmo contrato. A vontade declarada pelas partes ou a imposição legal serve apenas para “esticar” a relação que já existia, não criando uma nova relação entre as mesmas partes. Não se declaram novamente todos os direitos e obrigações a que querem as partes se submeter. Diz-se apenas que querem continuar submetidos aos direitos e obrigações a que já estão sujeitos.

Diferentemente do que ocorre na renovação, em que tudo é novo. Extingue-se uma relação jurídica anterior para surgir outra, nova. Esta pode ter o mesmo conteúdo normativo da relação anterior, mas não será derivada do mesmo acordo de vontades. Será preciso um acordo de vontades novo, que pode até repetir todos os termos do acordo anterior, mas nem por isso deixará de ser inteiramente novo. Há solução de continuidade entre a relação jurídica anterior e a nova relação, por isso renovação.

A diferença em relação ao acordo de vontades é simples: na prorrogação a vontade é só uma, a de prolongar o vínculo existente; na renovação, a vontade é muito mais abrangente, pois ela é a de criação de um novo vínculo, com todo o conteúdo necessário para tanto.

No que diz respeito ao tempo, na prorrogação ele é contínuo. Após a prorrogação, o *dies a quo* da relação continua sendo o do início da eficácia do contrato, lá atrás. Na renovação, o *dies a quo* da relação é o dia da declaração de renovar, pois o vínculo e o acordo de vontades são novos.

As consequências práticas dessa distinção são muitas. Pense-se no caso de prazo decadencial contado do término do contrato: garantia, por exemplo. Em contratos prorrogados esse prazo não se inicia enquanto não há a extinção do vínculo inicial, prolongado pela prorrogação. Já em contratos renovados haverá um prazo de decadência a cada renovação, pois a renovação extingue o vínculo anterior e faz começar a correr o prazo de garantia daquele contrato cujo prazo expirou.

⁴⁶Ob. cit., p. 307.

Outro reflexo da diferença entre renovação e prorrogação dá-se no que se refere a garantias contratuais prestadas por terceiros, como é o caso da fiança. A questão da fiança na lei de locações de imóveis urbanos bem serve para ilustrar a questão.

O artigo 39 da Lei nº 8.245/1991, na redação dada pela Lei nº 12.112/2009, prescreve que “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”.

A norma toma corretamente o conceito, dizendo que a garantia continua a ser prestada mesmo que haja prorrogação do contrato, por tempo determinado ou indeterminado.

Já o artigo 71, V, da mesma Lei nº 8.245/1991, também alterado pelo novo diploma de nº 12.112/2009, ao dispor sobre os requisitos essenciais da petição inicial para ação renovatória de locação, tem a seguinte redação:

V - indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira;

Clara fica a diferença entre renovação e prorrogação na lei do inquilinato, em sua redação atual. Na prorrogação não é preciso declarar novamente quem é o fiador, nem comprovar sua atual idoneidade financeira, porque o vínculo é o mesmo, que se prolonga no tempo para além do termo final inicialmente fixado⁴⁷.

Já na renovação do contrato, mesmo que compulsória, como é a feita por meio de ação judicial, é preciso declarar novamente quem é o fiador e demonstrar

⁴⁷É por isso que o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento segundo o qual “Na linha da atual jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de nº 214 de nossa Súmula” (AgRg no Ag 1164633/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargados convocado do TJCE), Sexta Turma, DJe 23.11.2009). Contudo, para a ação renovatória, a Súmula 214 (cujo texto é: “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”) é constantemente aplicada pelo mesmo STJ, como na ocasião em que se afirmou ser consagrado naquela Corte “o entendimento no sentido de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador pela renovação de contrato de locação para o qual não anuiu” (REsp 346.285/PR, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 04.02.2002, p. 608).

novamente sua idoneidade financeira. Isso porque o vínculo é novo, sendo nova também a garantia que acompanha esse vínculo.

Outro aspecto importante diz respeito à operação de mudanças no vínculo. Na renovação, nada impede que as partes optem por alterar uma ou outra obrigação contratual, até porque estão declarando toda a vontade de novo. Logo, se as partes optarem por alterar obrigações ou outras condições contratuais que não o tempo de duração do vínculo, não se poderá afirmar que houve propriamente prorrogação, porque o vínculo mudou a partir daquele momento, adquiriu conteúdo novo e, portanto, não é prorrogação do vínculo anterior. Em suma, a renovação comporta mudanças; a prorrogação, não.

Por último, há ainda que se dizer, na linha do que já afirmou Pontes de Miranda, que é preciso ter certo cuidado quando se diferencia a prorrogação da renovação para não se cair em armadilhas.

Conforme afirma o jurista,

Naturalmente, prorrogação somente se dá se os contraentes são capazes para contratar locação no dia que é o seguinte àquele em que *cessaria*. Porque, se é certo que a relação é a *antiga*, a prorrogação supõe declaração de vontade, para a qual são necessários os pressupostos subjetivos que o sistema jurídico aponta para os negócios jurídicos e, especialmente, para os contratos bilaterais.⁴⁸

Portanto, cai por terra a afirmação de que para prorrogar não seria preciso ser capaz, enquanto que para renovar seria preciso plena capacidade. Tanto em um caso como em outro é requisito necessário a capacidade da parte, pois em ambos os casos são declarações de vontade alterando um vínculo jurídico-contratual pré-estabelecido, de modo que, se é preciso de capacidade para criar o vínculo, obviamente que será preciso de capacidade para prolongá-lo ou para renová-lo.

⁴⁸ *Locação de Imóveis e Prorrogação*, cit., p. 305.

1.3 Modos de extinção do contrato: Resolução e Resilição

Finalizando o capítulo inicial deste trabalho, cumpre apenas precisar os conceitos aos quais nos referiremos quando falarmos de extinção do contrato, mais propriamente, extinção da relação jurídico-contratual.

Como já tivemos oportunidade de escrever outrora, “Há muita polêmica entre os doutrinadores acerca da correta terminologia para os modos de extinção dos contratos e das relações jurídicas formadas por eles em matéria de Direito Privado. Rios de tinta já foram escritos e raras são as conclusões unânimes nesse tema”⁴⁹.

Uma vez que essa tese se ocupa de contratos de longa duração, dois dos modos de extinção nos preocupam mais, razão pela qual procuraremos defini-los e conceituá-los desde logo, evitando assim dificuldades futuras. São eles a resilição e a resolução do contrato.

Antes de mais nada, cumpre diferenciar a resolução e a resilição do contrato do termo rescisão contratual. As palavras de Orlando Gomes espancam qualquer dúvida que possa haver: “O termo rescisão é usado no sentido de resilição e, mesmo, de resolução. Deve reservar-se, porém, para o modo específico de dissolução de certos contratos. (...) Rescisão é ruptura de contrato em que houve lesão”⁵⁰.

Tecnicamente errados, portanto, quase todos os contratos que vemos por aí, nos quais se escreve a tal cláusula de rescisão contratual. Não se está a falar propriamente de rescisão do contrato, mas de resolução ou de resilição, como se verá agora⁵¹.

Fixemos, primeiro, o que parecer ser mais facilmente visível em relação aos inúmeros doutrinadores que já se ocuparam do tema: resolução opera efeitos para trás, isto é, *ex tunc*; resilição opera efeitos para frente, isto é, *ex nunc*⁵².

⁴⁹ Paulo Dóron Rehder de Araujo, *Contrato de Representação Comercial*, in Wanderley Fernandes [org.], *Contratos de Execução da Atividade Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 274.

⁵⁰ *Contratos, cit.*, p. 227.

⁵¹ “Inegável, no entanto, que a ampla utilização do termo rescisão pelos operadores do direito, tanto advogados em negócios jurídicos, como juízes em sentenças, ganhou sentido muito mais amplo e sedimentado pelo costume: passou a ser gênero de extinção do contrato, do qual são espécies a resilição bilateral ou unilateral, com origem na vontade das partes, e a resolução, com origem no inadimplemento, ou na onerosidade excessiva. O próprio Código Civil, não resistindo a tal movimento, em diversas passagens alude à rescisão, ora com o sentido de resilição, ora com o sentido de resolução” (Francisco Loureiro, *Extinção dos Contratos*, disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=26671>>, acesso em 14.12.2010, p. 04).

⁵² Assim está em Antonio Junqueira de Azevedo, *Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico per relationem na cláusula de opção*

Isso, contudo, não é suficiente para caracterizar os dois institutos. Tome-se, por exemplo, o artigo 434, 1, do Código Civil português, ao dispor que “A resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução”.

E mais, na alínea 2 do mesmo artigo da lei lusa: “Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”.

Como se vê, a lei de Portugal expressamente afirma que em certos casos, como nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não opera efeitos *ex tunc*, pois não haveria como obrigar, por exemplo, o locatário que ficou na posse do imóvel por vinte e quatro meses e veio a inadimplir o contrato após o vigésimo quinto mês a devolver a posse do bem gozada neste período, razão pela qual a resolução não ataca o contrato, ou mais propriamente, a relação jurídico-contratual desde seu início, mas apenas a partir de certo momento⁵³.

Antunes Varela, comentando este dispositivo da lei portuguesa, acrescenta que mesmo nos contratos de longa duração é possível uma certa eficácia retroativa da

de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e conseqüente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva, in Novos Ensaios e Pareceres de Direito Privado, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 294; em João de Matos Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, v. II, Reimpressão 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 277; em Giuseppe Auletta, Risoluzione per inadempimento, Milano, Giuffrè, 1942, p. 29; Karl Larenz, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, trad. Carlos Fernandez Rodriguez, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 63. Como também em Orlando Gomes, Contratos, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 176-78; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 143; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Extinção do Contrato, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 54; Araken de Assis, Resolução do contrato por inadimplemento, São Paulo, RT, 2004, p. 121; Waldirio Bulgarelli, Contratos Mercantis, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pp. 157-158; Álvaro Villaça Azevedo, Extinção do contrato (rescisão, rescisão e resolução), in Repertório de Jurisprudência IOB, v.13, n.1485, jul. 1988, pp.190-192; e em Alberto Gosson Jorge Júnior, Resolução, rescisão, rescisão e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos, in RT882, pp. 87-101;

⁵³ A mesma lógica permeia a legislação brasileira. Tome-se o exemplo do art. 478 do Código Civil: “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”. A última frase implica em claro limitador à eficácia da resolução do contrato de execução continuada ou diferida, pois afirma que os efeitos da sentença retroagirão somente até a data da citação, nada alterando o que ocorrer antes disso.

resolução do contrato, pois afirma que nada “obsta que a eficácia extintiva da resolução retroaja até o momento em que se verificou a causa resolutiva”⁵⁴.

De todo modo, nos contratos que se prolongam no tempo e nos quais as partes relacionam-se repetidamente mediante prestações e contraprestações fica, de fato, muito difícil dizer que a resolução do contrato, nos moldes preconizados pela doutrina e, em certa medida, prescritos pela lei brasileira (artigos 455; 474; 475; 500; 770; 796, parágrafo único; 810, dentre outros), opera-se com efeitos retroativos.

É por conta dessa dificuldade que Alcides Tomasetti Júnior, por exemplo, escreve que

nos contratos de adimplemento duradouro, o nexó dever de prestar/dever de contraprestar, uma vez realizado nos precisos momentos da programação contratual, exaure a reversibilidade das situações correspondentes, mesmo porque é naqueles momentos que as prestações efetuadas são recebidas e consumidas, sem possibilidade de reposição ao *statu quo ante*⁵⁵.

Afirma, então, que nos contratos de longa duração é muito mais corriqueira a resilição do vínculo contratual do que a resolução dele, justamente pela impossibilidade de retroação.

Isso porque, para Tomasetti Jr., o conceito de resilição (de *resil-ire* = voltar atrás), está todo ele fixado na eficácia e no seu objeto: se se desfaz a relação jurídica e os efeitos disso são para frente, é resilição; se se desfaz a relação jurídica e os efeitos disso são para trás, é resolução, mesmo entendimento do texto de Pontes de Miranda⁵⁶.

⁵⁴ *Ob. cit.*, loc. cit.

⁵⁵ *Comentários...*, cit., p. 123.

⁵⁶ Para este autor, resolução e resilição têm como traço semelhante a natureza de serem a consequência do exercício, pelo contratante, de direito potestativo ou formador negativo decorrente de infração contratual ou da lei. Ambas desfazem a relação jurídico-contratual, uma para frente, outra para trás. Ambas têm suporte fático parecido: infração à lei ou ao contrato. Tanto para Tomasetti Jr. como para Pontes de Miranda, resilição e resolução são possibilidades que surgem a partir de infrações contratuais (embora Tomasetti Jr. faça ressalvas quanto a isso para o caso da resilição, ao afirmar que é possível haver resilição desvinculada de inadimplemento em contratos a prazo, mas sem dizer em quais casos isso ocorre (*Comentários...*, cit., p. 74). Ambos também muito se preocupam em distinguir a resilição da denúncia do contrato. A frase de Pontes de Miranda talvez seja capaz de sintetizar os dois pensamentos: “A denúncia supõe o direito formativo à modificação jurídica, de regra à cessação. Ou provém do negócio jurídico, ou da lei, ou a lei impôs limitação ao poder de denúncia exigindo-lhe razão ou fundamento (*e.g.*, Lei n. 1.300, art. 15, II-IX). Trata-se de declaração unilateral receptícia para que cesse relação de obrigação, ou se vença ou se torne exigível alguma prestação. (...) A resilição é direito à extinção da relação obrigacional *desde a infração* da cláusula contratual ou da lei. Tem em comum com a denúncia o não ir ao passado; com a resolução, por mora ou impossibilidade de prestação, imputável à outra parte, – a razão de infração” (*Locação...*, cit., pp. 107-109).

Embora sejam merecedores de admiração e respeito, não há como negar que os conceitos de Tomasetti Jr. e do próprio Pontes de Miranda não pareçam muito claros ao leitor não iniciado na linguagem precisa e na lógica formal aplicada ao direito, marca do raciocínio dos dois autores.

Ademais, por mais que se possa criticar o Código Civil de 2002, é sempre bom lembrar que é por meio de suas regras que deverão os civilistas brasileiros resolver os problemas do século XXI até que outro Código venha o substituir⁵⁷.

Fala-se isso para lembrar que o Código não foi escrito sob a nomenclatura defendida por Pontes de Miranda ou por Tomasetti Júnior, o que demanda de seu intérprete um esforço conceitual para adaptar a lei aos ditames pré-estabelecidos pela Ciência Jurídica.

Assim, tem-se que no Código Civil está clara a distinção entre resolução (artigo 474) e resilição do contrato (artigo 473). Mas a diferenciação não é simplesmente pelos efeitos produzidos por uma e por outra, porque assim como na lei portuguesa, a resolução não tem efeitos retroativos sempre (*e.g.* artigo 478, *fine*).

Diante disso, adotaremos nessa obra os seguintes conceitos.

Resolução é a maneira de se extinguir relações jurídico-contratuais por decorrência de impossibilidade de prestação. Seja a impossibilidade voluntária ou involuntária, haverá resolução. Ela, em regra, impõe efeitos terminativos *ex tunc*, mas isso não é sempre verdade. Seu marco definidor é o conceito de impossibilidade de cumprimento do contrato, entrando aí o inadimplemento absoluto, a onerosidade excessiva, os casos de frustração do fim do contrato⁵⁸ e até de caso fortuito ou de força maior. Em todos esses casos haverá resolução.

Haverá, de outro lado, resilição sempre que a lei ou o contrato facultarem a uma ou mais partes a opção de saída do vínculo contratual. Regra geral, a resilição se dá nos contratos por tempo indeterminado, como medida da proibição dos vínculos eternos⁵⁹. Por outro lado, nos contratos com tempo determinado, não há a possibilidade de resilição⁶⁰.

⁵⁷ Considerando o tempo que levamos para mudar do Código de 1916 para o Código de 2002, isso não deverá acontecer tão cedo.

⁵⁸ Ver Rodrigo Cogo, *A frustração do fim do contrato*, Dissertação de Mestrado apresentada à FDUSP, São Paulo, 2005.

⁵⁹ *La perpétuité fixée dans un contrat atteint des principes essentiels comme la liberté individuelle ou la protection d'ordre public. (...) Le phénomène de pérennité contractuelle ne peut résulter de la conclusion*

O Código Civil somente faz menção ao termo resilição uma vez em seu texto, justamente no artigo 473: “A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. Contudo, vê-se a possibilidade de resilição em uma série de outras oportunidades no Código, como no caso de revogação do mandato (artigo 682), na renúncia ao mandato pelo mandante (artigo 688), na retomada da coisa pelo comodante (artigo 581), na extinção do contrato de prestação de serviço por tempo indeterminado (artigo 599, a despeito de o código empregar o verbo “resolver”), na dispensa do comissário sem justa causa (artigo 705) e na extinção do contrato de agência ou de distribuição, por tempo indeterminado (artigo 720).

Embora a regra seja de que só há resilição em contratos por tempo indeterminado, o próprio Código a prevê para certos contratos com tempo determinado. No contrato de depósito, por exemplo, mesmo que contratado a prazo, pode o depositante exigir a restituição da coisa depositada a qualquer tempo, não podendo o depositário retê-la sob alegação de que o prazo do contrato não se extinguiu (artigo 633). A mesma coisa no mandato, pois mesmo que contratado com prazo, pode o mandante revogá-lo a qualquer tempo (artigo 683).

A resilição, portanto, é o desfazimento do vínculo contratual mediante o exercício de um direito potestativo garantido à parte, seja pela lei, seja pelo próprio contrato. Ela se dá, em regra, nos contratos por tempo indeterminado, mas também pode ocorrer nos contratos por tempo determinado, como demonstrado.

O artigo 473 do Código, apesar da divergência doutrinária que paira sobre o tema, preferiu determinar que a resilição se opera mediante denúncia. Nem Tomasetti Júnior, nem Pontes de Miranda concordam com isso, mas é a lei. Fica estabelecido então que a resilição unilateral é levada a efeito por ato denominado denúncia⁶¹.

A denúncia é mais que ato, é negócio jurídico unilateral receptício. Não precisa de aceitação. Chegada ao outro contratante, torna-se irrevogável, pois se

d'un contrat à une durée perpétuelle . Les droit des contrats exclut ses manifestations dans le cadre d'un écoulement qualitativement illimité du temps du contrat (Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, Paris, 2005, p. 48).

⁶⁰ *Les terme est alors un élément de la loi contractuelle; sont respect exclut, donc, l'exercice d'une faculté de résiliation unilatérale* (Jaques Mestre, *Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans le constrats de distribution*, in *La Cessation des Relations Contractuelles D'Affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, p. 16).

⁶¹ “A eficácia típica da denúncia é por termo final a um contrato (mais propriamente, a uma relação contratual), estabelecido por prazo *indeterminado*, apagando os seus efeitos a partir de então (*ex nunc*)” (Antonio Junqueira de Azevedo, *Contrato de distribuição por prazo determinado...*, cit., p. 294).

consuma⁶². Ela normalmente é imotivada, isto é, não tem pressupostos fáticos específicos necessários, ou em outros termos, causa pressuposta necessária⁶³, e assim é chamada de denúncia vazia.

Em outras circunstâncias, é preciso que o suporte fático seja preenchido especificamente para ser possível o exercício da denúncia. Ela depende de pressupostos e é chamada de denúncia cheia ou motivada (e.g. artigo 47 e artigo 50, parágrafo único, da Lei 8.245/1991).

Por último, é preciso dizer que o Código trata da resilição dentro da Seção I “Do Distrato”, de modo que se pode dizer que, para a lei, há duas modalidades de resilição: a bilateral (ou distrato), prevista no artigo 472; e a unilateral (exercida mediante denúncia), prevista no artigo 473.

Em resumo, citam-se as palavras de Francisco Loureiro, que fiel ao Código Civil, assim distinguiu a resilição da resolução do contrato:

Em suma, a distinção fundamental entre a resilição e a resolução, por expressa opção do legislador, se encontra na causa da extinção do contrato, a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Perde sentido, por consequência, tradicional definição de Pontes de Miranda, que serviu de referência a inúmeros autores contemporâneos, para quem a distinção entre as figuras da resilição e da resolução não estava na causa, mas sim nos seus efeitos⁶⁴.

Nessa tese, conceito muito relevante será o de resilição unilateral. Espera-se que suas linhas gerais tenham ficado claras, pois precisaremos delas mais à frente.

⁶² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Locação...*, cit., p. 106.

⁶³ Sobre causa pressuposta, vide Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, cit., pp. 121-129.

⁶⁴ *Ob. cit.*, p. 03.

2. O tempo no contrato

O desafio que nos propomos a enfrentar na primeira parte desta obra é a definição da categoria jurídica dos “contratos de longa duração” ou “contratos de execução continuada”, tais como referidos, por exemplo, pelo artigo 434, 2, do Código Civil português.

Para isso nos valeremos de três etapas. Na primeira, analisaremos, em breve passagem, o modo como a passagem do tempo influenciou o conceito de contrato para a Teoria Geral do Contrato. Não se fala aqui na passagem do tempo histórico, no sentido de que as teorias ou o próprio conceito de contrato tenha se alterado com o passar do tempo e o evoluir do pensamento jurídico romanogermânico.

O que se pretende analisar é como os teóricos do contrato viam a relação entre tempo e contrato num primeiro momento e como essa mesma relação é vista hoje. Isso para mostrar que a ideia de tempo contratual, entendido como elemento do contrato, mudou conforme os teóricos dedicados ao estudo do tema direcionaram suas lunetas para novos paradigmas⁶⁵, deixando os ideais liberais do século XIX, passando pelo intervencionismo da primeira metade do século XX e chegando ao momento atual com a necessidade de se implantar um padrão ético e humano nos contratos, sem comprometer em demasia a segurança jurídica e a previsibilidade das condutas futuras, ambos objetivos relevantíssimos para qualquer pessoa que celebra um contrato.

⁶⁵ Para uma visão bastante interessante e clara a respeito das mudanças de paradigma dos juristas nos últimos cento e cinquenta anos, confira-se Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., pp. 55-61.

2.1. A noção de tempo no contrato

Uma ponderação feita pelo físico Stephen W. Hawking em seu já clássico livro “Uma breve história do tempo” bem serve para começar este tópico do trabalho:

Até o começo deste século acreditava-se num tempo absoluto. Ou seja, cada evento poderia ser rotulado por um número chamado ‘tempo’, de uma forma única, e todos os bons relógios concordariam com o intervalo de tempo entre os dois eventos. Entretanto, a descoberta de que a velocidade da luz parecia a mesma a todos os observadores, independente do deslocamento de cada um, levou à teoria da relatividade, e nela foi necessário abandonar a idéia de tempo único e absoluto. Em vez disso, cada observador teria sua própria medida de tempo, como registrado pelo relógio que conduzisse: relógios de observadores diferentes não precisam concordar necessariamente. Assim, o tempo se tornou um conceito mais pessoal, relativo ao observador que o estivesse medindo⁶⁶.

Trazendo as afirmações do físico para o Direito e mais propriamente para o Direito que se aplica aos contratos, pode-se dizer que também na ciência jurídica a noção de tempo sofreu uma releitura e sua importância mudou sobremaneira desde o início do século XX até os dias atuais.

Especificamente em relação aos contratos, a noção de tempo que antes era um simples elemento externo ao conceito, considerado como elemento necessário mas accidental do negócio jurídico (*accidentalial negotii*)⁶⁷, sofreu transformações interessantes, pois a duração das relações jurídico-contratuais foi a cada dia se prolongando e a necessidade de vínculos obrigacionais duradouros foi se mostrando mais e mais presente na vida de quem celebra, escreve, interpreta e julga contratos.

Não que o contrato de longa duração seja de fato uma criação recente da ciência jurídica⁶⁸, mas foi no século XX que a compreensão e percepção da influência do tempo sobre o contrato e sobre a relação jurídica dele decorrente se mostraram importante para solucionar conflitos até então inéditos à teoria contratual.

⁶⁶Stephen W. Hawking, *Uma Breve História do Tempo: do Big Bang aos Buracos Negros*, 11ª ed., trad. Maria Helena Torres, Rio de Janeiro, Rocco, 1988, p. 199.

⁶⁷Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, cit., p. 33.

⁶⁸As *locatio*(*Locatio rei*, *Locatio conductio operarum* e *Locatio conductio operis*), do Direito Romano, enquadram-se perfeitamente como contratos cuja duração da relação é mais duradoura que uma simples troca.

Todo o problema do tempo em relação ao contrato reside no maior ou menor intervalo entre o acordo de vontades que faz surgir o contrato e o momento de seu completo adimplemento, reputando-o por terminado. Quanto mais longo for este intervalo, mais importante é a noção de tempo para o contrato, tornando esse elemento menos acidental e mais essencial à configuração daquele tipo negocial específico.

É a partir desta constatação que se torna possível classificar os contratos conforme seu tempo de duração. Antonio Junqueira de Azevedo escreve:

Se a execução das prestações não é imediata, há três hipóteses possíveis; na primeira, o agente tem interesse em que a satisfação de suas necessidades ocorra *em um determinado momento*. O tempo funciona, assim, como fator de fixação da ‘sede temporal’, um termo assinalado à execução da prestação, marcando a distância entre o ato constitutivo da relação jurídica e o ato de adimplemento. Pode-se falar, pois, em ‘execução diferida’. Semelhante caso é aquele em que o tempo não é desejado pelas partes, mas é necessário para que a execução se aperfeiçoe; é o que ocorre, por exemplo, no contrato de empreitada, no qual a satisfação do interesse e o adimplemento dependem do resultado final de uma atividade preparatória mais ou menos longa. A entrega da prestação pode ser parcial, quando, em tese, poderia ser dita ‘continuada’, ou, então, em um único momento, quando o adimplemento seria ‘instantâneo’, mas são de ‘execução diferida’. Uma segunda hipótese é a execução por trato sucessivo, como ocorre nos contratos de fornecimento de mercadoria, nos de locação (quanto ao pagamento mensal de aluguel), etc. Finalmente, uma terceira hipótese, é a da execução continuada no sentido próprio; por exemplo, contrato de trabalho, de locação (quanto à colocação da coisa à disposição), etc. Nas duas últimas hipóteses, o tempo corresponde ‘ao interesse na satisfação continuada de uma necessidade duradoura’; ele faz parte da causa final do contrato. Tem-se *adimplemento continuado ou protraído no tempo*. Ao passo que, na primeira hipótese o tempo é ‘suportado’ por uma, ambas ou todas as partes em virtude da impossibilidade de se obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pense-se novamente na empreitada), nas duas últimas o tempo é desejado pelas partes. Somente nos dois últimos casos há, verdadeiramente, *contrato de duração em sentido técnico*, - contratos de execução continuada e de trato sucessivo -, de

que são exemplos o contrato de locação, o contrato de sociedade e o contrato de trabalho, dentre outros”⁶⁹.

A evolução e o progresso experimentados pela humanidade nos últimos cem anos foi campo fértil para o surgimento de relações jurídicas complexas, bastante diferentes das conhecidas relações contratuais instantâneas como a compra e venda, a troca ou o empréstimo. As prestações se tornaram mais difíceis e trabalhosas e houve uma paulatina substituição da prestação de dar (comum nos contratos de permuta, compra e venda e outros) por prestações de fazer que se protraem no tempo⁷⁰.

Além disso, outro ponto de relevância do tempo na teoria contratual passou a se dar pela forma como as pessoas passaram o olhar para os vínculos que fazem. Antes, contratos instantâneos bastavam para atender às necessidades humanas e permitir o acesso das pessoas ao suficiente para satisfazê-las. Hoje isso não é mais verdadeiro.

As pessoas passaram a programar suas vidas por meio dos contratos de longa duração. O acesso à informação, a serviços básicos como energia elétrica, gás, coleta de lixo etc., assim como a prevenção para contingências futuras (seguros, planos de previdência etc.) acabaram ganhando a forma de relações jurídicas duradouras e perenes, com tendência de prolongamento por toda a vida dos contratantes⁷¹.

Tudo isso fez com que a própria noção de tempo contratual passasse por transformações notáveis.

Muito embora a noção de contrato remonte a tempos imemoriais e o Direito Romano seja fértil em criações e estipulações acerca de contratos, bem como em

⁶⁹*Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 356-357.

⁷⁰Um exemplo que bem sintetiza essa evolução é o contrato dito de fornecimento. Nesse contrato, uma das partes se compromete a, por certo lapso temporal, disponibilizar à outra quantidades pré-determinadas de um bem (produto), mediante pagamentos respectivos. Embora no cerne da relação jurídica sejam facilmente visíveis duas obrigações de dar (a do fornecedor de entregar o bem e a do “fornecido” ou tomador de pagar os preços respectivos), o que diferencia este contrato de uma série de compras e vendas sucessivas e independentes entre si é a disponibilidade do fornecedor para com o tomador. Este último garante para si, mediante a celebração do contrato, uma via segura e previsível de acesso ao bem objeto do contrato, pelo tempo ali também previsto. Mais do que receber os bens, o tomador está interessado nessa perenidade da relação, ele está preocupado em ter os produtos disponíveis sempre que precisar. Essa disponibilidade, ou seja, essa “sensação de segurança” que o fornecedor transmite ao tomador se assemelha muito a uma ideia de garantia e é o elemento central do contrato de fornecimento (o que Antonio Junqueira de Azevedo chama de “satisfação continuada de uma necessidade duradoura” do credor – vide nota anterior), muito mais do que as sucessivas obrigações de dar que também caracterizam o vínculo (nesse sentido: Luigi Lordi, *Istituzioni di diritto commerciale*, v. 2, Padova, CEDAM, 1943, pp. 863-865; em sentido contrário: Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, cit., p. 255).

⁷¹ Vide item 3.4., *infra*.

proposições teóricas voltadas à solução de problemas práticos, faremos aqui um corte historicometodológico voltado a bem compreender o objeto de nosso estudo.

Trabalharemos com duas realidades contratuais diferentes. A primeira, que chamaremos de teoria contratual voluntarista⁷², quer se referir ao pensamento contratual típico do século XIX e início do século XX, de notável influência francesa e marcado pela ideologia liberal que levou à promulgação do Código Civil francês em 1804. Em um segundo momento, analisaremos o tempo contratual da perspectiva da dita teoria contratual contemporânea, influenciada pelos movimentos de reação às teorias voluntaristas e marcada pela concepção do Direito como sistema de segunda ordem⁷³.

⁷² Trata-se da visão do conceito de contrato concebida sobre o arquétipo do ideário liberal típico do século XIX. A partir desse ideário desenvolve-se a própria teoria voluntarista do negócio jurídico, que preconiza a primazia da vontade sobre a declaração e foca na vontade como elemento primordial para a formação do vínculo jurídico negocial. Surgida a partir da pandectista alemã com Nettelbladt e seguida por Savigny, essa teoria contou com diversos seguidores na doutrina brasileira como Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931, pp. 318-320), J. Franzen de Lima (*Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 279), Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil*; parte geral, v. I, 39ª ed. rev. e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 185) e Silvio Rodrigues (*Direito Civil*; parte geral, 27ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 149), contando ainda, mais recentemente, com Silvio de Salvo Venosa (*Direito Civil*; parte geral, v. 1, São Paulo, Atlas, 2001, p. 299).

⁷³ Antonio Junqueira de Azevedo, *O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 25-29.

2.2. A concepção voluntarista de tempo contratual

Assim como na física antes de Einstein, a concepção liberal de contrato obtida a partir da influência do ideário da Revolução Francesa e eternizada no texto do Código Civil francês concebia o tempo como uma linha fixa, imutável e insensível que assiste à agitação universal sem dela participar⁷⁴. De acordo com Anne-Sophie Lavefve Laborderie, “*Le temps existe mais il se trouve seulement envisagé dans une perspective restrictive, que n’intègre pas sa possible inconstance*”⁷⁵.

Dentro dessa perspectiva, o tempo contratual é encarado linearmente e o único momento contratual relevante é a formação do contrato, sendo sua execução e extinção decorrências lógicas do primeiro momento, sem nenhum reflexo para a formatação do vínculo e sem qualquer influência da passagem do tempo sobre elas.

No que diz respeito à formação do contrato, ela é tomada como o momento em que acontece a fusão entre a oferta e a aceitação. A formação do contrato é, portanto, um único ponto na linha do tempo. Além disso, a formação do contrato é o ponto em que surge o contrato, é o momento em que os elementos externos ao contrato (todos eles: agentes, tempo, espaço, objeto, forma e circunstâncias negociais⁷⁶) são organizados pelos contratantes em suas declarações de oferta e aceitação, permitindo que o vínculo contratual passe a existir.

De acordo com a concepção voluntarista do contrato, o único ponto de interface entre o contrato e o tempo é o momento de formação. E não porque o tempo exercerá grande influência sobre o resultado do íter de formação do contrato, mas porque ele é pressuposto do contrato, já que qualquer fato prescinde de um lugar e de um tempo para ocorrer.

Mais do que isso, essa concepção voluntarista olha para o tempo de formação do contrato apenas para fixar um marco cronológico de início do vínculo, que tem como consequência prática explícita a fixação das normas legais aplicáveis à estrutura daquele contrato que acabou de se formar.

⁷⁴ Pierre Hebraud, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Aix-en-Marseille, PUAM, 1979, p. 03.

⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 168.

⁷⁶ Para que o contrato exista, isto é, se forme, é preciso reunir elementos mínimos que lhe dêem a existência de contrato. Antonio Junqueira de Azevedo ensina que estes são os elementos gerais e essenciais de todo negócio jurídico, sem os quais é impossível se conceber um negócio jurídico e, em última análise, um contrato (*Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., pp. 33-35).

O tempo do contrato serve apenas para se saber quais são as leis aplicáveis àquela relação jurídica. Quando o contrato se forma é como se tirassem uma fotografia do ordenamento jurídico naquele exato momento e o contrato carregasse essa fotografia com ele durante toda a sua existência, clamando a aplicação das regras “presas”⁷⁷ na fotografia em qualquer instante em que se queira discutir a estrutura da relação contratual formada.

Nas palavras de Anne-Sophie Lavefve Laborderie,

*En considérant l'uniformité du temps, la théorie classique cofère logiquement au temps de la formation du contrat une primauté en termes de repère contractuel. En effet, le temps s'écoule de manière régulière. Il n'est pas appréhendé au regard de ces influences. Le moment de la formation constitue le point de départ essentiel qui ensuite suit le cours paisible du temps. Dans la théorie classique, le contrat, une foi formé, n'a aucune raison d'être déstabilisé par le temps puis que ce dernier reste le même. En conséquence, seuls les éléments intégrés dans la convention dès la formation du contrat permettent son existence. Le temps de formation constitue donc l'unique repère temporel dans la conception classique du contrat*⁷⁸.

Nesta concepção narrada pela autora francesa, o trabalho de reconstrução contratual feito pelo intérprete se limita a caçar os elementos formadores do contrato na fase pré-contratual⁷⁹ apenas e vai no máximo até o momento da contratação, do encontro das declarações de vontade das partes. Todos os elementos que regerão a relação jurídico-contratual têm de estar presentes naquele momento único do tempo. O que não estiver ali, naquele momento, ficará certamente de fora do conjunto normativo do contrato. Se as partes não previrem tudo naquele momento, nada poderão fazer quando forem surpreendidas. Sob essa concepção, o contrato é imutável, porque seu único marco de referência é o momento de formação.

⁷⁷Essa é a concepção voluntarista de proteção do ato jurídico perfeito. A lei nova não retroage contra o ato jurídico perfeito justamente porque este ato carrega consigo a lei do momento de sua formação. Para o contrato que se forma, a lei vigente no momento da formação se eterniza, acompanhando o contrato para sempre. O Código Civil vigente quebra em parte esta lógica no texto do parágrafo único do artigo 2.035, ao prever que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁷⁸*Ob. cit.*, p. 169.

⁷⁹ Não se adota aqui a nomenclatura mais tradicional ou conhecida sobre as fases pré-contratual (fase de punção), fase contratual propriamente dita (execução do contrato) e fase pós-contratual (após a extinção da relação jurídico-contratual). Está-se aqui a referir às fases do contratar, que são a fase de negociação (pré-contratar), de conclusão do contrato (contratar propriamente dito) e de execução do contrato (pós-contratar). Para uma melhor elucidação sobre o porquê dessa abordagem, vide o nosso *Interpretação Contratual: o problema e o processo*, cit., p. 166.

Os outros dois momentos contratuais (execução e extinção), para os teóricos voluntaristas, são simples decorrências lógicas do ponto fundamental que é a formação do contrato. A execução nada mais é que a continuidade natural e esperada do acordo de vontades antes firmado, sobre a qual o tempo não exerce qualquer influência. Do mesmo modo, a extinção do contrato é o ápice da programação engendrada no ato de formação do contrato, ela marca simplesmente o fim do vínculo, fim que foi previsto e acordado pelas partes no momento inicial da contratação⁸⁰.

As ideias de imutabilidade e de intangibilidade do contrato, ambas decorrência do princípio do *pacta sunt servanda* ou força obrigatória do contrato⁸¹, são consequência dessa concepção da influência limitada do tempo no contrato. Uma vez que o único momento de organização contratual é o de formação do contrato, apenas naquele instante é possível moldar o vínculo e prever as obrigações e os direitos que competirão a cada uma das partes integrantes do acordo. Como a execução do contrato nada mais é do que o prolongamento no tempo da previsão estática concebida na formação contratual, nada do que foi pactuado anteriormente poderá ser alterado posteriormente. Daí porque ser o contrato originalmente imutável e intangível, pois o tempo não volta.

É importante notar que esta concepção de contrato imutável e intangível remonta a tempos antigos e leva a investigações históricas que fogem ao objeto deste estudo. Contudo, pode-se dizer que uma das possíveis justificativas filosóficas para o efeito engessante dos contratos baseia-se nas três máximas de Aristóteles: fidelidade, liberalidade e justiça comutativa⁸². Para o filósofo grego, a virtude da fidelidade ou confiança significa manter a palavra dada. Também São Thomas de Aquino afirmava que as promessas devem ser cumpridas por uma questão de fidelidade à palavra dada⁸³. Diante dessa lógica, mudar o prometido porque o tempo passou poderia ser visto como fraqueza, fuga à palavra dada ou desonra.

Para Aristóteles, liberalidade significa não somente a disposição voluntária de bens ou recursos, mas sua entrega consciente para pessoa determinada, na quantidade e qualidade certa e no tempo exato⁸⁴. A noção de tempo marca o vínculo apenas como o

⁸⁰ Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *ob. cit.*, p. 170.

⁸¹ Orlando Gomes, *Contratos*, 25ª ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 36-38.

⁸² *Ética a Nicômaco*, trad. Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2002, p. 147.

⁸³ *Suma Teológica*, vv. 4 e 11, trad. Alexandre Corrêa, pp. 88 e 110.

⁸⁴ *Ética a Nicômaco*, cit., pp. 150 e ss.

período pelo qual certa pessoa terá sua liberdade reduzida. Por que a liberdade fica reduzida? Porque em algum momento do passado essa mesma pessoa previu essa restrição e com ela consentiu. Alterar isso é quebrar a lógica da justiça comutativa de Aristóteles⁸⁵.

A partir dessas ideias, juristas e filósofos do século XVII, como Domingo de Soto, Luis de Molina e Leonard Lessuis, desenvolveram a concepção de promessas imutáveis que obrigam as pessoas por certo tempo, sempre com fundamento na liberalidade de quem se comprometeu na justiça comutativa, que atualmente chamamos de sinalagma⁸⁶.

Posteriormente, filósofos de orientação humanista trouxeram o pensamento que serviu para fomentar a própria Revolução Francesa, entendendo que as promessas obrigavam porque resultavam de ato voluntário e consciente de seus autores, que abriam mão de sua liberdade inata para livremente se vincular. Daí porque se dizer que essa concepção de contrato intangível, em que o tempo é referencial de época da formação e do momento de fixação de todos os elementos que compõem a relação jurídico-contratual, chama-se concepção voluntarista.

É fato que as concepções individualistas ou voluntaristas do contrato o concebiam como um instrumento voltado ao futuro. Quanto a isso, não restam dúvidas. A ideia de que se fixam, em um determinado momento, direitos e obrigações para cada uma das partes tem uma razão de previsibilidade muito simples: as pessoas querem justamente se precaver de surpresas no futuro.

As palavras de Willard Hurst, historiador norte-americano, são bastante esclarecedoras nesse sentido:

Because marketing cannot go on save in a context of reasonably assured expectations, the legal order as whole was, of course, indispensable to the existence of the market. But it was the law of contract which supplied the assurances and the procedures and tools necessary for the immediate operation and steadily expanding energy of the institution (...) contract law provided a

⁸⁵Para Aristóteles, justiça comutativa nas transações voluntárias significa a troca de recursos ou bens de valor equivalente, de modo que nenhuma das partes saia enriquecida ou empobrecida após a realização da transferência (*Ética a Nicômaco*, cit., pp. 150 e ss.). O tempo é a medida da justiça na medida em que é o referencial da renúncia à liberdade feita por meio do contrato.

⁸⁶James Gordley [org.], *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001, p. 05.

framework of reasonable assured expectations within which men might plan and venture”⁸⁷.

Em resumo, a “força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico”⁸⁸. Essa é, assim, a razão pela qual se buscou no momento da formação dos contratos fixar ali a imutabilidade de seu conteúdo e a definição dos elementos que comporiam o pacto. Previsibilidade e segurança são dois valores muito caros ao ser humano e cogitar que o tempo poderia influenciar nisso, permitindo a alteração das regras do jogo enquanto o jogo era jogado, simplesmente se confrontava diretamente com a necessidade de administrar o futuro do homem do século XIX.

Essa concepção de tempo contratual ainda tem importante aplicação no Direito contemporâneo, isso não se pode negar. No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 427 do Código Civil, ao dispor que “a proposta de contrato obriga o proponente” é a ilustração da importância que ainda hoje o programa contratual tem para as partes no sentido de garantia de previsibilidade e de segurança.

O contrato precisa, assim, ser imutável no sentido de que, após a celebração, ninguém pode alterar o conteúdo da avença, sejam as próprias partes unilateralmente, seja o juiz, seja um terceiro. O texto contratual estabelece um programa a ser seguido pelas partes, programa com o qual os contraentes comprometem seus patrimônios (v. artigo 591 do Código de Processo Civil) e do qual não podem se furtar, sob pena de desequilibrar a relação conforme ela foi concebida⁸⁹.

Regra geral, a passagem do tempo não deveria influenciar nessa programação feita pelas partes no início do vínculo jurídico-contratual.

⁸⁷ *Law and Economic Growth: The Legal History of The Lumber Industry in Wisconsin 1836-1915* Apud E. Allan Farnsworth; William F. Young; Carol Sanger, *Contracts: Cases and Materials*, 6ª ed., 2ª Reimpressão, Nova Iorque, Foundation Press, 2005, p. vi.

⁸⁸ Orlando Gomes, *Ob. cit.*, p. 36.

⁸⁹ A formação empresta “uma espécie de estrutura imanente ao contrato que liga prestação e contraprestação; ele estabelece um ‘programa’ para as partes, que é tanto mais evidente quanto mais prolongada no tempo for sua execução. Cada parte assume no contrato determinados riscos – riscos contrapostos e projetados no futuro. (...) Uma mudança na prestação de uma ou outra parte quebraria o equilíbrio do programa contratual livremente constituído por ambos os contraentes (Antonio Junqueira de Azevedo, *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (Tu Quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 170-171).

Contudo, o conceito de futuro a ser administrado pelo contrato não pode ficar restrito a uma programação de prestações. O futuro contratual não se resume ao tempo de execução das obrigações principais do contrato. Embora o tempo contratual se inicie na formação do contrato e termine quando do adimplemento das prestações principais sob responsabilidade de cada uma das partes, muita coisa pode acontecer nesse caminho que poderá influenciar na programação inicialmente pensada pelas partes. A teoria contratual não pode ignorar esse dado da realidade, sob pena de ser absolutamente inefetiva.

Por isso, percebeu-se que a concepção da fixação temporal do programa contratual apenas no momento da formação do contrato e os conceitos de intangibilidade e imutabilidade do contrato poderiam gerar mais problemas do que soluções, pois a passagem do tempo não é assim tão linear e uniforme como queriam os teóricos voluntaristas. Não resta dúvida de que tal concepção não poderia prevalecer.

2.3. A concepção contemporânea de tempo contratual

Não demorou muito para que os teóricos percebessem que a ideia de imutabilidade do programa contratual, se interpretada literalmente, poderia levar a injustiças. O princípio do *pacta sunt servanda* tem clara inspiração liberal e parte de dois pressupostos: (i) as partes são livres para contratar como quiserem e (ii) as circunstâncias presentes no momento da contratação se manterão durante todo o período de execução do contrato.

Contudo, nem sempre esses pressupostos se apresentam, de modo que a aplicação do princípio na ausência deles acaba levando a uma situação de franca injustiça e desequilíbrio contratual.

Um exemplo da aplicação exagerada do princípio está em antigo julgado da Corte de Cassação francesa, datado de 06 de março de 1876, tradicionalmente conhecido como o caso do Canal Craponne⁹⁰. Em 1560 e em 1567, lavradores estabeleceram com o um rico morador local um contrato no qual ele, proprietário de um canal de irrigação, se comprometia a mantê-lo limpo e a permitir o uso da água por todos, mediante o pagamento de certa quantia, periodicamente, por cada um dos agricultores.

Cerca de trezentos anos mais tarde, em 1873, os sucessores do proprietário do canal propuseram uma ação judicial reclamando o reajuste do valor da contribuição dos usuários, visto que, por conta da depreciação monetária, o valor havia adquirido mero caráter simbólico.

⁹⁰ Eis a íntegra da decisão:

“Vu l'article 1134 du Code civil;

Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article;

Attendu que la règle qu'il consacre est générale, absolue et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature;

Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants;

Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé;

Par ces motifs, casse, dans la disposition relative à l'augmentation du prix de la redevance d'arrosage, l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'appel d'Aix le 31 décembre” (FRANÇA, Corte de Cassação, Câmara Civil, julgado em 06 de março de 1876, extraído de <<http://fr.wikisource.org/wiki/Cour_de_cassation_-_Canal_de_Craponne>>, acesso em 24.01.2010).

O julgamento da Corte de Aix foi favorável à pretensão dos sucessores do proprietário do canal, ao dizer que se tratava de um contrato de trato sucessivo e que a alteração das circunstâncias poderia levar à revisão do contrato ao longo do tempo.

Contudo, a Corte de Cassação francesa reformou a decisão e considerou que o entendimento do juízo *a quo* havia violado o art. 1.134 do *Code Civil*, que contemplava o princípio da intangibilidade dos contratos, de modo que não cabia ao Poder Judiciário imiscuir-se nas avenças particulares para alterá-las, pois estabelecidas livremente pelos contratantes.

A corte aplicou cegamente a ideia de que a passagem do tempo não influencia o programa contratual. As partes estabeleceram todos os elementos normativos de seu vínculo no momento da formação do contrato. Tudo o que vier depois será aplicação do que ficou estabelecido naquele momento.

A decisão choca o mais raso sentimento de justiça. Impedir o reajuste de uma cláusula contratual passados mais de trezentos anos de sua celebração é algo por demais exagerado. É inegável que durante esses três séculos as circunstâncias que permeavam essa relação contratual se alteraram, pedindo que o estatuto contratual também se alterasse. O *pacta sunt servanda* tinha de dar lugar ao bom senso e ao equilíbrio contratual. Mas não foi isso o que entendeu a Corte de Cassação francesa.

Posteriormente, outro alto tribunal francês⁹¹, ao apreciar um caso que envolvia tarifas públicas de serviço essencial, qual seja, iluminação pública, ofereceu contraponto ao entendimento fixado pela Corte de Cassação no caso do Canal Craponne.

Tal decisão se deu no julgamento, pelo Conselho de Estado francês, do caso da Cia. Geral de Iluminação de Bordeaux⁹², ao estabelecer que em determinadas

⁹¹ Na verdade, não se trata propriamente de um Tribunal no sentido de órgão judiciário, pois na França, assim como em diversos outros países europeus, a jurisdição é dividida em administrativa e judicial. Não se litiga contra o Estado perante o Poder Judiciário, mas perante órgão administrativo. Assim, na França, o órgão judicial superior é a Corte de Cassação. E o órgão de julgamento administrativo mais alto é o Conselho de Estado. Ambas as cortes têm a última palavra no que diz respeito aos litígios de suas respectivas competências: lides entre particulares e lides que envolvam o Estado, respectivamente.

⁹² Eis o resumo oficial da decisão:

“En principe, le contrat de concession règle, d'une façon définitive, jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant, le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées et la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions

circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis, *in casu* o aumento repentino do preço do carvão mineral causado pelas dificuldades de transporte e obtenção do produto em virtude da Primeira Grande Guerra, seria possível revisar o conteúdo de um contrato administrativo de concessão de serviço público para se a garantir ao concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídico-contratual.

A decisão do Conselho de Estado francês é considerada por muitos como a primeira decisão de uma alta corte a permitir a modificação do programa contratual por conta da alteração de circunstâncias no curso da execução contratual. Contudo, antes dessa decisão, na Alemanha, por exemplo, já muito se debatia sobre a possibilidade de alteração do contrato posterior ao momento de sua celebração⁹³.

Uma série de teorias sustenta esse pensamento, tais como a da cláusula *Rebus Sic Stantibus*, a Teoria da Base do Negócio, a Teoria da Imprevisão etc⁹⁴. Não é objetivo deste estudo tratar sobre cada uma dessas teorias. O que é relevante notar é a influência que tais formulações exerceram sobre o conceito de tempo contratual e a influência delas na reformulação da própria ideia de formação do contrato.

qu'elle a faits avant de s'engager. Toutefois, la hausse survenue au cours de la guerre de 1914, dans le prix du charbon, matière première de la fabrication du gaz, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale et de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, a atteint une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession. En conséquence, l'économie du contrat se trouve bouleversée et le concessionnaire de l'éclairage au gaz d'une ville est fondé à soutenir qu'il ne peut être tenu d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine le fonctionnement du service, tant que durera la situation anormale ci-dessus indiquée. Le concessionnaire est tenu d'assurer le service concédé, avec tous ses moyens de production, mais le concédant doit lui venir en aide. Le concessionnaire ne peut d'ailleurs prétendre que le marché ayant prévu un certain prix pour la tonne de charbon, qui aurait correspondu au prix maximum du gaz fixé au contrat, toute augmentation du prix du charbon au delà de celui indiqué au marché doit être mise exclusivement à la charge du concédant ; elle doit supporter au cours de cette période transitoire, résultant des circonstances indiquées, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de mettre à sa charge. Dans ces conditions, il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne se mettent point d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles le concessionnaire pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle le concessionnaire a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles il aura à assurer le service pendant la période envisagée (FRANÇA, Conselho de Estado, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, julgado em 30 de março de 1916, publicado no *recueil Lebon*, p. 125, extraído de <<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465&dateTexte=>>> acessado em 24.01.2010).

⁹³ Vide Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., pp. 74 e ss.

⁹⁴ Para uma análise detida sobre todas as teorias que justificam a revisão contratual, vide Lúcia A. L. de Magalhães Dias, *Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro*, in Wanderley Fernandes [org.], *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 327-336.

Tome-se o Código Civil brasileiro, por exemplo. A lei contempla expressamente a possibilidade de revisão do contrato nos artigos 317 e 478, com base nos conceitos de desproporção manifesta e de onerosidade excessiva, este último extraído da doutrina e legislações italianas.

Dessa forma, em havendo situação que revele desequilíbrio considerável entre o contratualmente acordado como devido e o que efetivamente devesse ser pago em momento posterior, autorizou o Código Civil que o juiz corrija esse valor para garantir o valor real da prestação contratual.

Além disso, no caso dos contratos de longa duração, se a prestação de uma parte se tornar excessivamente onerosa, por conta de motivos extraordinários ou imprevisíveis, poderá o devedor pedir a extinção do vínculo contratual ou a readequação do contrato, dependendo do caso.

Houve, portanto, clara atenuação da regra de imutabilidade do contrato mediante a introdução de regras de revisão contratual no Código Civil de 2002. Mais do que isso, a característica da intangibilidade também não restou incólume.

Regras como a resolução unilateral de contratos (artigo 474 do Código Civil), a possibilidade de rescisão unilateral do contrato de longa duração pela denúncia de uma das partes (artigo 473 do Código Civil) e a “revogação”⁹⁵ de determinados negócios jurídicos como o mandato (artigo 682, I, do Código Civil) e a doação (artigo 555 do Código Civil) bem demonstram que, em certos casos, podem os vínculos contratuais ser desfeitos pela vontade de apenas um dos contratantes, desde que presentes certos requisitos eleitos pela lei.

A inserção de tais regras no Código Civil de 2002 é a consolidação da evolução da visão moderna do tempo contratual. No início do século XX, os teóricos dedicaram páginas e páginas de seus estudos para definir as possibilidades de alteração das regras contratuais por conta da necessidade de adaptação dessas mesmas regras à mutabilidade do tempo e das circunstâncias em que se encontravam as partes durante a execução das avenças.

Uma coisa era clara: quando o contrato se formava, a situação, o tempo, as circunstâncias eram umas. Quando se ia executar o contrato, no futuro, nem a situação,

⁹⁵ Vide item 1.3., *supra*.

nem o tempo, nem as circunstâncias eram as mesmas. Como então era possível aplicar aquelas mesmas regras, fixadas em momento absolutamente diverso e sem levar em conta as mudanças ocorridas?

No Direito alemão, os debates sobre a adaptabilidade das regras às novas circunstâncias promoveu uma fértil formulação de teorias como a Jurisprudência dos Conceitos, de Konrad Schneider; a Jurisprudência dos Interesses, de Philip Heck e a Escola do Direito Livre, de Büllow e de Kantorowicz⁹⁶, todas voltadas à superação da rígida aplicação das regras contratuais e legais em detrimento da necessidade de sua adaptação à realidade concreta e mutante de cada uma das relações jurídicas sob análise do intérprete e do julgador.

Assim, em um período de aproximadamente cinquenta anos (entre 1890 e 1940), o pensamento jurídico evoluiu e com ele o conceito de tempo contratual. Abandonou-se a ideia de tempo único, linear e fixo, tido como um ponto na linha da história representado pelo momento da fusão entre oferta e aceitação, no qual todas as regras eram definidas para sempre. Passou-se a permitir a alteração das regras contratuais pelo surgimento de novas circunstâncias, pelo comportamento das partes após a celebração do contrato e, em certos casos, pelo surgimento de uma nova regra legal que afetasse os pactos já celebrados.

Obviamente que essa revolução na teoria contratual teve seu maior impacto nos contratos que regiam relações jurídicas que se prolongavam no tempo, pois são essas as relações que mais estão sujeitas às surpresas do futuro.

⁹⁶ Um relato do desenvolvimento e dos ideais de cada uma dessas teorias é o feito por Antonio Manoel da Rocha Menezes Cordeiro (*Da Boa Fé no Direito Civil*, v. I, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 316- 370). O autor descreve em detalhes a evolução do pensamento doutrinário alemão no que se refere ao preenchimento dos conceitos indeterminados presentes em certas regras do Código Civil alemão (BGB), como os §§ 157 e 242, além dos §§ 162, 1 e 2; 320, 2; e 815. Durante o período entre o fim do século XIX e o início da Segunda Grande Guerra, a Alemanha passou por profundas transformações que trouxeram grande dose de surpresas e alterações de circunstâncias aos pactos firmados. A superinflação do período entre guerras, por exemplo, exigia que se afastasse o *pacta sunt servanda* e se reajustassem os preços do contrato, sob pena de haver absurdo enriquecimento de uma das partes do contrato em detrimento da outra. Nessa época, os teóricos lançaram mão dos conceitos indeterminados, principalmente da boa-fé objetiva, mas também da ideia de função social do contrato, de interesse público e de ordem pública (referidos por Antonio Junqueira de Azevedo como “o bando dos quatro”, em *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., p. 58) para justificar a alteração dos pactos contratuais em razão das novas circunstâncias. Essa possibilidade de mudança da letra contratual, surgida da necessidade de se “eticizar” e de se equilibrar as relações jurídico-contratuais em decorrência de uma nova realidade contextual, todavia, não teve somente reflexos positivos para a Ciência Jurídica. Foi exatamente pela abertura proporcionada pelos conceitos jurídicos indeterminados (o “bando dos quatro”) que os Estados totalitários nazifascistas imiscuíram-se nas relações jurídicas e na própria vida privada de seus cidadãos, fato que culminou com a própria Segunda Grande Guerra. De todo modo, é inegável a colaboração da doutrina alemã para a fixação dos pressupostos teóricos necessários à alteração do pacto contratual em razão da alteração imprevisível das circunstâncias negociais.

O abandono do conceito de tempo contratual atômico e pontual deveu-se, pois, à necessidade do início do século XX. Essa reformulação do conceito permitiu aos teóricos da segunda metade do século XX reformular o próprio conceito de formação do contrato, que deixou de ser considerado um ponto na linha do tempo para ser visto como uma linha mais ou menos longa, que se inicia quando da fusão das declarações negociais de vontade (oferta e aceitação) e prolonga-se por toda a eficácia do contrato, ou seja, acompanha a duração da relação jurídico-contratual, uma vez que as regras estão sempre sujeitas a adaptações e alterações⁹⁷.

A partir da conjugação de conceitos advindos da boa-fé objetiva (como a *suppressio* e a *surrectio*⁹⁸), bem como da própria compreensão da relação contratual como um fenômeno em constante formação, aliado às exigências de caráter ético e moral que passaram a integrar a normativa contratual, o tempo deixou de ser algo acessório ao contrato para se tornar elemento essencial de sua existência.

Obviamente que isso não se dá em todo e qualquer contrato. Nos contratos imediatos, de troca (ou, como conhecidos no jargão de língua inglesa, contratos *spot*⁹⁹), o tempo não será um fator de influência tão importante como nos contratos que regem relações jurídicas duradouras.

Mas nesses últimos, a duração das relações jurídicas traz como consequência natural e imediata a necessidade de se ter o tempo do contrato em outra perspectiva do que aquela concebida pelos pensadores voluntaristas do século XIX. É

⁹⁷ “L’instantanéité privilégiée par la lecture classique du contrat semble contredire la tendance actuelle qui caractérise le contrat de longue durée. En effet, ce dernier se forme dans une durée de formation progressive, et paraît évolutif lors de son exécution. Les manifestations de la pérennité contractuelle permettent en effet de souligner que la formation du contrat ne constitue pas l’unique point de repère temporel de l’acte. Les clauses conventionnelles de renégociation, certaines dispositions légales et des décisions jurisprudentielles de plus en plus nombreuses prouvent l’existence d’une approche de la convention en considération du moment de son exécution. Autrement dit, le temps présent ne se trouve pas considéré comme un simple prolongement du passé. Les parties, le législateur et le juge confient au temps de l’exécution une certaine spécificité. Cette tendance appartient à une conception différente du temps. Ce dernier apparaît plus complexe et moins déterminable, ce qui limite l’intérêt accordé à l’instant de formation du contrat. Le phénomène de pérennité contractuelle fait ressortir l’existence d’une pluralité de repères temporels. La théorie classique du contrat adopte une conception du temps contractuel qui ne permet pas d’expliquer la pérennité contractuelle” (Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *ob. cit.*, p. 171).

⁹⁸ Para a definição destes termos e explicações sobre sua aplicação, vide o nosso *Tratamento Contemporâneo do Princípio da Boa-fé Objetiva nos Contratos*, cit., pp. 320-321.

⁹⁹ Oliver E. Williamson, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, in *Journal of Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, 1993, pp. 88 e ss.

preciso ter a clara consciência que o tempo de formação do contrato, em muitos casos, se confunde com o próprio tempo de execução dos contratos¹⁰⁰.

Sob a concepção mais recente, portanto, não é só o instante da fusão das declarações de vontade que será relevante para formar o conjunto de regras a reger a relação contratual entre as partes. Haverá que se preocupar também com aquilo que aconteceu antes da fusão das declarações (o período do pré-contratar, no sentido daquilo que vem antes do “contratar”), isto é, a fase de negociação ou *pourparlers*. Além disso, será preciso ter em conta a influência do tempo na própria execução dos contratos, ou seja, no período que sucede à fusão de declarações de vontade (a fase pós-contratar, no sentido daquilo que vem depois do “contratar”).

Não se deve afastar por completo a ideia de que o tempo passa no contrato de forma linear. Isso sempre será verdade. Mas essa linearidade não é tão simples quanto parece ao se analisarem relações jurídicas prolongadas no tempo.

A doutrina francesa mais recente¹⁰¹ propõe um novo modo de se olhar para a passagem do tempo nas relações contratuais de longa duração. Segundo esses pensadores do Direito, o tempo não passa pelo contrato como se fosse uma reta, indo do passado ao futuro.

Nas relações jurídicas de duração alongada ou prolongada a interação entre as partes é cíclica e periódica, repetindo-se de tempos em tempos. Tome-se o exemplo do contrato de fornecimento.

As partes negociam o contrato, trocam minutas, fazem concessões, barganham suas posições e finalmente fecham o negócio. O tempo contratual começa a ser contado desde os primeiros contatos entre as partes, mas seu primeiro “ponto alto” é o momento do fechamento do negócio, momento em que o vínculo entre as partes passa a existir indubitavelmente.

¹⁰⁰“La formation du contrat reste un moment où le temps pourra être envisagé dans sa dimension mathématique, mesurable. En revanche, l’exécution du contrat devient une période avantage soumise à différentes inconnues car il doit prendre en compte l’influence du temps”(Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *ob. cit.*, p. 197).

¹⁰¹Jean-Marc Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, in *Études offertes à A. Jauffret*, Aix-en-Marseille, PUAM, 1974, p. 519. Pierre Hebraud, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Aix-en-Marseille, PUAM, 1979, p. 48. François Ost, *Temps et contrat, critique du pacte faustien*, in *La relativité du contrat*, Travaux de la Association Henri Capitant, t. IV, Paris, LGDJ, 2000, p. 168. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^a ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 226 e ss. Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *ob. cit.*, pp. 200-201.

Depois disso, durante um longo período, dez anos, por exemplo, as partes passarão a se relacionar. A cada vinte ou trinta dias, uma parte irá fazer um pedido a outra, para que esta última lhe entregue determinada quantidade de mercadorias. Quando dessa entrega, a parte fornecedora emitirá uma fatura que deverá ser paga pela outra parte. Feito o pagamento, as partes se distanciam por certo período. Quando o estoque da primeira parte começar a baixar novamente, ela fará novo pedido à fornecedora, que entregará as mercadorias solicitadas e emitirá a fatura. Essa fatura será paga e permitirá o distanciamento, até que o estoque baixe novamente. O relacionamento entre as partes, portanto, é cíclico.

Esse vai e vem entre proximidade e distanciamento, entre alta e baixa intensidade de relacionamento leva a doutrina francesa a dizer que o tempo contratual nas relações jurídicas duradoras não é linear, mas circular. A cada período, as partes emitem declarações de vontade novas, geram obrigações novas, cumprem essas obrigações e voltam ao estado de espera em que se encontravam. É um ir e vir repetitivo que marca a relação jurídico-contratual.

Mas a própria doutrina francesa reconhece que a figura do círculo não é a melhor para representar a passagem e a influência do tempo nos contratos de longa duração. Dizem os autores daquele país¹⁰² que a melhor imagem para representar o tempo nesses contratos seria a de um cicloide, uma vez que o cicloide é exatamente o movimento perpetrado por um círculo que se movimenta ao longo de uma linha reta. As imagens abaixo ajudam a compreender a situação¹⁰³:

Figura 02

Figura 03

Figura 04

Figura 05

¹⁰² Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *ob. cit.*, p. 200.

¹⁰³ As imagens foram extraídas de <<http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/0f/Cycloid_r%3D2.png>>, acesso em 24.01.2010. Para uma melhor compreensão do cicloide, recomenda-se ao leitor acessar o link <<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cicloide>>> onde há representação gráfica animada do cicloide em movimento.

Na figura 06 acima, se se definir que o eixo x representa a passagem linear do tempo e que o eixo y representa o nível de distanciamento entre as partes do contrato, sendo zero o menor distanciamento e quatro o maior, vê-se que o relacionamento entre as partes teria a forma do cicloide, pois de tempos em tempos as partes se relacionam mais ou menos intensamente.

Entretanto, acrescenta Anne-Sophie Lavefve Laborderie que a passagem do tempo nos contratos de longa duração não é um cicloide perfeito porque além do próprio tempo e da vontade das partes em se relacionar mais ou menos intensamente, há outros fatores que influenciam a relação jurídico-contratual. Tais fatores são, por exemplo, alterações no contexto econômico (inflação ou deflação, alterações em taxas de câmbio, majoração ou minoração de tributos), alterações no contexto fático (dificuldades ou facilidades externas aos contratantes para o cumprimento de suas obrigações, como guerras, greves, eventos naturais etc.) e alterações na situação pessoal ou patrimonial das próprias partes (decretações de falência, insolvência, alteração de *status* jurídico etc.).

Tudo isso afeta a relação jurídico-contratual e obriga o contrato a se adaptar à nova realidade.

Diante disso, afirma-se que o contrato ou a relação contratual de longa duração está em constante formação. Não há propriamente um único momento em que todas as regras e condições contratuais estão definidas, como queriam os voluntaristas. Há uma combinação construtiva entre o contrato e o tempo, que permite ao contrato superar os obstáculos ligados à inconstância do tempo, permitindo assim sua evolução ao longo da duração da relação jurídico-contratual. O pacto contratual vai sendo construído pelas partes ao longo do tempo, conforme a relação jurídica entre elas se desenvolve.

Essa evolução é marcada pelo encontro das partes não somente no momento da formação do vínculo contratual compreendida na definição voluntarista, mas também ao longo de sua execução¹⁰⁴. É diante dessa perspectiva que se pode afirmar que a visão contemporânea da noção de tempo do contrato deve contemplar uma pluralidade de tempos contratuais, isto é, uma pluralidade de momentos nos quais as partes impõem regras a reger o futuro da relação entre elas.

O contrato de longa duração, quando de sua formação, lá no início da relação entre as partes, é um instrumento muito vago e, por definição, distante da realidade a ser enfrentada por ele mesmo, uma vez que feito em um momento, mas projetando um relacionamento que ocorrerá durante longo período no futuro¹⁰⁵. É impossível para o ser humano, por mais presunçoso que ele seja, prever todas as circunstâncias e dificuldades com as quais se deparará nos próximos dez ou vinte anos.

Por isso, ele será sempre um conjunto de regras em constante formação. Haverá regras fixadas inicialmente, é verdade, que poderão inclusive sobreviver imutáveis ao longo de toda a relação. Da mesma forma, haverá situações para as quais não existirá uma regra prevista no contrato, e será preciso que as partes criem uma nova regra para acomodar aqueles interesses. Em outros casos, as regras inicialmente previstas se mostrarão inúteis, difíceis ou mesmo inadequadas para reger certo aspecto futuro da relação havida entre as partes. Nesses casos, será preciso adaptar as regras à nova realidade, seja mediante completa alteração, seja mediante releitura ou modificação pontual.

Não é mais possível dizer que o contrato, quando feito para durar, é imutável e intangível, nos termos do preconizado pelos doutrinadores do século XIX ou mesmo do início do século XX. A evolução da própria sociedade, a clamar por instrumentos mais justos e úteis, assim como a evolução da Teoria Geral do Contrato¹⁰⁶ para atender a este clamor social, acabou por reformular o conceito de contrato no que se refere ao seu aspecto temporal.

¹⁰⁴ Jean Carbonnier, *Sociologie de la vente*, in *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, p. 330.

¹⁰⁵ Robert E. Scott; George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, in *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 818.

¹⁰⁶ Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação* in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 57-59.

O que era antes a definição de contrato como um acordo de vontades celebrado em determinado ponto da linha do tempo para criar, modificar ou extinguir obrigações passou a ser visto como um acordo de vontades, celebrado em certo momento e que se confirma, se completa e se modifica com o passar do tempo, para criar, modificar ou extinguir obrigações.

O que se acabou de afirmar pode, ainda hoje, espantar ou mesmo indignar muita gente. Alguns dirão que tal formulação simplesmente põe por terra toda a teoria do contrato desenvolvida nos últimos trezentos anos, na medida em que autoriza mudanças no programa contratual a qualquer tempo e de qualquer maneira, impedindo assim que os objetivos primeiros do aparato contratual (previsibilidade e segurança) sejam alcançados. Dirão que isso é simplesmente um grande absurdo, ou uma grande bobagem, ou ainda um grande perigo àqueles que fazem contratos, porque se quer flexibilizar o que não pode ser flexibilizado, quer amolecer o que nasceu para ser rígido, enfim, quer acabar com o conceito tradicional de contrato defendido praticamente por todos os doutrinadores e tratadistas de contratos brasileiros que escreveram até a metade desta década.

Não estamos imunes a estas críticas. Muito pelo contrário, precisamos ouvi-las e levá-las a sério. De fato, há um ponto difícil em nossa argumentação: admitir que o contrato pode mudar a qualquer momento, pela simples conduta das partes ao longo da execução da avença é admitir que, em alguns casos, a parte poderá alterar o regramento contratual sem nem perceber, ou inconscientemente, a depender da maneira como se conduz o relacionamento com sua contraparte¹⁰⁷.

O que se pretende solucionar neste trabalho é a clarificação da maneira com a qual o contrato se forma continuamente e a via de mão dupla que é estabelecida entre contrato-fato e contrato-relação.

A teoria contratual clássica ou voluntarista concebe que a comunicação se dá apenas em um sentido: do contrato-fato para o contrato-relação. Aquele rege esse e nada que ocorra nesse pode alterar aquele. Por isso o tempo contratual nessa concepção é visto como um ponto no passado e o desenvolvimento do contrato nada mais é que o prolongamento desse ponto, inalterado, pelo passar inevitável das horas, dias, meses e anos.

¹⁰⁷ Para um aprofundamento sobre a questão, vide *infra*, item 3.1.1.

O que se mostra aqui é que a visão contemporânea, arrimada na mais nova doutrina sobre os contratos¹⁰⁸, propõe uma relação de duplo sentido: o contrato-fato dita as regras do contrato-relação, isso é verdade. Mas o contrato-relação, como é prolongado e tem de se moldar para se adaptar à passagem do tempo, que não é linear, mas cicloidal na relação contratual, acaba por influenciar e até modificar o contrato-fato, criando novas regras que passam também a reger a relação entre as partes, como se fossem aditivos contratuais assinados por ambas as partes.

Fixada essa premissa, que talvez seja a mais importante deste trabalho, abordaremos nos tópicos e capítulos seguintes os diversos fatores que autorizam a modificação do contrato-fato pela interação entre as partes no curso da relação jurídico-contratual.

Olharemos para a conduta das partes durante a execução do contrato, falaremos da própria função do contrato, de seu impacto na relação jurídica e no próprio regramento contratual e ainda mencionaremos a questão do desequilíbrio de posições entre as partes no contrato, sempre voltados para a questão do tempo de duração das avenças contratuais, que é o tema objeto deste estudo.

¹⁰⁸ A obra fundamental nesse sentido é a aqui várias vezes citada de Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, cit., pp. 180-204.

3. A categoria contrato de longa duração na literatura especializada

Após a análise do conceito de tempo contratual e de sua influência na formação e execução do contrato, visitaremos as obras mais relevantes já escritas sobre o tema dos contratos de duração. Tais obras são a monografia de Giorgio Oppo, escrita e publicada entre 1943 e 1944 na *Rivista di Diritto Commerciale*, a que ele chamou de “*I Contratti di Durata*”. Depois, a importante obra de Ian R. Macneil, originalmente publicada pela *Yale University Press* em 1980, chamada “*The New Social Contract*”, dando origem à expressão *relational contracts* ou contratos relacionais. Prosseguindo, analisaremos a tese de doutorado de Jaques Azéma, publicada pela *Librerie Gernerale de Droit e Jurisprudence* de Paris, em 1969, cujo título é “*La durée des contrats successifs*”¹⁰⁹. Por último, abordaremos a teoria da professora gaúcha Cláudia Lima Marques, trazida na 5ª edição de seu “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, publicado pela Editora RT no ano de 2005.

A escolha e a ordem de análise dessas obras em nosso trabalho têm uma razão de ser. Acreditamos ser fundamental para o correto encaminhamento da tese que estamos a defender um olhar aprofundado sobre as palavras de Oppo, uma vez que seu texto pode ser considerado a obra monográfica inaugural sobre o tema. Oppo teve o mérito de ser o autor que primeiro percebeu serem os contratos de longa duração um fenômeno contratual diverso dos demais, merecendo estudo em separado. O critério que o norteou para essa conclusão foi a função específica desses contratos.

Quanto à obra de Ian Macneil, sua escolha se justifica dada a sua importância para o próprio pensamento contratual contemporâneo. A teoria contratual relacional influenciou e influencia sobremaneira a doutrina de Direito do Consumidor brasileira, abrindo os olhos dos estudiosos nacionais dos contratos para algumas mudanças de paradigmas importantes que ocorreram nessa área nos últimos trinta ou quarenta

¹⁰⁹ Na doutrina francesa há ainda outra obra monográfica, de Georges Brière de L’Isle, publicada no periódico *Dalloz* de 1957, na sessão *Chroniques*, páginas 153 e seguintes, cujo título é “*De la notion de contrat successif*”, que também faz referência à categoria, mas não se pode dizer que ela tenha colaborado para o tratamento diferenciado dos contratos de longa duração, ao passo que seu autor afirma que não há diferença considerável entre um contrato de execução continuada e outro, de execução imediata, havendo, no primeiro, apenas um intervalo de tempo que separa a formação da execução do contrato, nada capaz de lhe garantir autonomia conceitual ou suficiente para que se crie uma nova classificação dos contratos.

anos¹¹⁰. Mas não é só isso. Foi Macneil quem percebeu que o arranjo estrutural dos contratos de longa duração é diferente dos demais contratos. A análise da obra de Macneil é relevante para o nosso trabalho porque ela revelará que a formação do contrato de longa duração é muito diferente dos demais contratos, assim como demonstrará a muito maior flexibilidade dessa categoria de contratos quando comparada com os demais contratos.

Com Oppo e Macneil, portanto, fixamos os caracteres estruturais e funcionais distintivos dos contratos de longa duração.

Com essas ideias fixadas, o texto de Jaques Azéma nos será importante para demonstrar que dentro dos contratos de longa duração existe uma dicotomia entre os contratos com prazo e os contratos por tempo indeterminado. Azéma é relevante porque explora esse antagonismo ao limite, desde a formação até a extinção dos contratos e concluindo de forma surpreendente no sentido de que essa dicotomia é mais branda do que de fato parece ser.

Por último, a análise detalhada da teoria de Cláudia Lima Marques sobre os contratos cativos de longa duração é uma especificação, ou uma chamada de atenção que queremos fazer para o problema dos contratos de longa duração nas relações de consumo. Compreender exatamente o fenômeno narrado pela autora é importante para que possamos nos valer de seus argumentos e suas análises na hora de resolver o problema central deste trabalho. A autora percebeu nas relações de consumo um fenômeno que é comum a todos os contratos de longa duração: a tendência de surgir dependência econômica de uma parte em relação a outra e a tentação que a parte dominante tem de abusar dessa condição. Na relação de consumo isso é muito claro, chegando quase a ser uma caricatura das demais relações contratuais de longa duração. Conhecer o fenômeno em sua versão “exagerada” nos será útil quando tivermos de expandir a análise para toda a categoria dos contratos de longa duração.

Optamos, então, por refletir em nosso texto o resultado de nossos estudos sobre cada uma dessas obras ao invés de simplesmente remeter o leitor à leitura delas por conta própria. Fazemos isso por uma questão de transparência metodológica. É dessas quatro obras que retiramos os pressupostos teóricos para resolver o problema posto na introdução deste trabalho.

¹¹⁰A esse respeito, ver Ronaldo Porto Macedo Junior, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2006.

Assim como compartilhamos, nos capítulos precedentes, os conceitos chave e suas definições (item 1., *supra*) e a interação entre tempo e contrato (item 2., *supra*), acreditamos que será preciso compartilhar o que há de mais importante em cada uma das quatro obras-chave selecionadas para que nosso argumento se forme de maneira transparente, de modo que quando chegarmos à conclusão do nosso trabalho não haja surpresas nem argumentos desconhecidos a respaldar nossa opinião e a própria tese que defendemos.

3.1 Giorgio Oppo e os *Contratti di Durata*

Oppo incia seu texto afirmando que ele mesmo se considera um pioneiro ao abordar o tema dos contratos de longa duração, ao passo que não existiam, em 1943, muitas obras no Direito italiano ou mesmo no Direito alemão que tivessem dado ao tema a importância e a autonomia conceitual que ele merece¹¹¹.

Faz referência às obras de Osti¹¹² e de Gierke¹¹³, afirmando que teria sido este último o responsável pela elaboração do conceito de contrato de longa duração na Alemanha, tendo depois sido seguido por Krükmann e Schnitzer, além de Henle. Diz ainda que na França não se encontravam mais que referências pontuais ao tema, sem contudo ser possível enxergar uma abordagem científica capaz de fazer construções dogmáticas de um conceito. Conclui, assim, dizendo que foi na Itália que o tema dos contratos de longa duração ou *contratti di durata* teve seu melhor tratamento, pois ali se fundaram as bases de uma categoria contratual específica para as relações jurídico-contratuais que se prolongam no tempo.

O estudo de Oppo tem o claro objetivo de, pela primeira vez, dar tratamento particularizado aos específicos problemas ocorridos no seio dos contratos de longa duração e de bem delinear os contornos dessa categoria jurídica, com o intuito de assegurar o tratamento homogêneo do conteúdo, da função e da estrutura dos contratos que a compõem. A própria criação da categoria tem esse preciso objetivo, qual seja, de definir uma série de preceitos e soluções típicas e específicas para aquele grupo de casos que nela se enquadram, permitindo ao intérprete aproximar seu problema real e concreto da *fattispecie* que compõe a categoria e emprestar dali uma solução previamente pensada e criada para o problema novo.

No que diz respeito à terminologia, Oppo afirma que a expressão *contratti di durata* é a mais corrente na doutrina italiana, assim como sua correspondente na língua germânica: *Dauerverträge*¹¹⁴. Logo depois, Oppo faz a ressalva que já fizemos nesse trabalho, dizendo que não é propriamente o contrato que é de duração, mas a relação jurídico-contratual, visto ser ela que se prolonga no tempo, ao passo que o contrato

¹¹¹ *I Contratti di Durata – Parte I*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. XLI, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943, p. 143.

¹¹² *La c.d. clausola 'rebus sic stantibus' nel suo sviluppo storico*, in *Rivista de Diritto Civile*, 1912, pp. 01 e ss. apud Giorgio Oppo, *ob. cit.*, loc. cit.

¹¹³ *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *JahrJher*, 1914, v. 64, p. 355 e ss., Giorgio Oppo, *ob. cit.*, loc. cit.

¹¹⁴ *Ob. cit.*, p. 145.

(“contrato-fato”, como já estatuído por nós) se forma num instante único, representado pela fusão das declarações de vontade dos contraentes.

Oppo compara a expressão *contratti di durata* com as expressões “contrato de execução periódica” e “contrato de execução continuada”, contrapondo-as aos contratos de execução instantânea. Ele afirma que o fato puro e simples de a execução do contrato ser periódica ou continuada não é suficiente para conter o caractere fundamental da categoria abordada, uma vez que nem sempre que se têm prestações periódicas ou continuadas se está diante de uma única relação contratual duradoura, podendo cada prestação representar um contrato de execução instantânea.

A conclusão de Oppo sobre a terminologia é a de que, embora imprecisa, a expressão *contratti di durata* é a que melhor representa o espírito mesmo da categoria estudada, por dar a exata ideia de uma relação jurídico-contratual que se prolonga no tempo.

Superando a questão terminológica, Oppo passa a enfrentar o tratamento dado ao conceito pela doutrina italiana que o precedeu. Ele afirma que os autores e tratadistas que se ocuparam do tema¹¹⁵ analisaram o contrato de longa duração pela característica mais ou menos importante do prolongamento no tempo da execução do contrato, em contraposição ao conceito de contrato de execução instantânea. O de execução instantânea se exprimindo em uma obrigação cuja prestação se realiza de um só golpe, globalmente, enquanto o de longa duração na obrigação cuja prestação se prolonga no tempo.

Oppo esclarece que tanto em prestações que se repetem no tempo quanto em prestação cuja realização é uma só, continuada por um intervalo temporal, é possível perceber uma prestação complessiva fundamental (*Hauptleistung*), a que corresponde uma obrigação e uma pretensão também únicas (*Stammverpflichtung* e *Gesamtanspruch*), formada por atos materiais singulares de execução, que, por sua vez, representam a realização de prestações filiadas à obrigação fundamental geral, mas que têm correspectivas pretensões singulares (*Einzelanspruch*) a que correspondem obrigações singulares (*Einzelverpflichtungen*)¹¹⁶. Ele afirma que tais atos materiais podem ser tanto

¹¹⁵ Josserand, Messineo, Osti, Gierke, Gschnitzer, Esmein e Ferrara (Giorgio Oppo, *ob. cit.*, loc. cit., p. 147).

¹¹⁶ Embora pareça confuso, em um primeiro momento, o pensamento de Oppo sobre a estrutura obrigacional do contrato de longa duração, suas ideias vão ficando mais claras conforme o texto vai se desenvolvendo

comissivos como omissivos, em nada alterando o caráter duradouro da relação jurídica o fato de a prestação ser realizada por meio de um não fazer.

Avançando o raciocínio, afirma que não é todo contrato cuja execução se prolonga no tempo que pode ser enquadrado na categoria dos *contratti di durata*. Citando Francesco Carnelutti, escreve que a distinção entre ato permanente e ato instantâneo não pode ser levada ao pé da letra: ela diz respeito não à questão de o ato se exaurir em um átimo, mas sim de ser o prolongamento no tempo indiferente ao fim do ato¹¹⁷. Isso para afirmar que os contratos de execução diferida não são, obviamente, contratos de longa duração propriamente ditos.

Aprofundando o conceito, o autor afirma que nos *contratti di durata* o tempo não é um elemento acessório, mas é a própria nota característica da prestação. Além disso, ele afirma que a obrigação principal nessa categoria de contratos não se extingue pelo adimplemento, mas unicamente pelo próprio decurso do tempo.

Em seguida, Oppo critica o autor italiano Devoto porque este afirmara não ser possível duas obrigações nascerem de um único ato sem que esse mesmo ato esteja apto a constituir duas obrigações, de modo que o fenômeno da continuidade obrigacional não pode ser limitado somente à relação jurídico-contratual, mas deve logicamente ser estendido ao próprio ato gerador dessa relação, uma vez que somente um ato continuativo poderia gerar uma relação jurídica de execução continuada¹¹⁸. A crítica de Oppo é contumaz e precisa: não é o ato gerador da relação jurídica que é duradouro, mas é a execução deste ato (no plano da eficácia) que se prolonga no tempo. O contrato-fato *di durata* em nada difere do contrato ordinário quanto à sua estrutura, sua qualificação diferenciada se dá pelos efeitos que ele gera e pela função que ele exerce.

Justamente quanto à função do contrato de longa duração, o autor identifica a influência do tempo como elemento essencial na formação do interesse a ser atendido mediante a celebração de uma avença nesses moldes.

Ele afirma que o interesse pode dizer respeito à vontade de se ter determinada necessidade satisfeita em um dado momento da linha do tempo. A isso ele

(talvez porque ele mesmo estivesse a amadurecê-las), chegando-se ao ponto em que o próprio Oppo deixa clara essa estrutura obrigacional, conforme narraremos.

¹¹⁷*Teoria Generale del diritto*, Roma, Società editrice del 'Foro italiano', 1940, p. 343, *apud* Giorgio Oppo, *ob. cit.*, loc. cit., p. 147).

¹¹⁸*Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1942, I, p. 309.

chama de termo, elemento accidental do contrato. Assim, uma pessoa pode muito bem querer receber certo bem daqui a dois meses. Estabelecerá hoje, portanto, um contrato que obrigue a contraparte a lhe entregar o bem na data apazada. Esse interesse não é um interesse duradouro, é um interesse instantâneo, diferido no tempo.

Noutros casos, a parte pode ter um interesse duradouro que precisa ser continuamente satisfeito, até o termo final do contrato. A diferença reside exatamente aí: no contrato instantâneo de eficácia diferida o interesse é pontual e sua satisfação se dá em um único ponto do futuro; no contrato de longa duração, o interesse é prolongado (*interesse durevole*) e sua satisfação é contínua enquanto durar o contrato. O interesse não se satisfaz de uma vez, em um átimo; ele é satisfeito dia após dia. É essa repetição, essa estabilidade que satisfaz o interesse.

A satisfação continuativa do interesse do credor é o objeto da obrigação do devedor. A satisfação da obrigação não se dá mediante um ato do devedor, mas de uma atividade deste, no sentido de um conjunto de atos coordenados entre si com o intuito de se atingir um objetivo comum a todos eles¹¹⁹. Aqui, a prestação da obrigação não se resume ao ato de colaboração do credor para com o devedor, mas a atividade, prolongada no tempo, de colaboração do devedor para atender ao interesse do credor.

Uma outra função possível para o tempo em uma relação jurídica é intermediária entre as duas anteriores. Ela não diz respeito à realização de um ato, nem à sua sede temporal, isto é, do tempo de seu cumprimento, ou da distância havida entre o ato que faz surgir a relação jurídica e o ato que a extingue (ato de adimplemento da obrigação), mas sim com a formação do ato em si, a qual requer uma atividade do autor nesse sentido

¹¹⁹Não é objeto deste trabalho traçar a diferença entre ato e atividade. Apenas para que fiquem claros os conceitos, valemo-nos das palavras de Tulio Ascarelli, para quem “A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum” (*O Empresário*, trad. Fábio Konder Comparato, in Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 92, 1997, p. 270). Ascarelli afirma que a atividade contempla atos de qualquer espécie, tanto jurídicos (atos e negócios jurídicos) como simples atos materiais afetos aos interesses do sujeito. Este é seu primeiro elemento. Note-se, também, que somente pode ser considerado sujeito de determinada atividade aquele que é sujeito dos atos singulares que a compõem. A pessoa, pois, é também parte da estrutura da atividade. Por último, para que exista atividade, é preciso haver um objetivo final visado pelo sujeito, um escopo. É justamente este escopo que definirá a atividade enquanto tal, bem como sua espécie e regularidade. Tal objetivo pode ser voluntário (ex.: atividade empresarial) ou imposto por lei (ex.: atividade administrativa do Estado). Além disso, esse objetivo servirá para qualificar os atos singulares em afetos ou não à atividade e em atos abusivos, de administração ordinária, extraordinária etc. (ob. cit., loc. cit., p. 271). Fábio K. Comparato é enfático ao afirmar que a natureza jurídica da atividade é de “universalidade jurídica, isto é, um conjunto de atos, com existência e regime jurídico distintos, em relação aos atos que o compõem” (Extraído do *hand-out* (Ponto 8) que o Professor Comparato distribuiu aos alunos da graduação da FDUSP em suas aulas do curso diurno do 1º semestre de 1990, na Disciplina de Direito Comercial I).

por um certo tempo. Aqui não se busca a satisfação continuada de um interesse em determinado intervalo temporal, mas a satisfação de um único interesse, que só é possível após a dedicação da outra parte por certo tempo. O tempo é essencial não porque propriamente integrante do interesse a ser atendido, mas por ser fisicamente necessário ao atendimento do interesse. Em outras palavras: por não ser humanamente possível que o interesse seja atendido instantaneamente.

Um bom exemplo é a pintura de um retrato ou a construção de um muro. O interesse a ser satisfeito é o muro ou o retrato prontos. Contudo, é impossível para o pintor ou para o construtor entregar suas obras instantaneamente. Elas levam tempo para ficar prontas e quanto a isso não há nada que se possa fazer. Prever em uma avença a satisfação imediata de um interesse desse tipo caracterizaria negócio nulo, por ser impossível seu objeto.

Oppo conclui sua digressão sobre a função do tempo nas relações jurídicas afirmando que apenas na segunda situação (do *interesse durevole*) é que se pode dizer que o tempo é, propriamente, causa final do contrato.

Na primeira hipótese o tempo não integra a causa contratual, porque é elemento accidental do negócio, desnecessário à existência do negócio em si, conceitualmente falando. Não é o fato de se diferir a prestação do comprador em uma compra e venda que irá caracterizar aquele contrato como compra e venda. Ele será compra e venda quer o comprador pague à vista, quer pague a prazo, quer pague em dezessete parcelas iguais.

O interesse a ser atendido nessa operação independe do tempo. O interesse do vendedor é receber dinheiro. O interesse do comprador é ter o bem. O diferimento das obrigações de cada uma das partes nesse contrato não altera em nada o núcleo contratual. O comprador não celebrara o contrato porque quer pagar a prazo. Ele celebra o contrato porque quer o bem. Pagar a prazo é uma maneira de se obter esse bem. O tempo nesse caso é meio, é o que torna possível o contrato naquela circunstância específica, mas não é a razão que moveu as partes a celebrá-lo. A razão é a necessidade do bem.

O mesmo se diga da hipótese representada pelo contrato de empreitada. O tempo aqui nem sequer é um auxílio à obtenção do interesse, como é na compra e venda a prazo. O tempo aqui é um “peso” que as partes têm de suportar. Tanto é assim que se as

partes pudessem certamente retirariam o elemento tempo de seus contratos, tornando-os instantâneos.

Quem já fez uma reforma na própria casa, sem se mudar dela, sabe muito bem que seria muito melhor se o empreiteiro realizasse a obra instantaneamente, sem ter de submeter os moradores a todas as chateações típicas da reforma, como a sujeira e a poeira espalhadas por meses pela casa, a falta de privacidade representada pela presença dos obreiros nos cômodos mais íntimos, o sentimento de invasão provocado pelo entra-e-sai de entregadores de materiais, os desentendimentos com vizinhos e transeuntes, as discussões sobre projetos, materiais, em suma, toda a gama de situações que a reforma traz consigo e que, na quase totalidade das vezes, se prolonga por tempo muito além do que o esperado pelos donos das obras. Em casos extremos, o excesso de tempo de duração põe em risco até casamentos, tamanho o estresse que causa aos donos da obra.

Outro exemplo bastante ilustrativo é o do contrato de tratamento de ortodontia, celebrado entre dentista e paciente. Pergunte-se a qualquer pessoa que usa ou já usou aparelho ortodôntico sobre o tempo do contrato. A resposta será unânime: se fosse possível, os pacientes gostariam de resolver seus problemas de mordidas cruzadas, dentes maiores que a arcada óssea, grandes espaços entre os dentes, dentre outros, em um único instante, ao invés de passarem anos a fio usando os incômodos aparelhos instalados pelos dentistas¹²⁰.

Nesses casos, portanto, o tempo é um “incômodo” indissociável do contrato. Não é o contrato que é de longa duração, é a prestação que leva tempo para ser realizada. O tempo não integra a causa do contrato, não está afeto ao seu núcleo definidor. O tempo está ali por acidente, dada a natureza da prestação. Ele é externo ao contrato.

Oppo afirma, referindo-se à hipótese dos *interessi durevoli*, que nestes estão os verdadeiros *contratti di durata*, porque neles o tempo faz parte do suporte fático, sendo elemento essencial do contrato. Tais contratos somente serão celebrados pelas partes se durarem tempo suficiente a atender interesse duradouro de, pelo menos, uma delas.

Nesse ponto vale a transcrição das palavras do mestre italiano:

¹²⁰ Talvez a resposta dos ortodontistas a essa pergunta não seja a mesma, uma vez que sua remuneração se dá, em larga medida, pela mensalidade que os pacientes pagam para a manutenção do aparelho, havendo casos de profissionais pouco éticos que prolongam desnecessariamente o tempo do tratamento somente para poder cobrar um maior número de mensalidades.

...alla durata corrisponde la soddisfazione (continuativa) di un interesse durevole, porta ad affermare che, nella materia delle obbligazioni, in durata così interessa attiene alla funzione del contratto, nel senso che il protrarsi dell'adempimento per una certa durata è condizione perché il contratto produca l'effetto voluto dalle parti e soddisfi i bisogni che le mossero a contrattare; e nel senso correlativo al primo, che l'utilità che le parti si rapromettono dal contratto è relativa alla durata del rapporto. Onde la durata stessa non è subito dalle parti – come è subito il tempo (o la 'distanza') nell'ipotesi precedente – ma è voluta da esse in quanto l'utile del rapporto è alla durata proporzionale. È con riferimento a questa caratteristica della durata che si è affermato che 'per i rapporti di obbligazione a scopo immediato, tanto meglio quanto più brevemente si svolgono, mentre per i rapporti di obbligazione ad esecuzione continuativa, tanto meglio quanto più si prolungano nel tempo'¹²¹.

O que precisa ficar claro é que somente nos *contratti di durata* apropriadamente ditos há vínculos obrigacionais cujo simples prolongamento temporal é gerador de utilidade. A extensão do vínculo no tempo beneficia as partes. Ao contrário dos casos de execução diferida, por exemplo, em que o tempo ajuda a atingir o interesse perseguido, mas não é ele o próprio interesse. Em um contrato de compra e venda a prazo, por exemplo, a demora em prestar, por parte do comprador, para além do termo contratual, atrapalha sua contraparte. O prolongamento da relação não é útil a ambas as partes.

Ao contrário, nos vínculos jurídicos essencialmente *di durata* o prolongamento do contrato para além do termo não gera perda de utilidade para as partes, mas acrescenta utilidade, porque o contrato foi celebrado com o próprio escopo de duração. A duração do contrato foi determinada em função de fazer aquele vínculo se prolongar no tempo, ou como prefere Oppo, “*Durata determinata in funzione del tempo significa durata determinata in funzione di se stessa, e quindi durata per se stessa utile e rilevante*”¹²².

Feita a distinção e chegado ao elemento causal dos *contratti di durata*, Oppo rapidamente passa a enfrentar alguns casos limites, no intuito de comprovar a coerência da tripartição feita por ele da função do tempo nas relações jurídico-contratuais.

¹²¹ *Ob. cit.*, loc. cit., p. 157.

¹²² *Idem*, p. 158.

O primeiro caso enfrentado é o do contrato de mútuo. Oppo afirma que há um elemento temporal importante no mútuo. O empréstimo é concedido em um momento para ser restituído em outro. As partes não querem que o contrato seja instantâneo, sob pena de não ter nenhuma utilidade para o mutuário.

Mas é preciso ter atenção aos elementos do contrato. Oppo afirma que no mútuo gratuito não se pode dizer que ele seja propriamente um *contratto di durata*, pois o que se tem é a transferência da propriedade da coisa do mutuante para o mutuário e, a partir daí, o surgimento da obrigação do mutuário de restituí-lo após certo termo. Oppo afirma que aqui não há a duração estabelecida única e exclusivamente em função do tempo, assim como não há o caráter de atendimento continuado de interesses já referido.

Para Oppo, o mútuo se assemelha a um contrato de execução diferida, em que a obrigação de restituir se presta por inteiro, ao final, não havendo que se falar em continuidade de prestação.

Contudo, a coisa fica mais difícil quando se passa ao mútuo feneratício. Aqui, escreve Oppo, a relação é economicamente muito semelhante à locação analisada sob o aspecto da obrigação do locador. A justificativa econômica da obrigação do locador é a remuneração pelo direito de uso da coisa locada. O mesmo ocorre no mútuo: a razão do pagamento dos juros é a possibilidade de ter a coisa emprestada em poder do mutuário.

Mas as semelhanças param por aí. Juridicamente as soluções são distintas. No mútuo há transferência de propriedade, o que não ocorre na locação. Logo, no mútuo, juridicamente, a obrigação de pagar juros não tem por causa o direito de uso da coisa mutuada, porque o mutuário é seu proprietário e decorre daí seu direito de uso da coisa. Para Oppo, a causa jurídica da obrigação de pagar juros é o termo do contrato. É a remuneração pelo tempo no qual o mutuante fica sem a coisa em seu patrimônio.

Por isso, Oppo adota uma posição intermediária. Ele afirma que o mútuo, propriamente, não é um *contratto di durata*. Todavia, especificamente a obrigação de pagar juros é sim uma *obbligazione di durata*, ao passo que tem por causa exclusiva a passagem do tempo e por conta de sua utilidade (leia-se, valor recebido) aumentar com o

passar do tempo. Para Oppo, portanto, o mútuo é um “*semi-contratto di durata*”, se é que nos é permitido criar essa expressão¹²³.

Além do mútuo, Oppo diz não serem *di durata* os contratos de seguro e de fiança, por razões muito semelhantes.

Discordando de Stolfi, ele afirma que a obrigação do fiador e do segurador não é de execução continuada, mas de execução instantânea. Para Oppo, dizer que o garantidor fica vinculado desde logo ao garantido por uma obrigação de garantia não tem qualquer sentido prático. Em seu entendimento, o que há é uma obrigação de dar (pagar a indenização ou quitar o débito alheio) condicional (se ocorrer o sinistro ou o inadimplemento). Portanto, o tempo aqui é elemento acessório assim como é na compra e venda a prazo. Em ambos os casos a vinculação jurídica existe desde a celebração do contrato, mas resta ainda surgir a pretensão¹²⁴. No caso da compra e venda, ela está sujeita a termo; no caso do seguro e da fiança, à condição.

Retirados os contratos de mútuo, de seguro e de fiança da categoria dos *contratti di durata*, Oppo passa a olhar para outras duas importantes características dos contratos que compõem essa categoria: (i) a determinação da particularidade da prestação nos contratos de longa duração e de sua natureza jurídica e (ii) o confronto entre *contratti di durata* e contratos de execução instantânea no que diz respeito aos efeitos do adimplemento das obrigações principais.

¹²³Nossa impressão, nesse ponto, é contrária ao pensamento do autor italiano. Para nós, em ambos os empréstimos o tempo é elemento categorial inderrogável do contrato. Da mesma forma que é impossível se estabelecer locação sem prolongamento da relação no tempo, sob pena de perda completa da utilidade do contrato, também não se pode emprestar sem que o beneficiário do empréstimo tenha tempo para usar ou consumir o bem que lhe foi entregue. A definição de empréstimo, de Orlando Gomes, é bastante esclarecedora a esse respeito: “É o *empréstimo* o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra de mesmo gênero, quantidade e qualidade” (*ob. cit.*, p. 314 – grifei). O elemento temporal é intrínseco ao conceito de empréstimo. É indissociável dele. Além disso, não representa peso ou dificuldade para as partes, como na empreitada. Os artigos 581 e 592 do Código Civil são claros o suficiente para demonstrar que um mínimo de duração é necessário ao comodato e ao mútuo. Por ora, é o que cumpre pontuar. Retomaremos a discussão quando apresentarmos o nosso conceito de contrato de longa duração propriamente dito, momento em que esclareceremos as razões pelas quais entendemos que a doutrina de Oppo precisa de complementos outros para chegar à categoria que, assim como ele, estamos a propor.

¹²⁴Mais uma vez é preciso discordar de Oppo. Não há dúvida de que a relação entre segurado e segurador vai muito além da obrigação de pagar o prêmio e da obrigação de cobrir a perda decorrente do sinistro. A obrigação do segurador é de garantia, como muito bem explicado por Fábio Konder Comparato (*Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 539). Ela não é nem de meio, nem de resultado. Ela é um fazer. Representa um estado de tranquilidade que o garantidor tem de oferecer ao garantido e essa relação tem como causa o tempo, sem dúvida. O segurado paga o prêmio para ter um tempo de garantia, por isso o contrato de seguro é sinalagmático e por isso a relação jurídico-contratual é de execução continuada da parte do segurador, que fica à disposição do segurado pelo tempo do contrato.

Quanto às particularidades da prestação, Oppo escreve que o tempo é elemento essencial da prestação por sua própria natureza contínua. Seja no caso de prestações que não são propriamente contínuas, mas repetidas periodicamente; seja no caso de prestações que são correspectivas de prestações continuativas correspondentes (como no caso do contrato de locação); seja porque a prestação visa a satisfazer um interesse econômico que apresenta um caráter de periodicidade (como no caso do contrato de fornecimento), o que fica claro é que em todas as hipóteses o tempo é a nota individualizante a diferenciar as prestações nesses contratos das prestações em contratos de execução instantânea.

Por conta disso, Oppo exclui da categoria dos *contratti di durata* o contrato de empreitada e todos os contratos de *locatio operis* *sensu*, como é o contrato de transporte, por exemplo. Isso porque em tais contratos o tempo não é causa da prestação, mas circunstância externa a ela imposta, devido à própria natureza da prestação (construir, transportar etc.).

Ainda nessa toada, Oppo escreve que o contrato de mandato e todos seus congêneres (e. g. comissão) entram no conceito de *contratto di durata*, exceto se for mandato para a realização de um único negócio, pois aí a relação perde sua característica de durar no tempo. Mantendo certa coerência, o autor também afirma que os contratos de *locatio operis* ficam fora da categoria se feitos para uma única obra ou para um conjunto determinado de obras, mas podem integrar a categoria se feitos para obras diversas, assemelhando-se a *locatio operarum*, que é *contratto di durata*.

Afirma-se que por conta da importância do atendimento do *interesse durevole* do credor, a prestação no contrato de duração se mede justamente em função do tempo. Não se saberá ao certo a quantidade prestada, pois isso dependerá do tempo de duração do contrato, seja porque a prestação é contínua por sua natureza (fornecimento de energia elétrica, por exemplo), seja porque ela é repetida ao infinito no curso do contrato (intermediação na representação comercial, por exemplo).

Por isso, a determinação da prestação em função do tempo não é a única característica dos *contratti di durata*, mas é característica exclusiva dessa categoria. Só ali é que a prestação é determinada dessa forma. Assim, contratos que seriam de empreitada normalmente podem se desnaturar para contratos de duração se o tempo passar a ser causa do negócio (e.g. contrato para que uma pessoa tire a neve da frente da minha casa durante

tudo o inverno, para que um médico cuide de todas as minhas doenças por um ano etc.). Nestes, o adimplemento não será medido por número de pás de neve ou de visitas médicas, mas sim pelo tempo à disposição. Quanto mais tempo, mais prestações.

Diferente é a empreitada em que se contrata alguém para limpar a neve da frente da minha casa e dou a ela o prazo de até as cinco horas da tarde. Se ela fizer em menos tempo não terá trabalhado menos. A mesma coisa se demorar até as seis horas. A prestação será a mesma, entregue antes ou depois do prazo, não irá variar.

Ainda sobre a prestação continuada, Oppo explora a questão dos *contratti di durata* cuja execução periódica se assemelha à celebração de inúmeros contratos isolados ao longo do tempo. Ele dá o exemplo do jornaleiro. Pergunta qual é a diferença entre comprar jornal por trinta dias de um jornaleiro, indo todo dia à banca e pagando por cada jornal e de combinar com o jornaleiro de passar todos os dias para pegar o jornal e somente pagá-lo a cada trinta dias.

Contrapondo Stolfi e Devoto, que dizem não haver diferença e ser o segundo caso um conjunto de vários pequenos contratos de compra e venda ou, no máximo, o acordo com o jornaleiro uma espécie de contrato guarda-chuva que contém em si todos os trinta contratos de compra e venda de jornal, Oppo argumenta que a índole do contrato de longa duração com o jornaleiro é diferente da índole de trinta contratos isolados de compra e venda de jornal. Há uma coordenação na declaração de vontade que revela o escopo de se atender ao *interesse durevole* do comprador, o que altera a causa do contrato¹²⁵.

Dizendo que “*dire che il contratto di durata ha lo scopo di far risparmiare la stipulazione di una pluralità di contratti, è como dire che um acquedotto non ha lo scopo di dare aqua ma quello di far risparmiare le brocche*”¹²⁶, Oppo dá por concluída a questão de que o *contratto di durata* não se confunde nem com diversos contratos isolados

¹²⁵Em nossa opinião, a melhor explicação para esse ponto é causal e econômica. Os contratos são diferentes porque em um se está negociando sem nenhuma estrutura institucional (contrato *spot*), enquanto no segundo caso há um contrato relacional (conceito que será explorado no item 3.3., *infra*). O escopo das partes ao celebrar o segundo contrato é reduzir custos de transação por meio de um arranjo institucional que permita ao jornaleiro garantir demanda antecipadamente e assim não correr o risco de comprar mais jornais para sua banca do que seus leitores demandarão, do mesmo modo que o comprador do jornal visa a evitar a desagradável surpresa de chegar um dia à banca e não haver mais jornal disponível. Ambas as partes no contrato estão reduzindo custos de transação por meio de um arranjo institucional que, nesse caso, se mostra mais eficiente do que a compra de trinta jornais dia-a-dia. Esse ânimo de reduzir custos de transação é sem dúvida um marco diferencial do contrato de longa duração e será melhor explorado mais adiante, no capítulo 4.

¹²⁶*Ob. cit.*, loc. cit., p. 177.

nem com um contrato vazio que é preenchido por inúmeros contratos instantâneos que correspondem às prestações periódicas ou continuadas.

Oppo vai ainda mais longe e escreve que somente nessa categoria contratual se pode dizer que “*alla durata del rapporto corrisponde la durata dell’adempimento*”¹²⁷.

No que diz respeito ao adimplemento, Oppo é categórico ao afirmar, com arrimo na doutrina alemã, que nos *contratti di durata* o adimplemento da obrigação principal não extingue a relação jurídica, que somente termina pelo decurso do tempo¹²⁸.

Na segunda parte de seu trabalho, Oppo passa a se ocupar do problema relativo à definição de um negócio único ou de uma pluralidade de negócios jurídicos na relação jurídica *di durata*¹²⁹. Oppo questiona se para o surgimento de uma relação jurídica continuativa haverá sempre um *contratto di durata* ou se poderá haver múltiplos contratos.

Ele responde da seguinte forma:

*“Intendo cioè affermare soltanto che la durata – nel senso che si è visto – di un rapporto, comunque si concreti (ripetizione o continuità di una prestazione), non è elemento per far dubitare dell’unità del negozio dal quale il rapporto si origina: e no anche affermare, come sembra fare taluno, che tutti i rapporti di durata si originino di necessità da un unico negozio”*¹³⁰.

Aprofundando-se na questão, o autor passa a encarar o problema no que se refere aos contratos de execução periódica ou reiterada. Escreve ele que o fato de o Código Civil italiano de 1942 ter tipificado os contratos de fornecimento e de venda com exclusividade, por exemplo, é um bom indício de que se trata de um único contrato e de uma única relação jurídica que se prolonga no tempo. Isso porque o tratamento típico dado pela lei ao contrato é vinculante ao intérprete, exceto se a lei dispuser de modo contrário aos princípios gerais do Direito, o que não parece ser o caso. Contudo, há uma ponderação a fazer: a lei fala em contratos de execução periódica e isso não exclui a hipótese de que a execução desse contrato possa ser justamente a celebração de outros contratos.

Ocorre, entretanto, que o aspecto causal aqui precisa ser levado em conta. Como ficou definido anteriormente, a relação de duração prolongada no tempo tem como

¹²⁷ *Ob. cit.*, loc. cit., p. 172.

¹²⁸ *Ob. cit.*, loc. cit., p. 164.

¹²⁹ Giorgio Oppo, *I Contratti di Durata – Parte II*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XLII, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1944, p. 17.

¹³⁰ *Idem*, p. 18.

causa o atendimento de um interesse duradouro. Assim, as prestações periódicas ou reiteradas não são subordinadas a uma prestação principal, mas são todas elas coordenadas entre si para atender ao escopo contratual (causa final) específico dos *contratti di durata*. Isso quer dizer que se opera uma transformação causal em cada uma das causas dos atos de prestação, que coordenados na relação de adimplemento continuativo, passam a ter como causa o atendimento do *interesse durevole* e não mais a satisfação instantânea do interesse do credor, como seria se tal ato de prestação fosse isoladamente considerado.

Ademais, Oppo acrescenta que sob o aspecto da análise da vontade das partes contratantes, quando da formação do contrato, não se vê a intenção de criar uma obrigação de prestar novas declarações de vontade para a criação de vários vínculos instantâneos futuros. No contrato de fornecimento, por exemplo, as partes não querem celebrar um contrato-mãe que preveja a obrigação de criar inúmeros contratos de compra e venda ao longo do tempo. O que se vê é a intenção de criar duas obrigações de dar, prolongadas no tempo, de modo a assegurar o atendimento de determinada demanda: de um lado a obrigação do fornecedor de entregar as mercadorias periodicamente e de outro a obrigação do comprador de pagar por elas conforme forem sendo entregues.

O surgimento dessas obrigações não se dá em um momento futuro, mediante novas declarações negociais como em um contrato preliminar, mas ocorre desde logo, uma vez que a intenção das partes é criar um vínculo imediato de prestar periodicamente¹³¹.

Contrapondo a crítica de Salandra, Oppo escreve que, no contrato de fornecimento, o fato de as partes terem de emitir pedidos periódicos não significa que tais pedidos são novos contratos de compra e venda subordinados a um contrato-mãe chamado de contrato de coordenação. Para Oppo, os pedidos são meros atos de especificação da obrigação genérica de fornecimento. Desde o momento da celebração do contrato, as partes definem o objeto do fornecimento, mas não determinam sua quantidade. Isso é feito mediante sucessivos atos de especificação (atos devidos do credor da obrigação de fornecimento) que não são, obviamente, novos contratos, mas atos atinentes à própria execução do contrato de fornecimento. A obrigação de dar e a de pagar no contrato de fornecimento nascem genéricas e são especificadas ao longo do tempo, mediante sucessivos atos voltados a esse fim.

¹³¹ Giorgio Oppo, *ob. cit.*, p. 22.

O autor não se exime, todavia, de assumir que não são todas as relações prolongadas no tempo que se resumem a um só *contratto di durata*. Em certos casos, como naqueles em que a prestação de uma das partes fica sujeita a uma condição, como no caso do contrato para retirada da neve da frente de uma casa, Oppo considera haver um contrato de coordenação e, a cada vez que cai a neve, um contrato específico de prestação de serviço. Isso porque não há, no momento inicial de formação do vínculo entre as partes, a certeza da obrigação de retirar a neve, de modo que ela não poderia compor o arranjo contratual inicial¹³².

Ele diz que em três hipóteses há multiplicidade de negócios a sustentar uma única relação jurídica prolongada no tempo. A primeira é aquela em que uma das partes fica vinculada à outra, mas essa última somente se vincula à primeira se quiser. Trata-se do caso da opção. É o caso do contrato de fornecimento facultativo, em que surge a obrigação de fornecer somente se a outra parte quiser. Aqui haverá inúmeros contratos (o que cria a opção de fornecimento e os diversos contratos de compra e venda formados a cada exercício da opção), não há como negar. Outro é o caso em que a prestação da obrigação de longa duração é atendida mediante o estabelecimento de uma relação com um terceiro. Os exemplos dados são o da disponibilidade da fiança ou do aval, em que uma parte se vincula à outra para lhe prestar tantos avais ou tantas fianças quanto essa última necessitar em um certo período de tempo. Por último, há ainda a hipótese do contrato de depósitos bancários (conta corrente) e da locação de cofre ou caixa de custódia bancária. Isso decorre do fato de o contrato de depósito ser um contrato real. A cada valor colocado no banco constitui-se um novo contrato de depósito na opinião do Autor, uma vez que tais atos

¹³² Esse entendimento de Oppo deriva de seu conceito de obrigações condicionais, como no caso do seguro. Da mesma forma como afirmou que o seguro não é um *contratto di durata* porque a obrigação do segurador é condicional, também afirma que no contrato para retirada da neve da frente da casa a obrigação do prestador do serviço é condicional. Aqui, entretanto, há uma diferença que nos faz concordar com Oppo. No contrato para retirada da neve, diferentemente do seguro, o contratante não paga nada ao contratado exceto se a neve efetivamente cair. Daí porque afirma Oppo que há um contrato de coordenação, que vincula ambas as partes, e inúmeros contratos instantâneos relativos à retirada da neve. Obrigações de parte a parte somente surgirão se houver neve a ser retirada. Isso, em nossa opinião, não é de todo verdadeiro. Pode-se, sim, falar em um único contrato mesmo nesse caso, afirmando ser esse contrato duplamente aleatório. Desde o primeiro momento as partes se vinculam: o retirador de neve fica “preso” ao dono da casa, pois se a neve cair ele deverá ir até lá e retirá-la; o dono da casa fica “preso” ao retirador de neve na medida em que, se a neve cair, será este último que deverá retirá-la e não outra pessoa. As obrigações que ficam sujeitas à condição são a obrigação de retirar a neve e a de pagar por isso. Mas note-se: somente essas obrigações ficam sujeitas à condição e, uma vez caindo a neve, elas surgem para as partes independentemente de nova manifestação de vontade, na medida em que as partes já estavam previamente vinculadas. Nesse sentido, portanto, somos obrigados a discordar de Oppo, pois para nós haverá sempre um único contrato a suportar uma relação jurídica duradoura nesses casos.

visam à própria constituição de uma relação jurídica específica e não à especificação de uma outra relação pré-existente.

Mesmo nesses casos, contudo, Oppo enxerga uma relação duradoura contínua única, que se forma mediante a coligação de um negócio jurídico inicial de coordenação e uma série de negócios jurídicos instantâneos ou não (o depósito não é considerado por Oppo um contrato instantâneo), que juntos produzem uma relação jurídica complexa, mas prolongada no tempo.

Superada a questão da unicidade ou não do *contratto di durata* para a existência de uma relação jurídica de duração prolongada, volta-se a análise às consequências da concepção unitária defendida por Oppo.

Quanto ao inadimplemento, ela afirma que o descumprimento de uma das prestações sucessivas leva à resolução do vínculo como um todo e não apenas daquele pedaço do vínculo atinente àquela prestação específica. A resolução, por conta do caráter unitário do *contratto di durata*, afetará todas as prestações futuras, mas não poderá afetar as anteriores, tendo em vista a regra que impede a retroação da resolução nos contratos de execução continuada ou periódica. A possibilidade de resolução total do vínculo pelo desatendimento de uma só prestação, é claro, fica sujeita à análise da possibilidade de o descumprimento de uma única prestação ser considerado inadimplemento absoluto, o que nem sempre acontece. Ademais, podem as partes dispor o contrário, dizendo que o descumprimento de uma prestação isolada não autoriza a resolução do vínculo como um todo, de modo que não afetará as prestações futuras.

Já no caso de inadimplemento nas relações duradouras formadas mediante a coligação entre um contrato prolongado principal e diversos contratos instantâneos, duas hipóteses surgem.

Se o inadimplemento for da obrigação principal (obrigação de celebrar os contratos instantâneos) haverá o desfazimento do vínculo, mas tal desfazimento não afetará os contratos instantâneos já executados nem aqueles já concluídos, mas ainda não executados.

Se o descumprimento for de obrigação contida no próprio contrato instantâneo, não há, em regra, reflexos para os demais contratos instantâneos celebrados, nem para o contrato inicial duradouro. Como para Oppo esses casos de múltiplos contratos sempre se dão em relações em que ao menos uma das partes tem a faculdade de contratar

ou não os contratos instantâneos, a falta de reflexo do inadimplemento menor no vínculo maior não traz maiores dificuldades, uma vez que basta à parte que tem a faculdade deixar de exercê-la no futuro, impedindo assim o surgimento de novos vínculos instantâneos. Da mesma forma, a anulação ou nulidade relativa ao contrato instantâneo não compromete a estrutura do contrato inicial.

As mesmas observações servem para o exercício da exceção de contrato não cumprido. Se o contrato é único, o exercício da exceção afeta a contraprestação presente e as futuras. Se são múltiplos contratos, o exercício da exceção em um contrato instantâneo não autoriza a parte a deixar de cumprir nem o contrato inicial nem os outros contratos instantâneos que forem celebrados ou, já celebrados, ainda não executados.

No que diz respeito ao cumprimento forçado do contrato, em relação ao contrato único dúvida não há sobre a possibilidade de a parte prejudicada obter a execução das obrigações não cumpridas. Quanto aos contratos múltiplos, isso também é possível, sendo que a parte prejudicada deverá obter uma sentença que faça as vezes da declaração necessária à formação do vínculo instantâneo (desde que o contrato instantâneo seja consensual), podendo aí executar a obrigação instantânea que surge desse vínculo menor.

Oppo afirma que para a exata descrição da categoria é preciso investigar também se nos *contratti di durata* únicos há o surgimento de uma única obrigação ou de múltiplas obrigações. Ele restringe sua investigação aos contratos únicos vez que é certo que nos contratos múltiplos haverá multiplicidade de obrigações.

Após passar pelas opiniões da doutrina francesa e da doutrina alemã sobre a multiplicidade de obrigações, Oppo defende a ideia de que a obrigação há de ser única e o que se multiplica são os atos de execução (prestações) dessa única obrigação. Isso porque, ele escreve, as prestações não são devidas individualmente, mas continuamente. Não se devem coisas isoladas, se deve continuamente ao longo do tempo. Dividir a obrigação em tantos quantos forem os atos executivos é o mesmo que fracionar a causa do *contratto di durata*, opção que já foi devidamente afastada pelo autor anteriormente.

Isso não significa, contudo, que haverá apenas uma pretensão. Para cada especificação de prestação, para cada ato executivo devido, corresponderá uma pretensão. Haverá um único direito de crédito e uma única obrigação continuativa, mas como serão inúmeras prestações devidas, também serão inúmeras as pretensões que lhes correspondam. Assim, haverá prazo prescricional para cada uma delas, e não um único que

se refira à obrigação como um todo, além, é claro, do prazo prescricional que se refere à pretensão relativa à repetição de prestações, que é conteúdo da obrigação única prevista no *contratto di durata*¹³³.

Oppo afirma que se nos contratos de execução periódica é preciso gastar um pouco de tinta para justificar a unicidade das obrigações de cada parte, o que é desnecessário ao se falar em contrato de execução continuada. Ali, salta aos olhos o caráter unitário da obrigação, até porque também é única a própria prestação. E com isso ele justifica a questão dos contratos de longa duração mistos, em que a obrigação de uma das partes é periódica e a da outra é continuada, como a locação e o contrato de trabalho. Se ambos os contratos são sinalagmáticos e não há dúvida de que a obrigação do locador e a do trabalhador são uma só, obviamente a obrigação do locatário e a do contratante do trabalho também terão de ser únicas, de modo a preservar o sinalagma genético.

Ainda no que diz respeito ao sinalagma, Oppo discorda da afirmação de que é contraditório que nos *contratti di durata* haja um único sinalagma genético seguido de múltiplos sinalagmas funcionais¹³⁴. Para ele, o sinalagma é único porque o surgimento é de apenas duas obrigações duradouras (sinalagma genético). O fato de essas obrigações produzirem inúmeros momentos executivos, inúmeras prestações ao longo do tempo, nos quais haverá a correspondência entre a ação satisfativa de uma das partes e o interesse a ser satisfeito de outra não gera um sinalagma genético novo, mas representa o próprio desenvolvimento do sinalagma inicial no momento de eficácia do contrato (sinalagma funcional), que se mede momento a momento, durante todo o tempo de duração da relação jurídico-contratual.

Já quase ao final¹³⁵, Oppo enumera então quais seriam os contratos que se enquadrariam na categoria *contratti di durata* proposta por ele. Inicialmente os contratos de locação, de trabalho, de sociedade, de fornecimento, de venda com exclusividade, de constituição de renda, os contratos de assinatura (assinatura de jornal, revista etc.), o mandato, a agência, o depósito, o comodato, o penhor, a anticrese, a parceria agrícola, o contrato de edição, o contrato de hospedagem, dentre outros.

¹³³ Giorgio Oppo, *ob. cit.*, p. 42.

¹³⁴ Este tema será melhor abordado no item 4.3.3., *infra*.

¹³⁵ *Idem*, p. 45.

Além desses, os contratos que contemplam interesses de uma multiplicidade de indivíduos, em sua maioria contratos plurilaterais: sociedade e consórcio em suas diversas formas, contratos de participação e contratos associativos em geral.

Também merecem a qualificação “*di durata*” os contratos em que se preveja a celebração periódica ou reiterada de contratos futuros, como é o caso dos contratos normativos, contratos-tipo, contrato de conta corrente, contrato inicial na abertura de crédito etc. Além do contrato preliminar em senso técnico, desde que se preveja a celebração de vários contratos definitivos ao longo do tempo.

Não seriam, portanto, *contratti di durata*, para Oppo, o mútuo, a empreitada, o seguro e a fiança.

Para concluir seu trabalho, o autor faz uma rápida explicação sobre a posição sistemática da categoria por ele sugerida.

No que diz respeito à função, observa ser inegável que os *contratti di durata* se prestam a serventia bastante diversa daquela dos contratos instantâneos. Essa serventia, de regular interesses por intervalos prolongados no tempo em oposição à função de permitir o simples acesso a bens dos contratos instantâneos, faz com que os contratos de longa duração aproximem o Direito das Obrigações do Direito de Família e dos Direitos Reais, estes dois últimos bem mais acostumados a relações jurídicas de longa duração (como é a propriedade, o usufruto, o *status filie*, a curatela, o poder familiar etc.).

Finalizando, ele afirma não ser possível opor, de modo definitivo, os contratos de longa duração aos contratos de escambo, porque mesmo nas relações jurídicas duradouras regidas por contratos é possível visualizar trocas, cuja peculiaridade é seu prolongamento temporal (assim se dá no fornecimento, por exemplo, e na locação). Para Oppo, portanto, ser *contratto di durata* não significa ser contrato de comunhão de escopo ou contrato associativo, mas sim conter “*la particolare attitudine a soddisfare bisogni continuativi attraverso la costituzione di rapporti duraturi*”¹³⁶.

¹³⁶*Idem*, p. 46.

3.2 Ian R. Macneil e os *Relational Contracts*

Avançando na análise das obras selecionadas como pressupostos ou premissas teóricas de nosso próprio conceito de contrato de longa duração, cumpre agora voltar os olhos para o texto de Ian R. Macneil. A obra de que cuidaremos é, na verdade, um compêndio que resume os principais textos do autor e que se pretende ao mesmo tempo esclarecedora e completa ao abordar a teoria contratual relacional¹³⁷.

Antes de passarmos à análise da obra, é preciso esclarecer alguns pontos. Ian R. Macneil é professor da Northwestern University Law School. Sua teoria contratual, portanto, parte de pressupostos jurídicos do mundo do *Common Law*¹³⁸ e é influenciada pelos estudos jurídico-econômicos que acabaram ficando conhecidos entre nós como *Law and Economics*, embora o próprio Macneil seja grande crítico da Nova Economia Institucional e do próprio *Law and Economics*, como ele mesmo fez questão de escrever diversas vezes.

A proposta da teoria de Macneil acerca dos contratos relacionais ou ao que ele mesmo chamou de “Novo Contrato Social” talvez não se mostre tão nova aos olhos dos leitores mais atentos às contemporâneas teorias interpretativas dos contratos e àqueles mais acostumados aos novos princípios contratuais introduzidos definitivamente no Direito Civil brasileiro positivo pelos artigos 421 e 422 do Código Civil.

Todavia, a exata compreensão da teoria dos contratos relacionais, da distinção feita entre os contratos descontínuos e os contratos relacionais e da integração de fontes normativas comportamentais e sociais é essencial ao desenvolvimento de nossa tese.

¹³⁷ É o próprio Macneil quem escreve que após duas décadas desenvolvendo essa teoria, entre os anos de 1960 e 1980, ele passou a chamá-la de “teoria contratual essencial”, não porque considere essencial que as pessoas conheçam essa teoria, mas por entender que a teoria contém os elementos mínimos necessários à compreensão das relações de troca na vida real (v. *Prefácio à Edição Brasileira*, in Macneil, Ian R., *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*, trad. Alvamar Lampareli, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. XIII).

¹³⁸ A distinção dos ramos jurídicos entre *Common Law* e *Civil Law*, embora ainda utilizada por muitos autores, vem perdendo a cada dia sua importância (v. AnnaDe Vitta, *Buona Fede e Common Law (através da atrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano XLIX, n. 3, magg./giugno 2003, pp. 251-270). Não há como negar a importação, pelos países de tradição jurídica anglo-saxã, de conceitos típicos do direito romano germânico como a boa-fé objetiva (v. Günter Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *Modern Law Review*, 1998, v. 61, pp. 11-32), assim como na tendência de normatização de ramos do Direito naqueles países. As diretivas da União Européia sobre contratos de consumo na Inglaterra e o *Uniform Commercial Code* nos Estados Unidos da América são dois bons exemplos da tendência de normatização do Direito Privado nos países de tradição jurídica anglo-saxã.

Primeiramente, porque a obra de Macneil marca passo evolutivo importante no tratamento dos contratos de longa duração. Nos itens anteriores vimos que a obra de Giorgio Oppo inaugurou a discussão acerca dessa categoria contratual e que coube a Jaques Azéma delinear de forma mais precisa a difícil questão da interrupção dessas relações duradouras. Ian Macneil completa esse quadro trazendo para a discussão toques de realidade empírica, assim como uma abordagem diferente do fenômeno, pois parte de perspectivas jurídicas de origem inglesa e norteamericana, muito embora em vários momentos pareça estar simplesmente falando de normas previstas no Código Civil brasileiro, por exemplo.

Ele analisa o fenômeno contratual partindo da ideia de é preciso contextualizar a escolha das partes em uma relação contratual. Após estabelecer este ponto de partida na teoria relacional (Teoria do Contrato Relacional), Macneil passa a dissecar os chamados Custos de Transação, cuja análise representa a forma como os agentes entram, saem e modificam relações contratuais¹³⁹. A observação do contexto relacional, aponta o autor, já indica, na maioria dos casos, os custos e benefícios inerentes a uma transação e a partir daí o agente pode decidir racionalmente se é ou não viável participar dela.

¹³⁹ A teoria dos custos de transação tem sua origem na obra de Ronald Coase, denominada *The Nature of the Firm*, publicada no número 04 da revista *Economica* em 1937, e posteriormente com o trabalho *The Problem of Social Costs*, publicado no número 03 do *Journal of Law and Economics*, em 1960. Nessas obras, o autor, que posteriormente veio ganhar o Prêmio Nobel de Economia em 1991, atenta para o fato de que os pressupostos nos quais se baseavam os estudiosos da Economia Neoclássica, segundo os quais em um mercado hipotético, os agentes negociam direitos independentemente de sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação suficiente, a ponto de as instituições (normas jurídico-sociais) não exercerem qualquer influência sobre o desempenho econômico. Ronald Coase critica essa concepção dizendo ser ela irreal, definido-a como o mundo da *blackboard economics*. Ele enfatiza que, no mundo real, existem custos de transação que são positivos e, ao contrário do que inferem os adeptos da Economia Neoclássica, as instituições jurídicas tem um impacto significativo sobre o comportamento dos agentes econômicos. Tanto os mercados quanto as firmas (empresas) funcionam com custos positivos e a escolha do modo de organização depende da comparação entre alternativas de menor custo. Pode-se tomar a definição proposta por Rachel Sztajn, segundo a qual “custos de transação são aqueles custos em que se incorre que, de alguma forma, oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”. Para essa autora, a noção de custos de transação “compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação – na linguagem dos economistas – e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes” (*Externalidades e Custos de Transação: A Redistribuição de Direitos no Novo Código Civil*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 133, ano XLIII, janeiro/março, 2004, p. 09). De acordo com tais formulações, o mercado está sujeito a regras capazes de imprimir maiores ou menores custos de transação aos seus agentes, cabendo a esses agentes fazer escolhas sobre contratar ou não, em relações de curto ou longo prazo, como forma de diminuir ou ao menos amenizar esses custos. Macneil, contudo, adverte para o fato de que muitas vezes as pessoas supõem saber a verdadeira medida dos custos de transação envolvidos em determinado contrato ou negócio, mas acabam errando nessa análise. Ele dá exemplos de vítimas de esquemas fraudulentos, dos pensionistas do sistema previdenciário público da Grã-Bretanha que foram levados a trocar o regime previdenciário público por um privado menos favorável e dos agentes do mercado financeiro que, por seus negócios, provocaram a crise de 2008 (*Prefácio à Edição Brasileira*, in Macneil, Ian R., *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*, trad. Alvarar Lampareli, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. XVI, nota 8).

O autor alerta, no entanto, que a análise de custos de transação corretamente feita da perspectiva econômica não pode partir da observação do que ele chama de “extremidade errada do eixo”, qual seja, o negócio. Ao contrário, deve-se iniciar sempre pela avaliação dos princípios fundamentais do contrato inseridos em um modelo relacional.

A importância da análise dos custos de transação revela-se não somente nos momentos anteriores ao ingresso de um agente em uma relação contratual ou nos momentos que antecedem a sua saída. Mostra-se particularmente relevante a análise de tais custos nos momentos em que o contrato requer alterações. O que o autor chama de “realocação eficiente de recursos” é a forma pela qual uma relação contratual é modificada, por meios outros que não a infração, a partir de uma ponderação dos custos envolvidos na transação e sua relevância para o andamento dela. Basicamente, Macneil afirma que, em muitos casos, é preferível alterar uma ou outra regra contratual para permitir a continuidade da relação do que dar fim ao contrato, por uma análise dos custos de transação incorridos em cada uma dessas hipóteses¹⁴⁰.

O que Macneil afirma, em síntese, e o faz justificando o título que deu à sua obra, é que todo contrato (visto não pela visão estrita de instrumento de movimentação econômica, mas como acordo de vontades *lato sensu*) é social por estar sempre incrustado em uma rede social de promessas, expectativas, ponderações, valores e custos que não podem ser esquecidos ao se avaliar uma transação, independentemente de sua natureza e abrangência¹⁴¹.

O autor critica a restrição de objeto apresentada pelas teorias contratuais clássicas que estudam o contrato como algo concebido em uma ampola, livre de interferências sociais. Para Macneil tal visão é restrita e simplista, pois enxerga somente as fontes promissórias do contrato, ou seja, o que os sujeitos expressam no instrumento ou no acordo que celebram.

A ideia da teoria dos contratos relacionais está pautada no fato de que além das fontes contratuais advindas das promessas entre os contratantes, o contrato também contém elementos oriundos de fontes não promissórias, não contidas no acordo ou mesmo na regulamentação jurídica do contrato em questão, mas que são essenciais ao desenrolar

¹⁴⁰ Ian Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, in *Virginia Law Review*, n. 68, May 1982, p. 956.

¹⁴¹ *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*, trad. Alvamar Lampareli, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. XXXIV.

de sua execução e dão sustentação a uma série de direitos e deveres laterais de conduta. O que Macneil almeja demonstrar é que todo contrato é relacional e social¹⁴².

Para explicar a natureza do contrato, Macneil parte da análise do que ele chama de raízes primárias, sendo que a primeira delas é a sociedade. Colocando como premissa básica e ineludível a impossibilidade de se dissociar homem de sociedade, ele estabelece como primeiro elemento formador de um conceito de contrato a organização do homem em sociedade.

São as necessidades e gostos criados em ambiente social que impulsionam a necessidade de contratar. Para tanto, os indivíduos fazem uso de uma linguagem socialmente concebida criando expectativas socialmente entendidas como legítimas e aptas a formarem um vínculo¹⁴³.

A segunda raiz primária do contrato, na visão de Macneil, é uma raiz de duas pontas. Na primeira ponta está a especialização do trabalho e na outra, a troca. Isso porque o autor entende que a divisão do trabalho sempre pressupõe a troca, entendendo por troca a chamada “troca recíproca mensurada” que, para ele, mantém a especialização do trabalho em um sistema no qual o produto que um indivíduo não consegue fazer com seus próprios meios é obtido, mediante troca, de outros indivíduos que o fazem¹⁴⁴.

Ainda analisando as raízes primárias do contrato, Macneil aponta outras duas: o senso de escolha e a consciência do futuro. Sem a possibilidade de escolhas, a

¹⁴² “O novo contrato social não é nada novo – na verdade, é o mais velho dos contratos. Sua senilidade avançada é meramente obscurecida pelo brilho temporário de seus primos mutantes, o contrato de economia clássica e neoclássica e o direito contratual clássico de Pothier, Langdell, Pollok, Holmes e Williston”.

“Nem é o Novo Contrato Social, social, no sentido de Hobbes, Locke ou Rousseau; não é – salvo talvez em um sentido esotérico – o pacto básico pelo qual a sociedade é metaforicamente unida”.

“E, finalmente, o Novo Contrato Social não é absolutamente um contrato aos olhos dos juristas que professam que o Contrato está morto, prestes a ser enterrado pelo seu irmão mais velho, Delito Civil, herdeiro de todo o seu espólio”.

(...)

“Assim, também o Novo Contrato Social é social em dois sentidos importantes. Contém suas próprias relações sociais internas, e constitui a ferramenta socioeconômica básica da sociedade tanto nos estados ocidentais como nos estados socialistas desenvolvidos”.

“E, finalmente, o Novo Contrato Social é um contrato se a palavra for definida em termos das raízes primárias do contrato” (Ian R. Macneil, *O Novo Contrato Social...*, cit., p. XXXIX).

¹⁴³ É importante notar que a teoria de Macneil sobre o que ele chama de “origem primitiva dos contratos” diverge muito pouco daquilo que escreve Emilio Betti sobre o mesmo tema (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, 1969, p. 89) e da própria concepção de Antonio Junqueira de Azevedo ao afirmar que a declaração negocial somente se concebe a partir do reconhecimento social da vinculação jurídica da promessa feita (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial)*, Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, s.c.p., 1986, p. 21). Apesar de sua origem anglo-saxã, Macneil pensa e escreve de modo muito semelhante aos grandes teóricos do Direito romanogermânico.

¹⁴⁴ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 03.

conduta dos contratantes não se distinguiria de condutas geneticamente programadas ou tomadas a partir de ímpetos primitivos. Por outro lado, ainda que houvesse troca, especialização do trabalho e escolha, não há contrato sem que o indivíduo faça um juízo de probabilidade do que ocorrerá no futuro.

Em resumo, portanto, para Macneil quatro são as premissas chave que levam à realização de um contrato: (i) sociedade, (ii) especialização do trabalho e troca, (iii) senso de escolha e (iv) consciência do futuro¹⁴⁵.

Fixadas as premissas do contrato abstratamente definido, Macneil esclarece o que entende por contrato num plano concreto. Para ele, contrato é uma relação entre as partes no processo de projetar troca para o futuro. O autor foge, assim, da concepção mais tradicional de contrato que o entende como uma promessa apta a criar direitos e deveres correlatos e respaldados pela ordem jurídica.

Contrato, para o autor, é conceito mais amplo e sua verificação não parte da lei que o regulamenta, mas da troca voltada para o futuro, que o define¹⁴⁶. Para definir contrato é necessário também definir “promessa” que, para a maioria dos civilistas tradicionais, é a base do contrato. Para fugir de tautologias, Macneil define promessa a partir de sua função de projetar trocas¹⁴⁷.

Em contratos descontínuos, a projeção essencial da troca se resume aos elementos formadores da promessa. Entretanto, como a obra de Macneil não se restringe à análise desse único tipo de contrato, mas da ideia de contrato como relação entre indivíduos projetada para o futuro, ele passa a se valer do conceito de projetores de troca não-promissórios¹⁴⁸.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 2-4.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 06.

¹⁴⁷ “Temos então cinco elementos de promessa na troca, sempre a serem considerados em sua respectiva sociedade. São eles: (1) o desejo do promitente e (2) o desejo do promissário; (3) ação presente para limitar a escolha futura; (4) comunicação; e (5) reciprocidade mensurada” (*O Novo Contrato Social...*, cit., p. 07). Macneil chama de “reciprocidade mensurada” a garantia firmada entre os sujeitos da promessa de que o prometido será, de fato, realizado ou pelo menos terá todas as possibilidades de sê-lo.

¹⁴⁸ Projetores de troca não-promissórios são aqueles em que falta algum elemento da promessa, mas que projetam eficientemente a troca no futuro. Em todo contrato que se possa imaginare estão presentes de forma indissociável a promessa e os projetores não-promissórios. São exemplos desses projetores o costume, o status, estruturas hierárquicas de comando, expectativas criadas dentro de relações contratuais correntes, dinâmicas de mercado etc. Nas palavras do próprio Macneil, os projetores não-promissórios são reflexos da matriz social que serve de pano de fundo para a promessa contratual (*O Novo Contrato Social...*, cit., p. 09). Mais uma vez é impossível deixar de notar a semelhança de conceitos entre os “projetores não-promissórios” de Macneil e as “circunstâncias negociais” de Emilio Betti e Antonio Junqueira de Azevedo (para mais

Após esclarecer a função dos projetores de troca não-promissórios, Macneil passa a analisar a diferença de manifestação desses projetores nos contratos descontínuos e nas relações contratuais modernas¹⁴⁹. Nos contratos modernos, a relação entre as partes é essencial e tende a envolver grande número de pessoas, ao contrário dos contratos descontínuos, que são geralmente formados por duas partes. A relação contratual moderna, ao contrário da descontínua, tende à longevidade e, para tanto, pressupõe uma cooperação entre as partes para a realização do pactuado e para o planejamento de eventos futuros.

Um dos principais fatores das relações contratuais modernas é o fator de medida e especificidade¹⁵⁰. Não se concebe uma relação contratual moderna sem que haja, de um lado, um produto ou serviço específico a ser trocado; e de outro lado, uma medida de dinheiro ou outra forma de remuneração. Isto, entretanto, não faz com que a negociação moderna seja uma justaposição de negociações descontínuas, mas força a criação de estruturas amarradas a padrões relacionais vigentes. Além disso, no cerne de muitas relações contratuais modernas estão envolvidas muitas formas de trocas que não podem ser medidas. Assim, o que difere as relações contratuais modernas dos contratos descontínuos é que nestes a grande necessidade de medida e especificidade não pressupõe também continuidade e coesão.

Outro fator que distancia as duas formas de contratar se manifesta nas fontes de solidariedade contratual¹⁵¹. O contrato tem fontes internas (o acordo prévio de vontades) e externas (a sociedade e, eventualmente, o próprio Estado), sendo que as primeiras são as redes de interdependência criadas pelo próprio vínculo relacional que, nas relações modernas pressupõem um elemento jurídico regulador, preciso e amplo, que caracteriza a fonte externa. A dicotomia entre o interno e o externo no que tange às fontes

detalhes acerca das circunstâncias negociais, vide o nosso *Interpretação dos Contratos: o problema e o processo*, cit., p. 374 e ss.).

¹⁴⁹ O autor chama de relação contratual moderna a relação “interligada de modo intrincado com uma sociedade maior de grande complexidade, envolvendo especializações extremamente elaboradas, e sujeita a mudanças constantes” (*O Novo Contrato Social...*, cit., p. 11). Para ele, existe uma clara distinção entre os contratos descontínuos ou primitivos (tidos como relações unas de troca, ao que chamamos de “toma lá, dá cá”) e os contratos relacionais ou modernos (em que há uma tendência de perenidade e de adaptação da relação às mudanças provocadas pela passagem do tempo e pelas alterações das circunstâncias).

¹⁵⁰ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 13.

¹⁵¹ Macneil entende solidariedade contratual como o sentimento oposto ao egoísmo contratual. É natural em um contrato que as partes procurem maximizar seus ganhos e reduzir suas perdas ao máximo. Esse é o comportamento egoísta. O comportamento solidário se dá em oposição àquele e é gerado pela própria relação contratual estabelecida entre as partes. Um contratante sabe que não pode maximizar seus ganhos a tal ponto que torne inviável a relação para a outra parte. Isso faria com que o contrato deixasse de existir e as perdas e custos gerados pela interrupção da relação contratual consumiriam todos os lucros e ganhos obtidos anteriormente. Essa consciência de interdependência entre os contratantes é o que Macneil chama de solidariedade contratual.

de solidariedade de uma relação contratual moderna é, entretanto, muito mais difusa que a encontrada em um contrato descontínuo, em que quase não se verifica a relação de interdependência prolongada no tempo.

Outro fator que distancia as relações contratuais modernas dos contratos descontínuos é o planejamento. Os contratos descontínuos são altamente planejados, pois têm o papel de trazer para o presente todas as contingências futuras de uma troca, evitando quaisquer problemas na execução do pactuado. Tal planejamento, que “presentifica” o futuro, é essencial a esse tipo de contrato, na medida em que os contratantes não terão, pela própria natureza da troca, contato *a posteriori*¹⁵².

Planejamento é muito mais que a previsão do cumprimento específico de determinado acordo. Nas relações contratuais modernas se planeja não só a substância da troca (um quantum de dinheiro por uma quantidade de certo produto), mas também são planejadas as estruturas dos processos que envolvem a troca.

Além disso, o planejamento nas negociações modernas é voltado para a troca futura (não “presentificada”) o que faz com que, diferentemente dos contratos descontínuos, as contingências sejam previstas e a completude e a especificidade do planejamento sejam flexibilizadas de modo a abarcá-las. Macneil salienta que nos contratos descontínuos há excesso de planejamento, mas que este é rígido, não suportando qualquer abertura ou imprevisão oriundas de contingências.

O planejamento nas relações contratuais modernas também engloba suposições não concebíveis em planejamento de contratos descontínuos. Nessas suposições apela-se para determinadas fontes não-promissórias de projeção de troca como a confiança ou os usos e costumes para se prever as contingências e possíveis comportamentos futuros inseridos na relação. Outra característica do planejamento que diferencia as duas categorias contratuais é a natureza da participação dos agentes no aperfeiçoamento do negócio. Enquanto nos contratos descontínuos a avença se aperfeiçoa com a adesão do contratante à oferta do proponente, nas relações contratuais modernas as proposições acerca dos termos do contrato são mútuas (“mutualidade” desde o início), para que sejam atendidos os interesses de todas as partes, antes mesmo de concluída a negociação¹⁵³.

¹⁵² *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 15.

¹⁵³ É possível perceber clara semelhança entre o que escreve Macneil a respeito da formação dos contratos ditos modernos e a teoria por nós aqui já referida do movimento cicloidal de comunicação das partes em relações contratuais contínuas (v. item 2.1.3. *supra*). O que fica claro, tanto na leitura de Macneil, quanto de

Diferentemente das negociações descontínuas, as relações contratuais modernas requerem planejamento contínuo, posterior à formação da relação. É uma forma de se assegurar a manutenção do vínculo e forçar os agentes a dialogarem sobre os problemas da relação, ao invés de desconstituí-la a cada vez que eles surgirem. Esse diálogo torna o vínculo mais sólido não permitindo que os participantes se sintam totalmente livres para abandonarem relações duradouras e iniciarem novos negócios.

Além das diferenças de extensão e de conteúdo de planejamento, as relações contratuais modernas se distinguem dos contratos descontínuos também por um regime próprio de compartilhamento e divisão de benefícios e ônus. Enquanto nas negociações descontínuas os ônus e benefícios são divididos e alocados de forma rígida para cada parte da relação, nos contratos modernos o regime de perdas e ganhos é mais fluido, sendo que cada parte envolvida compartilha os resultados positivos, negativos e os riscos da negociação, a depender do momento¹⁵⁴.

Outro fator que distancia as relações contratuais modernas dos contratos descontínuos é a obrigação inserida na negociação. Nestes, o conteúdo da obrigação é preciso e limitado à promessa feita pelos participantes. Já naquelas, a obrigação abarca não só as promessas das partes, mas também as estruturas da sociedade que se ligam à relação e permitem que ela tenha lastro e continuidade. Nas relações modernas, o nível de vinculação é maior porque além do declarado (prometido) pelas partes, agregam-se às promessas feitas diversos deveres, expectativas, regras costumeiras etc. e isso passa a fazer parte do acordo tanto quanto aquilo que foi prometido¹⁵⁵.

Os dois tipos de negociação se diferem também no fator “transferibilidade”, que é proporcional aos graus de pessoalidade, previsibilidade e rigidez de vínculos existentes em uma relação. O que Macneil chama de “transferibilidade” é a possibilidade

outros autores aqui já referidos (e.g. Jaques Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, cit., pp. 226 e ss.), é a completa superação do modelo liberal de formação do contrato contemplado pelo Código Civil brasileiro em seus artigos 427 a 435, que ainda se refere somente à formação de “contratos primitivos”, para não fugir da terminologia adotada por Macneil.

¹⁵⁴ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 16.

¹⁵⁵ Em outras palavras, Macneil está a afirmar que o vínculo em relações duradouras há de ser mais largo que o vínculo em relações descontínuas, justamente pela atuação muito mais intensa do princípio da boa-fé objetiva nessas relações longas. A boa-fé objetiva (no Brasil, positivada nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil) é parâmetro de calibração do comportamento das partes mas também instrumento de interface entre as normas contratuais e os padrões sociais aplicáveis àquela relação jurídica determinada, a depender do contexto em que ela está inserida (vide o nosso *Tratamento Contemporâneo do Princípio da Boa-fé Objetiva nos Contratos*, cit., passim).

de se incrementar o valor de uma transação passando-a adiante, a outros agentes¹⁵⁶. Nas negociações descontínuas, como o planejamento é preciso, o vínculo é breve, as obrigações bem delimitadas e o grau de pessoalidade baixo, a “transferibilidade” é plenamente possível e descomplicada.

Nas relações contratuais modernas, a impessoalidade é talvez mais significativa, mas como os negócios têm geralmente número muito maior de participantes vinculados, a “transferibilidade” se torna, no mínimo, mais complexa por envolver mais elementos a serem considerados. Todavia, o fato de serem mais complexas não torna as transferências de posição menos frequentes. O que se nota, a bem da verdade, é o contrário. Macneil aponta o dado estatístico de crescimento do número de incorporações e fusões empresariais que são, em última análise, grandes transferências negociais de alta complexidade¹⁵⁷.

Outro elemento analisado por Macneil no que concerne ao paralelo traçado entre relações contratuais modernas e contratos descontínuos diz respeito às atitudes dos participantes. Para o estudo do comportamento dos agentes, o autor usou quatro parâmetros: consciência de conflito de interesses, unidade, tempo e problemas¹⁵⁸.

Quanto à consciência de conflito de interesses, tem-se na negociação descontínua um jogo de soma-zero em que cada participante deseja sair do “zero” às expensas da outra parte. Para Macneil, os conflitos de interesses aproximam os contratos descontínuos dos modernos. O que se deve destacar, entretanto, é que o conflito de interesses tem perspectivas muito diversas nos dois tipos de negociação. Nos contratos descontínuos, o conflito de interesses é latente e o equilíbrio de forças dos contratantes necessário à manutenção do vínculo é instável. Já nas relações modernas, por haver muito mais forças envolvidas e uma consciência de prolongamento do negócio no tempo, o que se tem é um equilíbrio dinâmico desses interesses de modo a estabilizar a relação.

¹⁵⁶ Essa transferibilidade é o que coisifica o contrato, dando a ele valor econômico (valor de troca, em uma expressão Marxista) assim como qualquer outro bem (vide *infra* 3.2.2.).

¹⁵⁷ O número de fusões e aquisições empresariais de que se tem notícia, no Brasil, nos últimos cinco anos da primeira década do século XXI, segundo a PriceWaterhouseCoopers, é de 3.015. Somente no primeiro semestre de 2010, foram anunciadas 434 operações, o que dá uma média de mais de 72 operações por mês, isto é, mais de duas por dia. O montante movimentando até julho de 2010 chega à impressionante quantia de US\$ 34 bilhões (*Fusões e Aquisições no Brasil – Relatório elaborado pela área de Corporate Finance da PriceWaterhouseCoopers*, julho de 2010, disponível em <<http://www.pwc.com/pt_BR/br/estudos-pesquisas/assets/mea-julho-2010.pdf>>, acesso em 25.08.2010).

¹⁵⁸ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 17.

Macneil trata em seguida da consciência de unidade. As relações modernas marcadas por necessidade de cooperação constante e interdependência entre as partes, somadas à coesão dada pelo tecido social, tornam-se reforçadas pela consciência de unidade, que nada mais é que a percepção tida pelos participantes de que seus interesses pessoais coincidem (ou devem coincidir) com os interesses atingíveis pela relação total. Nas relações descontínuas, por sua própria natureza atomística e de interesses conflitantes, não há qualquer consciência de unidade.

No tocante ao tempo, Macneil afirma que há nas relações contratuais modernas tanto uma antecipação do futuro dada pela complexidade de planejamento quanto uma abertura para previsibilidade de eventos que não se podem ao certo determinar. O que há sempre é uma vaga ideia por parte dos agentes no que concerne aos acontecimentos futuros da relação. Nos contratos descontínuos, em virtude da rigidez e presunção de completude do planejamento, não há qualquer espaço para imprevistos.

Ao contrário das negociações descontínuas que se supõem livres de problemas – pois já se parte do pressuposto de que todos os problemas já foram inseridos no planejamento –, nas relações modernas tem-se consciência de que relações de longo prazo estão vulneráveis a problemas e que estes devem ser solucionados. Deste modo, o que se tem nas negociações modernas é um planejamento ostensivo e contínuo que busca englobar promessas, estruturas do contexto social, contingências remotas e problemas.

O último fator analisado por Macneil na dicotomia negociações modernas e contratos descontínuos é poder, hierarquia e comando¹⁵⁹.

Poder, analisado do ponto de vista contratual, é sempre relativo. Macneil avalia o poder de uma parte sempre em relação à outra parte, tanto é que define a parte “sem poder” como aquela que é “totalmente sujeita ao poder da outra parte”¹⁶⁰. Posto isso, ao se analisar troca, o que se tem, na verdade, é uma manifestação bilateral de poder.

Nas relações descontínuas, há, na maior parte dos casos, uma hierarquia alternada na relação. A alternância se dá na medida em que sempre há, em algum momento do desempenho contratual, alguém com um interesse de adimplemento dotado de meios de executá-lo.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 29.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 30.

Nas relações modernas esta hierarquia não desaparece, mas a interdependência dos agentes gera dois vetores convergentes de poder que, ao serem exercidos, impulsionam os interesses e fomentam a manutenção dos participantes na transação. Deste modo, o que se apresenta nas relações modernas é um poder dinâmico e muito mais complexo da perspectiva interna, que se alterna do unilateral para o bilateral em virtude de estruturas contínuas de hierarquia e dependência¹⁶¹.

Após apresentar os elementos característicos de cada tipo contratual, Macneil passa a discutir as normas intermediárias de contrato¹⁶². Explica ele que o contrato, por ser um complexo de condutas, requer uma gama de normas que o regulem em toda sua complexidade. É preciso salientar que o conceito de norma para o autor é um conceito bivalente: norma é uma descrição das condutas que se observam e formam um padrão e é também uma prescrição de dever-ser.

Nesse sentido, as normas contratuais – independentemente do modelo contratual que se avalie – se dividem em internas e externas. As primeiras são aquelas derivadas de convenções oriundas da própria relação. Já as externas são aquelas originadas pelo contexto social, como o Direito estatal, os costumes socialmente reforçados, a moral, as instituições etc. O que o autor salienta é que a comunicação entre as normas internas e externas de um contrato é constante. Ao contratar, os participantes projetam suas normas

¹⁶¹ Aqui cumpre fazer um contraponto à teoria de Macneil. Ele mesmo se baseia na classificação de Oliver Williamson (*Transaction Costs and Organization Theory*, in *Industrial and Corporate Change*, Oxford University Press, 1993) dos tipos de vinculação negocial: (i) mercado, (ii) relações intermediárias ou contratos e (iii) hierarquia. Mercado seria a relação toma lá, dá cá, sem nenhum compromisso de continuidade (trocas instantâneas). Hierarquia seria a opção de internalizar determinada atividade, passando a ser proprietário de seus meios de produção e a ter o pleno poder de decisão sobre o que produzir: quando, quanto e como. No meio das duas realidades estariam as relações intermediárias, o que Williamson chama de contrato. Nessas relações não há incentivo suficiente para a criação de hierarquia (aquisição ou fusão, por exemplo), mas a frequência com que as trocas ocorrem, a incerteza acerca da disponibilidade do produto no futuro e a especificidade do ativo envolvido na sua produção impedem que as partes estabeleçam entre si uma relação puramente de mercado, também chamada *spot* (para uma visão crítica da teoria de Williamson, vide BengtHolmstrom e John Roberts, *The Boundaries of the Firm Revisited*, in *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, nº 4, 1998, pp. 73-94). Essas relações intermediárias são o campo de pesquisa deste nosso trabalho. Conforme ficará demonstrado mais adiante (*infra* 4.3.), temos fortes elementos que nos levam a crer que em relações contratuais duradouras não hierárquicas, há uma tendência ao abuso de poder contratual por uma das partes. Por isso discordamos da afirmação de Macneil, ao afirmar que a relação de poder em uma estrutura de hierarquia e em uma relação intermediária é muito semelhante à relação de poder em uma estrutura de mercado. Para nós, a relação de poder é bastante diferente e é justamente por ser diferente que ela dá margens a abusos que devem ser coibidos, mas que ainda não estão propriamente regulados, diferentemente do que ocorre em relações *spot* (cujos abusos são claramente sancionados pela lei – artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor e artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994) e em relações de hierarquia (cujo abuso também tem norma específica de regulação – artigo 116 da Lei nº 6.404/1976).

¹⁶² *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 35.

para a sociedade, da mesma forma com que normas externas vindas do pano de fundo social se imiscuem no acordo, regulando-o.

Isso posto, Macneil passa a analisar as normas contratuais na seguinte ordem: primeiramente expõe as normas que, acredita ele, estariam contidas em todas as manifestações contratuais. Em seguida, foca nas normas próprias dos contratos descontínuos e finaliza o estudo normativo com as regras voltadas às relações contratuais modernas.

Ao apresentar as normas comuns a todos os contratos, Macneil identificou um conjunto contendo nove normas. A primeira delas é a chamada norma de “integridade de papel”¹⁶³. O que o autor entende como papel é a atuação que se espera de um agente em determinada relação social. O papel traz consigo expectativas de comportamento. Desta forma, para que as expectativas criadas não sejam frustradas, esse papel deve ser dotado de consistência. Essa consistência requer também uma harmonia interna, que nada mais é do que a equivalência do que se espera de cada papel com o que se pode exigir da pessoa que o está exercendo. A norma de integridade de papel tem como uma de suas funções garantir a equivalência.

Outro elemento inerente ao papel é o conflito “interesse egoísta *versus* interesse social” que resulta do desejo de se maximizar ganhos pessoais em constante tensão com o desejo de manter a solidariedade social para continuar membro de uma comunidade. O conflito dentro de um papel social surge como uma tensão entre objetivos de curto e de longo prazo. Em curto prazo, o agente deseja aumentar seus ganhos a expensas de terceiros, mas em longo prazo deseja ainda permanecer membro de sua comunidade. A este conflito – que Macneil afirma ser entre id e superego – dá-se o nome de tensão de troca. A função da norma de integridade de papel é justamente eliminar essa tensão. Assim, também é incumbência da norma em questão balizar interesses particulares de curto prazo com interesses sociais de longo prazo¹⁶⁴.

A segunda norma comum a todo contrato é a norma de “reciprocidade”, que emerge da escolha contida inevitavelmente em todo contrato. Esta norma diz respeito a um padrão que se verifica sempre em contratos: as trocas só ocorrem quando os participantes vislumbram perspectivas mútuas de benefício (superávit de troca). O que se pressupõe na

¹⁶³ *Idem*, pp. 39-42.

¹⁶⁴ É facilmente perceptível a semelhança entre o conceito da norma de integridade de papel de Macneil e aquela contida no artigo 421 do Código Civil, que será melhor abordada adiante (*infra* 4.2.3.).

norma de reciprocidade não é uma igualdade quantitativa, mas um equilíbrio entre os agentes no momento em que eles dividem os resultados da troca. A norma de reciprocidade, por ser uma condição *sine qua non* das trocas, deve ser observada antes mesmo de elas ocorrerem.

A reciprocidade é um reflexo da solidariedade contratual e um reforço para o vínculo. Num mercado competitivo, por exemplo, a maior reciprocidade entre os participantes garante a escolha da alternativa mais benéfica a ambos, sendo a chave para a continuidade da relação.

Deve-se fazer a ressalva de que há sempre limites de troca, a partir dos quais um participante já não vê a troca como benéfica. Assim, a norma de reciprocidade tem sua importância também para impedir que um agente, ao tentar maximizar seus ganhos na relação, aumentando seu superávit de troca, force o outro agente ao seu limite. O objetivo desta norma é fazer com que o participante enxergue que é mais vantajoso aumentar menos o ganho do que correr o risco de perder um negócio com o qual a outra parte não concordaria¹⁶⁵.

A terceira norma que Macneil aponta como presente em todo contrato é a chamada norma de “implemento do planejamento”. O objeto do contrato não é a troca em si, mas o planejamento de como essa troca vai se dar no futuro, quais serão suas implicações e como ocorrerão, regulados os eventuais problemas decorrentes da troca. Mais do que nunca, contratar é planejar o futuro. Como é uma norma referente ao objeto do contrato, afirma o autor ser ela uma norma de primordial importância, que pode entrar em conflito com as demais normas, principalmente com a norma relativa à flexibilidade, ainda a ser referida.

A quarta norma denomina-se “realização de consentimento”. Quando se contrata, confere-se a outra pessoa uma parcela de poder de interferir e limitar a sua própria esfera de escolhas futuras. Diz-se que a escolha feita em contexto contratual é dada

¹⁶⁵ É importante ressaltar, contudo, que a norma de reciprocidade não leva à necessidade de relações absolutamente equilibradas (no sentido de igualadas) entre as partes. É do jogo contratual que uma parte, por sua habilidade de negociação, pela sua posição consolidada, pela forma como gere suas informações contratuais relevantes etc. auferir uma quantidade maior de benefícios que a outra em uma relação contratual. A ideia da norma de reciprocidade é calibrar essa preponderância, para evitar que apenas uma única parte aufera todos os benefícios do contrato em questão, ou para coibir abusos em momentos contratuais específicos. É o próprio Macneil que cita, como exemplo de aplicação específica dessa norma de reciprocidade o *Automobile dealer franchise act*, de 1956, que limitou uma série de faculdades contratuais em relações entre fabricantes de veículos e vendedores concessionários, dentre as quais a não renovação do contrato sem justa causa (*O Novo Contrato Social*, cit., p. 45).

por mútuo consentimento e que a extensão do poder conferido ao outro agente é igual à extensão do consentimento dado. A grande complexidade surge, entretanto, a partir do fato de não se poder adiantar tudo sobre o que se deve dar consentimento, em outras palavras, ou a amplitude do poder criado está além do que o homem é capaz de prever e anuir, ou aspectos importantes do acordo ficam abertos às livres escolhas futuras pelas partes contratantes.

Como a equivalência entre planejado e consentido ao longo do caminhar contratual tende a desaparecer, a função da norma de realização de consentimento é a de garantir que a parte será exigida pela obrigação dos pontos planejados que consentiu e que está também obrigada a dar continuidade à relação que envolverá uma série de novos pontos a serem planejados e consentidos¹⁶⁶.

A quinta norma selecionada por Macneil é chamada de norma de “flexibilidade”. Existe necessidade de flexibilidade em contextos contratuais para que possam ser considerados acontecimentos e mudanças que não se podiam prever a partir dos dados disponíveis em determinado momento da contratação. A norma de flexibilidade vem justamente para conciliar o contrato (relações econômicas) aos ajustes constantes da economia e da sociedade como um todo. As normas de flexibilidade podem ser internas – e geralmente o são em relações mais duradouras com maior carga de confiança e pessoalidade – ou podem vir do próprio tecido social, mais notadamente do ordenamento jurídico que compele os participantes de determinada relação a readaptarem-na a novas situações econômicas, políticas, culturais que pressionem a favor de qualquer tipo de alteração¹⁶⁷.

A sexta norma detectada pelo autor é a norma de “solidariedade contratual”, que tem por função enlaçar as trocas. Sem o mínimo de consciência de solidariedade em ambiente social não é possível vislumbrar troca, tendo em vista que elas jamais acontecem em vácuos sociais.

A sétima norma, na verdade, é um conjunto de normas chamadas de normas de ligação, quais sejam: a norma de “interesse restitutivo”, a de “interesse de confiança” e a de “interesse de cumprimento”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ A formação do vínculo obrigacional é constante no tempo, não se limitando à formação do contrato.

¹⁶⁷ *O Novo Contrato Social*, cit., p. 50.

¹⁶⁸ Macneil não esconde de seus leitores que esses três conceitos não são seus. Tais conceitos vêm de texto relativamente antigo, chamado “*The Reliance Interest in Contract Damages*” escrito por Lon L. Fuller e

Para Macneil, portanto, o contrato é tutelado por duas máximas ou princípios importantes: a vedação ao excessivo desequilíbrio entre as partes e a tutela das expectativas contratuais, geradas pela promessa contratual mesma ou pelo comportamento das partes antes, durante ou mesmo depois do término da relação contratual¹⁶⁹.

Macneil denominou essas normas – que são reais princípios contratuais – de normas de ligação, em razão do fato de elas se relacionarem intimamente com várias outras normas já apresentadas. Por exemplo, o interesse de restituição é reflexo de um defeito de reciprocidade, ao mesmo tempo em que o interesse de confiança caminha lado a lado com a solidariedade contratual e o interesse de cumprimento se refere à norma de implemento do planejamento.

A oitava e penúltima norma comum a todos os contratos é a que Macneil chama de “criação e restrição de poder”. O poder é inseparável da troca, na medida em que esta pressupõe a capacidade de criar mudanças nas relações de poder. Por exemplo, quando Tício vende sua casa a Caio, o poder de propriedade de Tício sobre a casa muda de titularidade, passando a ser de Caio.

Mas não é só a poder jurídico que Macneil se refere ao tratar dessa norma. Poder aqui tem sentido de poder econômico, tecnológico-informacional, político, que em situações normais de contratação tem importância maior ou igual ao poder jurídico¹⁷⁰.

O que o autor se preocupa em destacar é que o contrato, além de criar e modificar posições de poder, também as limita. O limite que o contrato dá ao poder vem da

William R. Perdue Jr. no Yale Law Journal n. 46, de 1936-37, pp. 52-96 e 373-420. Fuller e Perdue definem os três interesses da seguinte forma. O interesse de restituição tem como função a manutenção do equilíbrio entre as trocas (sinalagma), ou simplesmente evitar que um contratante se enriqueça injustamente às custas de outro. O interesse de confiança pretende garantir ao contratante que, caso suas expectativas legítimas geradas pela conduta da outra parte não sejam atendidas, seja a ele garantido o direito de se compensar pela frustração gerada. Por último, o interesse de cumprimento visa a garantir ao contratante que aquilo que foi expressamente prometido pela outra parte seja cumprido, sob pena de lhe ser entregue o equivalente em dinheiro caso isso não aconteça. Traçando-se um paralelo entre os três interesses de Fuller e Perdue e os princípios contratuais presentes no Código Civil brasileiro, temos que o interesse de restituição equivale ao princípio do equilíbrio contratual, o interesse de expectativa equivale ao princípio da boa-fé objetiva e o interesse de cumprimento equivale ao princípio da força obrigatória dos contratos (para uma análise panorâmica dos três princípios e de sua relação com os demais princípios contratuais, vide Tereza Ancona Lopes, *Princípios Contratuais*, in Wanderley Fernandes[org.], *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 17 e ss).

¹⁶⁹ Para Macneil, o jogo contratual necessariamente leva à criação de expectativas de parte a parte que, muito embora não estejam expressas como direito e obrigações no bojo formal do contrato, passam a vigor como normas contratuais. O que o autor chama de interesse de confiança poderia ter como sinônimo muito próximo o que nós, romanogermânicos, chamamos de vedação de condutas contraditórias ou proibição de *venire contra factum proprium* (cf. Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 745).

¹⁷⁰ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 55.

regulamentação que este confere ao seu exercício e dos impedimentos que ele cria aos desequilíbrios e aos aumentos vertiginosos de poder.

Como se pode perceber, as normas contratuais se interrelacionam incessantemente para que sejam sempre atingidas situações de equilíbrio. É por isso que aumentos ilimitados de poder de um contratante se chocam com normas de primordial importância como a de consentimento e a de flexibilidade. Desta forma, a interação das normas contratuais resulta, inexoravelmente, na criação e na limitação de poder.

A última norma presente na regulação de qualquer contrato foi chamada por Macneil de “harmonização com a matriz social”, que nada mais prescreve que a necessidade de se compatibilizar as normas de determinada sociedade com as normas que emergem dos contratos que são realizados nela.

Depois de apresentar as normas comuns a todos os contratos, Macneil passa à explicação da norma descontínua¹⁷¹. Segundo o autor, a norma que regula os contratos descontínuos é o resultado da amplificação das normas de implemento de planejamento e realização de consentimento. Estas normas amplificadas se fundem numa única, que orienta a negociação descontínua chamada de norma de “intensificação da descontinuidade e presentificação”¹⁷². O aumento da descontinuidade e o deslocamento do futuro para o presente são os principais objetivos dos contratos descontínuos e tanto um quanto o outro necessitam de planejamento consensual ou consentimento planejado.

Para que a norma descontínua atinja seus objetivos, as partes do negócio são despersonalizadas, a ponto de se ter como pólos da relação o dinheiro de um lado e a mercadoria ou serviço de outro. Essa coisificação possibilita um afastamento pessoal que garante a descontinuidade do negócio, na medida em que mercadorias não conseguem manter relações.

Para preservar tanto a descontinuidade quanto a presentificação, os possíveis problemas da negociação devem ser parte de seu cumprimento, ou seja, devem estar totalmente previstos no contrato, juntamente com um número certo de remédios que

¹⁷¹ Na verdade não se trata de uma norma no sentido de uma regra, mas sim em uma orientação de leitura. A “norma descontínua” de Macneil revela a forma como as nove normas listadas por ele devem ser lidas em contratos descontínuos.

¹⁷² “A descontinuidade e a presentificação não constituem, elas mesmas, o mesmo fenômeno, apesar de sua fusão em contratos descontínuos. A descontinuidade é a separação em uma negociação de tudo o mais entre os participantes, ao mesmo tempo, antes e depois. Seu ideal, nunca alcançado em vida, ocorre quando não há nada mais entre as partes, nunca houve e nunca haverá. A presentificação, por outro lado, é trazer o futuro para o presente” (*Idem*, p. 59).

os solucionem. Não há qualquer espaço para imprevisão ou lacunas no que tange aos problemas da contratação descontínua¹⁷³.

Percebe-se, deste modo, que a norma descontínua é um comando de precisão, que almeja à focalização dos agentes na negociação, para que não haja qualquer problema, terminando o quanto antes e deixando as partes livres para a realização de outros contratos.

Ao contrário da norma descontínua que visa ao fim rápido da troca, as normas voltadas às relações contratuais duradouras têm objetivos de continuidade e estreitamento de vínculos¹⁷⁴. As normas relacionais, como as chama Macneil, refletem a intensificação de algumas das normas comuns a todos os contratos e a mudança de perspectiva de outras, que passam a ser avaliadas pelo ponto de vista interno da relação. Dito isso, o autor seleciona quatro normas que refletem com maior acuidade a regulamentação das relações contratuais, quais sejam, a integridade de papeis, a preservação da relação, a harmonização do conflito relacional e as normas supracontratuais.

A integridade de papeis tem sua magnitude ampliada na análise das relações contratuais modernas em virtude de nelas os papeis adquirirem maior complexidade, crescendo em número, duração, pessoalidade e atribuições ligadas às obrigações. Além disso, nessas relações os papeis sofrem interferência muito mais nítida de fontes sociais de projeção de troca como costumes e valores que tornam a regulação do contrato muito mais sofisticada¹⁷⁵.

A norma de preservação da relação representa uma intensificação da norma comum de solidariedade contratual. Enquanto o objetivo das negociações descontínuas é a autodestruição e a substituição por novos negócios, o caráter contínuo das relações contratuais modernas é tamanho que se tornou norma para este modelo de contratação. A norma em questão não é, entretanto, absoluta. Ela não parte do pressuposto de que as

¹⁷³ A disciplina da evicção e vícios redibitórios do Código Civil, assim como as regras de vícios do produto ou do serviço no Código de Defesa do Consumidor são perfeitos exemplos dessa realidade. Todas essas normas partem da premissa de que as relações contratuais são instantâneas e descontínuas. Do mesmo modo, as normas acerca dos vícios de consentimento no Código Civil também revelam a preocupação do legislador com a presentificação do consentimento, ainda sob o paradigma das relações descontínuas.

¹⁷⁴ Note-se que aqui também o autor está a se referir à norma não como uma nova regra a se somar às nove normas fundamentais das relações contratuais já descritas por ele, mas sim a um jeito de ler essas normas em se tratando de contratos feitos para durar.

¹⁷⁵ Em outros termos, Macneil está a dizer que nos contratos de longa duração o papel da função social do contrato é muito mais relevante do que nos contratos instantâneos ou de curta duração.

relações durarão infinitamente, assumindo que algumas situações podem fazer com que as elas terminem, tais como crises econômicas, crises de gestão, um simples termos finais de contratos ou até mesmo uma manifestação de vontade das partes em não dar continuidade ao negócio.

Esta norma tem duas facetas: uma que visa à manutenção da parte na condição de membro da relação e outra que se volta à continuidade da relação dentro de um contexto social maior¹⁷⁶.

A norma de harmonização de conflito relacional vem para evitar que problemas surgidos no bojo da relação levem-na ao colapso. Para tanto esta norma pressupõe a delimitação de um processo interno de solução de problemas quando a confiança ou a boa-fé dos participantes é abalada por qualquer motivo. Esta norma serve também para compatibilizar a negociação com a matriz social trazendo normas externas para a regulação do contrato.

A última norma relacional analisada por Macneil é a norma supracontratual. Partindo da premissa de que nas relações contratuais não existe a ficção segundo a qual o negócio se dá num vácuo social, o que esta norma prescreve é que além das convenções internas formuladas pelas partes, normas de diversas naturezas serão inseridas na regulação do contrato de modo que cada negociação se assemelhe a um micro-ordenamento ou a uma minissociedade.

Após tratar das normas relativas aos contratos, Macneil termina sua obra apresentando as novas perspectivas do Direito Contratual das grandes relações¹⁷⁷.

O direito descontínuo, como se pode constatar a partir de sua norma específica supra explicada, serve para solucionar questões de inadimplemento ou de adimplemento imperfeito. Já o direito contratual relacional tem funções das mais complexas e variadas, que não estão baseadas na troca em si, mas na relação fluida de poder a que ela dá origem e a fatores de manutenção e estreitamento de vínculo entre os participantes.

¹⁷⁶ Esse ponto da teoria de Macneil sobre os contratos relacionais é demasiado importante para nosso trabalho. A proposta de Macneil está em perfeita consonância com o que prescreve Cláudia Lima Marques ao propor o conceito dos contratos cativos de longa duração (vide *infra*, 3.4.), assim como o que também propôs Jaques Azêma ao falar da tendência de manutenção dos *Contrats Successifs* (vide *supra* 3.2.). Essa também é a mesma posição da jurisprudência brasileira, em se tratando de relações de consumo que se prolongam no tempo (vide *infra*, 7.1. e 7.2.).

¹⁷⁷ *O Novo Contrato Social...*, cit., p. 69.

Dito isso, o que o autor propõe é a formulação, a partir das normas apresentadas, de um conjunto geral de diretrizes aplicáveis aos mais diversos contratos relacionais. Para tanto, deve-se já fazer a ressalva de que a regra relacional não deve ser, como é a descontínua, uma regra de precisão pautada numa ficção de absoluto consentimento. É premissa básica do contrato relacional o “aceitamos, mas não aceitamos”, que em poucas palavras significa que é possível conceber contrato, pela perspectiva relacional, sem a necessidade de total consentimento¹⁷⁸.

As falhas de consentimento são, deste modo, supridas por uma base relacional que dá coesão à negociação e, na maior parte dos casos, tal base é constituída pela confiança entre os participantes.

O direito descontínuo não cuida das circunstâncias que precedem à troca e tampouco são de seu interesse as maneiras como as partes dividem seu superávit de troca. Já o direito relacional cuida da negociação como um processo em que as normas contratuais devem estar em constante vigília para que a relação não saia de um estado equilibrado e atinja o limite de troca de qualquer das partes.

Busca-se, no direito relacional, a regulação das relações de poder formadas durante o negócio. Mas tal regulação não objetiva a manutenção de um *status quo*, mas o incremento de reciprocidade, tendo sempre em mente de que se trata de um conjunto de regras que visa à longevidade das relações contratuais.

Assim, o direito relacional, por buscar coesão interna entre os participantes da relação e externa entre estes e a sociedade acaba se tornando uma síntese de valores, premissas políticas e comportamentos cristalizados na comunidade. Ele representa o que é considerado mais importante num espaço amostral de costumes e práticas.

Em resumo e para finalizar, portanto, pode-se dizer que para Macneil existe uma dicotomia contratual: contratos descontínuos de um lado e contratos relacionais de outro. Os primeiros são criados para acabarem, os últimos são feitos para durar. Isso provoca uma mudança na maneira de ver o contrato e as regras a ele aplicáveis.

O contrato feito para durar tem formação diferente, clama por regras diferentes, exige das partes comportamento diferente e do juiz uma visão e intervenção

¹⁷⁸ Macneil simplesmente afirma que o contrato relacional não se forma da união “mágica” entre proposta e aceitação. Essa é a primeira etapa, mas a formação do contrato acontece a cada momento de interação entre as partes contratantes, que são, ao longo de toda a relação, partes contraentes.

também diferentes. É por isso que a leitura de Macneil é imprescindível ao desenvolvimento de nosso argumento, pois estamos justamente a propor uma leitura diferente de uma regra contratual concebida sob a égide dos contratos feitos para acabar.

3.3 Jaques Azéma e o prazo dos *Contrats Successifs*

A obra de Jaques Azéma¹⁷⁹ se preocupa basicamente com a distinção entre os contratos por tempo determinado e os contratos por tempo indeterminado. A pergunta que o autor pretende responder em sua obra é a seguinte: a prévia fixação da duração do contrato sucessivo¹⁸⁰ ou de longa duração tem relevância jurídica e prática?

Nem a lei, nem a doutrina que o precedeu, diz o autor, deram a devida importância à distinção entre contratos a prazo e sem prazo. O pouco que se fala na doutrina é sobre a possibilidade de, nos contratos sem prazo, as partes poderem extinguir unilateralmente o vínculo mediante comunicação à outra parte, desde que essa comunicação tenha certa antecedência para evitar prejuízos à parte denunciada.

Para Azéma, a questão da (in)determinação do termo contratual aparece em dois momentos distintos da vida do contrato (formação e extinção), ficando latente ao longo da execução do contrato. Por isso não é tão abordada pelos estudiosos.

A obra do autor analisa a duração dos contratos sucessivos nessas duas situações nas quais ela é relevante. A primeira parte da obra se volta à formação da relação contratual e a segunda parte, à sua extinção.

A primeira parte inicia-se com uma reflexão do autor sobre o fato de que, embora negligenciada pelos espertos no tema, a classificação dos contratos de acordo com a determinação ou não de seu termo é uma das poucas percebidas pelas partes contratantes, porque elas querem saber se, ao celebrar o contrato, ficarão presas uma a outra indefinidamente ou se há uma data marcada para o término do vínculo. Essa informação é bastante relevante para quem celebra contratos¹⁸¹.

As razões psicológicas ou econômicas que levam as partes a determinar ou não a duração do contrato referem-se sempre à necessidade de atender e à disposição de sair do vínculo ou não. Se houver uma ideia clara de que a necessidade é temporária,

¹⁷⁹ *La durée des contrats successifs*, Paris, LGDJ, 1969.

¹⁸⁰ No Brasil, assim como em Portugal e na Itália, o termo “contrato sucessivo” não exprime tecnicamente a ideia de contrato de longa duração, sendo empregado por diversos autores o termo “contrato de trato sucessivo” (v. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 74). Permitimo-nos usar o termo “contrato sucessivo” para significar contrato de longa duração ou contrato de trato sucessivo neste item do texto apenas para ressaltar a ideia de que essa é a expressão francesa técnica, traduzida literalmente, lembrando assim ao leitor a origem e os contornos do conceito abordado neste tópico. Conforme já ficou escrito em nossa exposição, preferimos sempre o termo contrato de longa duração para designar, em português, as relações contratuais que tem o tempo como elemento causal.

¹⁸¹ Jaques Azéma, *Ob. cit.*, p. 07.

provavelmente o contrato será feito com prazo. Todavia, a fixação do prazo contratual traz consigo a impossibilidade de encerramento do vínculo antes da data combinada, o que implica em um cerceamento maior de liberdade.

Do ponto de vista jurídico, contudo, há dois questionamentos que o autor pretende fazer: (i) como se dá a escolha do termo contratual nos contratos a prazo e (ii) quais são os limites de validade para os contratos por tempo indeterminado.

Ao celebrar um contrato por tempo determinado, as partes abrem mão de sua liberdade durante aquele lapso temporal. Nesse processo, três caracteres merecem análise cuidadosa, na opinião de Azéma: (i) a liberdade de escolha do termo contratual, (ii) o exercício dessa escolha e (iii) as consequências dessa escolha quanto à natureza do contrato¹⁸². Cada um desses pontos é um título da obra do autor.

No que se refere à liberdade de escolha do termo contratual, Azéma enxerga dois limites diferentes. Um que se refere à duração máxima do contrato e outro no que toca à duração mínima da relação contratual.

Ao analisar os limites para a máxima duração de um contrato, Jaques Azéma se volta ao estudo de tema bastante popular e recorrente na doutrina contratual francesa: a proibição aos vínculos contratuais perpétuos¹⁸³.

O autor reconhece que na França não existe um texto de lei a prever, expressamente, a proibição de constituição de vínculos contratuais perpétuos, muito embora haja casos particulares de proibições desse tipo (como no caso do contrato de constituição de renda – artigos 530 e 1911 do *Code Civil*; no caso de usufruto concedido a pessoas jurídicas – artigo 613; no caso de locações e arrendamentos – artigo 1709; no caso do contrato de trabalho – artigo 1780, alínea 1; e no caso da sociedade – artigo 1869, 5º)¹⁸⁴.

¹⁸² *Idem*, p. 09.

¹⁸³ Já tivemos a oportunidade de nos referir a essa preocupação da doutrina francesa anteriormente, ao analisar a evolução do conceito de tempo nas relações contratuais (*supra*, 2.1.2.). Para mais aprofundamento sobre tal assunto, recomenda-se ler Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, cit., pp. 180-204. É curioso notar que essa preocupação exagerada dos franceses com a perpetuidade dos vínculos não encontra o mesmo eco na doutrina italiana ou na doutrina portuguesa. Talvez porque na França a carga liberal presente quando da entrada em vigor do *Code Civil* e cristalizada em suas normas até hoje em vigor ainda exerça, mesmo que indiretamente, influência sobre os estudiosos daquele país, pondo-os em apuros quando se deparam com vínculos que se pretendem durar por toda a eternidade. No Brasil, embora haja alguma preocupação com a validade de contratos eternos (a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XX, prescreve que ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado), a doutrina encara com mais naturalidade a tendência de alguns contratos durarem muito, voltados à eternidade (vide *infra*, 3.4.).

¹⁸⁴ Jaques Azéma, *Ob. cit.*, p. 14.

Após fazer uma análise detalhada de cada um dos casos de proibição de vínculos perpétuos no Direito francês, Azéma faz uma apreciação crítica às sanções impostas pelo legislador em cada um dos casos, concluindo que o parâmetro objetivo para a determinação de um contrato perpétuo é aquele estabelecido pela norma a regular o contrato de sociedade: qualquer contrato previsto para durar mais de noventa e nove anos é um contrato perpétuo.

Todavia, no que se refere à sanção a aplicar nesses casos, duas são as soluções racionalmente possíveis, segundo ele: a nulidade do contrato ou a sua transformação em contrato por tempo indeterminado. A transformação do contrato não lhe parece a melhor solução, tendo em vista a teoria do abuso do direito e a possibilidade de manutenção do vínculo. Prefere o autor a sanção da invalidade (não a invalidade absoluta ou nulidade, mas a anulabilidade)¹⁸⁵.

Com base nessa afirmação, o autor propõe uma regra geral de proibição aos contratos perpétuos. Para ele, as regras específicas previstas na legislação francesa são manifestações do princípio geral de vedação aos vínculos eternos. Todavia, há duas exceções: os contratos celebrados com pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista a ideia de perenidade e continuidade que está ligada a estes entes jurídicos e os contratos reconhecidamente de utilidade pública, dada a sua importância para a vida em sociedade¹⁸⁶.

Superada a questão da perpetuidade e de sua proibição, o autor passa a analisar alguns casos particulares de limitação à duração máxima do contrato.

¹⁸⁵ “*En effet, le fondement de la prohibition de l’engagement perpétuel apparaît être de moins en moins la protection de l’intérêt général et bien d’avantage celle de la liberté individuelle. Ne serait-il pas dès lors logique de sanctionner l’engagement perpétuel par la nullité relative? En effet, si la nullité absolue s’accordait bien avec le fondement primitivement assigné à la prohibition, la nullité relative semble au contraire convenir beaucoup mieux à celui que l’on s’accorde à leur reconnaître aujourd’hui dans les différents contrats où elle est expressément édictée et à partir desquels certains raisonnent pour la généraliser*” (Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 25).

¹⁸⁶ É preciso ler a conclusão do autor contextualmente. Seu texto foi escrito no final da década de 1960, na França. A ideia de prestação de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito privado ainda era incipiente e pouco aplicada, sendo que quase todos os serviços públicos ainda eram prestados pelo Estado ou por sociedades controladas por ele. Se Azéma escrevesse seu texto hoje, diria que podem ser perpétuos os contratos celebrados com pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, independentemente de serem tais pessoas de Direito Privado ou de Direito Público. Já a noção de contrato reconhecidamente tido como de utilidade pública, parece-nos haver alguma semelhança com o que escreve Cláudia Lima Marques acerca dos contratos cativos de longa duração e a essencialidade dos bens e serviços que são objeto destes contratos (vide *infra*, 3.4.).

Primeiramente, analisa as limitações de interesse geral. São elas: a limitação da duração máxima da cláusula de retrovenda por cinco anos, a limitação de dez anos para o contrato de fornecimento com cláusula de exclusividade e a limitação de cinco anos para o contrato de cessão de direitos autorais patrimoniais. Afirma que tais proibições são de interesse geral porque visam proteger interesses de terceiros ou da sociedade em geral, como dos potenciais compradores do bem anteriormente vendido com cláusula de retrovenda ou da sociedade em geral ao se permitir que, após um tempo, os adquirentes de determinados produtos ou serviços possam se valer de outros fornecedores para peças de reposição e manutenção ao invés dos vendedores originais.

Depois, analisa as limitações previstas no interesse exclusivo das partes do contrato. Afirma que tais limitações têm por base os seguintes fundamentos: fundamento econômico, de adaptação do vínculo, após certo tempo, a novas conjunturas econômicas (por isso ele não deve durar mais que certo tempo); fundamento na proteção da liberdade contratual; e, paradoxalmente, fundamento na estabilidade do vínculo contratual. Cita e analisa as convenções coletivas de trabalho, limitadas a cinco anos, como caso de limitação imposta por questões econômicas¹⁸⁷. Depois fala da limitação de cinco anos para a cláusula de indivisibilidade de bens comuns, cujo fundamento é a liberdade contratual. E fala ainda da tendência de se limitar a duração máxima do período de experiência no contrato de trabalho, cujo fundamento é justamente a necessidade de estabilidade dessa relação.

Finalmente, o autor analisa os casos de limitação do tempo máximo de duração do contrato estabelecido exclusivamente em favor de uma das partes do contrato. Nesse caso, o objetivo da limitação é proteger uma das partes, que se encontra em situação de desvantagem em relação à outra parte contratante. São os casos da limitação de um ano para o contrato oral de trabalho ou prestação de serviços. Ou as limitações aos contratos de locação celebrados pelo locatário com quem não é o proprietário do bem locado (usufrutuário ou tutor ou curador do proprietário, cujo prazo máximo é limitado a nove anos)¹⁸⁸.

Concluindo a análise dos casos em que há limitações quanto à fixação de prazo máximo para os contratos, Azéma chama atenção para o fato de que, se por um lado, na locação, há limitação de prazo máximo para proteger o proprietário do bem locado, da mesma forma há limitações de prazo mínimo para proteger o locador. O autor passa então

¹⁸⁷ *Idem*, p. 42.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 49.

a analisar os casos em que há necessidade, imposta pela lei, de se fixar um lapso temporal mínimo antes do qual o vínculo não poderá ser desfeito por uma ou por todas as partes do contrato.

Antes de iniciar a análise dos casos concretos, todavia, faz uma breve reflexão acerca da superação do paradigma da liberdade do século XIX pelo paradigma da estabilidade das relações no século XX, principalmente no que se refere à moradia das pessoas e às suas fontes de renda, isto é, ao trabalho¹⁸⁹. Por conta desses dois fundamentos, afirma Azéma, é que o legislador se ocupou de estabelecer períodos mínimos de duração para a locação comercial e para o arrendamento rural.

Quanto ao arrendamento rural, a previsão de prazo mínimo obrigatório para esses contratos tem por objetivo proteger o arrendatário, para que ele não se veja tolhido, de uma hora para outra, de sua moradia e de seu emprego. Mas também protege o arrendador e a economia como um todo. A proteção do arrendador se dá pelo incentivo que se cria no arrendatário, se a ele for garantida a permanência por período considerável no imóvel (há a tendência natural de que o arrendatário faça melhorias e conserve melhor o imóvel se ele souber que vai ali permanecer por tempo considerável). E a proteção da economia se dá pelo fato de que a produção rural depende de tempo para ser eficientemente realizada, havendo a questão das safras, da peridiocidade das colheitas, do descanso do solo etc.

É por isso que a lei francesa previu prazo mínimo de nove anos para o arrendamento rural¹⁹⁰, assim como fez para a locação comercial ou empresarial¹⁹¹.

Concluindo o item de seu texto que se refere às limitações às partes para estabelecer prazos máximos e mínimos em seus contratos, Azéma afirma que, inobstante restrições pontuais, a regra geral é de ampla liberdade para as partes escolherem o tempo

¹⁸⁹ Cumpre notar que nesse momento Jaques Azéma faz referência a uma obra coletiva, organizada por P. Durand, e ditada pela Librairie Générale de Droit et Jurisprudence em 1960, cujo título é exatamente *“Tendance à la stabilité du rapport contractuel”*. A referência a essa obra merece destaque porque ela mostra claramente a evolução do pensamento da ciência jurídica acerca da duração dos contratos ao longo do século XX. Conforme as décadas foram passando, a doutrina passou a aceitar com mais naturalidade que o objetivo de certos contratos é permanecer, ao contrário do conceito tradicional de contrato cujo objetivo é se extinguir, mediante o adimplemento das obrigações decorrentes da relação contratual formada entre as partes.

¹⁹⁰ O prazo continua o mesmo até hoje, conforme dispõe o artigo L411-5 do atual Código Rural francês, que é de 1983.

¹⁹¹ O prazo continua o mesmo, com a exceção feita pelo artigo L145-5 do atual Código de Comércio francês, que prevê a possibilidade de, quando da entrada do locatário no imóvel pela primeira vez, estabelecer-se um contrato com duração máxima de até dois anos. Se, passado esse tempo, o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador, o contrato se transforma em locação comercial estatutária e passa a ter, automaticamente, prazo de duração mínimo de nove anos.

de duração dos contratos que celebram. O autor passa, então, a analisar o modo como as partes fazem essa escolha.

Para Azéma, contrato por tempo determinado é aquele em que o término é fixado por evento futuro e certo, cuja realização não depende exclusivamente da vontade das partes¹⁹². O problema surge justamente em saber, considerando um contrato concreto, se as partes fixaram este evento futuro e certo ou se preferiram que o contrato fosse por tempo indeterminado.

Embora haja na jurisprudência a tendência de se classificar os contratos como por tempo indeterminado se houver dúvida quanto à fixação do termo pelas partes¹⁹³, o autor afirma que mesmo em casos em que a previsão de termo contratual não esteja expressa é possível ver se há a intenção de determinação. Por isso, escreve que o contrato pode ter previsão de prazo expressa ou tácita.

No que se refere à determinação expressa, ela pode ser direta ou indireta. É direta sempre que as partes fizerem referência a um termo contratual definido, que não exija do intérprete a análise de elementos intermediários: basta ler o contrato para se perceber a determinação (prazos com data certa ou bem definidos, como, por exemplo, por um ano, por um mês...). E é indireta nos casos em que as partes recorrem a um elemento intermediário para demarcar a duração do vínculo. Nesses casos, há margem para dúvidas, pois o intérprete terá de se valer de outros parâmetros para concluir se o contrato foi celebrado por tempo determinado ou por tempo indeterminado.

No campo da determinação indireta do termo contratual, é preciso haver dois pressupostos para que se possa afirmar, sem erro, que o contrato tem prazo.

O primeiro pressuposto é que o elemento intermediário escolhido pelas partes (evento futuro e certo) não deixe à discricionariedade de nenhuma delas a determinação da duração do contrato. É preciso que o elemento definidor do tempo contratual, isto é, o evento escolhido para marcar o término da relação, ocorra independentemente da vontade dos contratantes.

¹⁹² *Ob. cit.*, p. 65.

¹⁹³ Azéma escreve: “*En réalité les mécanismes de la preuve sont faussés et l'équilibre est rompu, par le jeu d'une présomption d'indétermination dégagée par la jurisprudence et au terme de laquelle, à défaut d'une manifestation de volonté contraire, les contrats successifs sont présumés a durée indéterminée*” (*ob. cit.*, p. 65). O autor indica os contratos de trabalho e os contratos de concessão comercial como os mais propensos a tal presunção de indeterminação.

O autor dá o exemplo de um contrato (contrato sob análise) que tenha previsão de duração enquanto durar outro contrato (contrato referência). Se o contrato referência for por tempo determinado, isto é, tiver prazo, *tolitur quaestio*, o contrato sob análise também será por tempo determinado, pois ele termina quando se der o termo do contrato referência. A questão fica mais difícil quando o contrato referência é um contrato por tempo indeterminado. Nesse caso, vai depender de quem são as partes do contrato referência.

Se o contrato referência é celebrado por partes estranhas ao contrato sob análise, mesmo que aquele seja celebrado por tempo indeterminado, poder-se-á dizer que este é celebrado por tempo determinado (termo incerto¹⁹⁴), uma vez que o encerramento do contrato referência não está subordinado à vontade de nenhuma das partes do contrato sob análise. Todavia, se qualquer das partes do contrato sob análise for também parte do contrato referência e tiver a faculdade de resilir aquele contrato, a qualquer tempo, estar-se-á diante de caso em que o contrato sob análise é também um contrato por tempo indeterminado.

Azéma conclui que não é o fato de o termo contratual ser certo ou incerto que faz o contrato ter prazo ou não, mas é sim a possibilidade de um dos contratantes dar fim ao contrato, por sua exclusiva vontade¹⁹⁵.

Todavia, o problema se torna mais complexo nos casos em que se atrela a duração ao objeto do contrato. Tais são, por exemplo, as sociedades de propósito específico ou os contratos de consórcio, cuja duração prevista é a da realização da obra ou do objetivo que levou à própria formação do contrato. Assim também o contrato de empreitada. Para Azéma, também esses contratos são celebrados por tempo determinado. Mas o autor faz a ressalva de que, se não houver, pelas partes, uma clara noção de que o objeto do contrato se realizará em tempo próximo ou se for da natureza do objeto contratual o prolongamento indefinido (prestação contínua de serviços, por exemplo), os contratos serão então classificados como por tempo indeterminado¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A diferença entre termo e condição é que no termo há certeza de que o evento futuro ocorrerá; na condição, não. A diferença entre termo certo e incerto é que no primeiro sabe-se, de antemão, o momento exato em que ocorrerá o evento futuro enquanto no termo incerto, embora se tenha certeza da ocorrência do evento futuro, não se pode antecipar a data exata em que ocorrerá, como a morte, por exemplo (v. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 98).

¹⁹⁵ *Ob. cit.*, p. 72.

¹⁹⁶ O autor chama a atenção para o fato que não importa se as partes sabem, de antemão, a data exata em que o objeto do contrato será exaurido. O que é relevante é haver determinação, sabendo as partes que o objeto

Superada a determinação expressa (direta e indireta) da duração do contrato, cumpre tratar da determinação tácita. Tal característica é mais difícil de ser percebida em um contrato e dependerá de elementos outros que não o texto contratual. A questão da prova aqui se torna importante, pois será preciso demonstrar que apesar de as partes não terem escrito uma única palavra acerca da duração do contrato, sua intenção era o estabelecimento de um termo, certo ou incerto. O autor entende que os elementos reveladores da determinação tácita da duração do contrato ou são dedutíveis do próprio acordo de vontade (determinação intrínseca) ou se apreendem do contexto, principalmente pela percepção dos usos e costumes aplicáveis àquela espécie de negócio (determinação extrínseca).

A determinação intrínseca resulta de certas “peças do mecanismo contratual”¹⁹⁷, afirma Azéma. Para ele, o elemento contratual revelador da determinação intrínseca é a causa do contrato¹⁹⁸, entendida como a finalidade concreta das partes ao celebrá-lo. Assim é o caso do comodato, em que o Código Civil francês, em seu artigo 1888, prevê que, na ausência de terminação quanto ao tempo de duração do contrato, deve ele durar pelo tempo necessário para servir ao fim pelo qual a coisa foi emprestada¹⁹⁹. Idênticas são as situações dos contratos de locação, depósito e mandato, quando não se ache prevista a duração do contrato. A finalidade das partes, isto é, a utilidade do contrato é que marcará o tempo pelo qual o vínculo deverá durar.

Quanto à determinação extrínseca, deve-se buscá-la fora do vínculo contratual, nas circunstâncias²⁰⁰ que cercam a contratação, principalmente nos usos e

será exaurido em um futuro mais ou menos próximo, mesmo que não se possa precisar a data exata em que isso irá ocorrer (*Idem*, p. 75).

¹⁹⁷ *Idem*, p. 81.

¹⁹⁸ Azéma define causa contratual sob duas acepções: o fim a que visam as partes ao contratar (causa final) e a contrapartida entre uma obrigação e outra, em um contrato sinalagmático (causa da obrigação), *ob. cit.*, p. 81. Como se sabe, o termo causa tem, pelo menos mais duas acepções possíveis: a justificativa do deslocamento patrimonial (causa do deslocamento) e o motivo que leva as partes a contratar (causa motivo). Para um completo delineamento sobre o conceito de causa nos contratos, vide Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 121-129.

¹⁹⁹ E também o brasileiro, no artigo 581: “Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado”.

²⁰⁰ A declaração de vontade que leva à vinculação jurídica, isto é, a declaração negocial, não é composta somente pela vontade emanada das partes, mas é o conjunto dessa vontade mais as circunstâncias negociais capazes de fazê-la vinculante e jurídica. Essas circunstâncias negociais são a captação pelos contraentes, no momento primeiro da formação do contrato, de todo o contexto que os circunda, seja o contexto fático (tempo, espaço, relação das partes entre si, qualidade do objeto etc.), seja o contexto normativo (legislação vigente naquele momento, usos, costumes, padrão de boa-fé daquele local etc.), conforme já afirmamos em Paulo D. R. Araujo e Kleber Luiz Zanchim, *Interpretação dos Contratos...*, cit., pp. 377 e ss.

costumes aplicáveis ao negócio. Isso se depreende inclusive do artigo 1.135 do *Code Civil*, ao prever que as obrigações vinculam não apenas pelo seu conteúdo expressamente declarado, mas também por toda a carga de equidade, pelos usos e pelas leis que a ela se apliquem, dada a sua natureza²⁰¹. Citando exemplos dos contratos de trabalho e de locação imobiliária em França, cujas previsões legais específicas dirigem o intérprete para os usos do local da celebração em caso de ausência de previsão sobre o tempo de duração do contrato, Azéma conclui afirmando que a tal presunção de indeterminação contratual há de ser tomada *cum grano salis*, pois não é em todos os casos nos quais as partes nada disserem que se poderá classificar o contrato como por tempo indeterminado. A determinação expressa indireta e as determinações tácitas intrínsecas e extrínsecas demonstram o contrário e devem ser levadas em conta pelo intérprete ao classificar o contrato.

Prosseguindo, Azéma passa a discorrer sobre as consequências da escolha do tempo determinado ou indeterminado para a natureza do contrato, isto é, como a existência ou não de prazo contratual influencia em sua qualificação jurídica. Ele o faz analisando duas situações.

A primeira se refere à determinação do termo contratual como único elemento da qualificação contratual. A depender do prazo que se dê a um contrato, ele pode ser considerado simples ato de administração ordinária ou ato de disposição de direito. Na França, o prazo de nove anos é determinante para o contrato de locação civil imobiliária. Assim, contratos de locação com prazo superior a nove anos são considerados atos de disposição, dependendo de legitimidade do celebrante para poderem ser efetivados (vênia conjugal, autorização judicial para tutores, curadores etc.)²⁰². Note-se que é o prazo de duração, e somente ele, o responsável por alterar a qualificação de ato de administração para ato de disposição. É ele o único elemento da qualificação, portanto.

Existem casos, contudo, em que a determinação do prazo é um dos elementos da qualificação, mas não o único. Azéma dá dois exemplos. O primeiro se trata

²⁰¹ O artigo 113 do Código Civil brasileiro tem previsão que vai no mesmo sentido: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²⁰² No Brasil a mesma regra se aplica, por exemplo, às locações imobiliárias urbanas. Contratos com prazo superior a dez anos dependem de vênia conjugal, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.245/1991. Se dependem de vênia conjugal, claramente tais não são atos de administração ordinária, mas atos de disposição, em certa medida. O prazo de mais ou menos de dez anos transforma a natureza do contrato de locação: ele pode ser ato de administração ordinária ou ato de disposição, a depender do prazo pactuado.

da convenção de ocupação precária²⁰³ e o segundo é o contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil. Nesse segundo contrato, para Azéma, a duração do período de locação anterior à tripla opção oferecida ao arrendatário é elemento categorial inderrogável, pois é essa duração que viabiliza a operação, a prolongar no tempo a obrigação do arrendatário de pagar pelo bem, permitindo-o ter acesso ao bem desde logo, sem ter de se descapitalizar como se comprasse o bem à vista.

Superada a análise da relação entre determinação da duração do contrato e formação do vínculo, Azéma passa a discorrer sobre a validade dos contratos por tempo indeterminado e seus limites. Isso porque embora seja consenso que, via de regra, os contratos por tempo indeterminado são válidos, há que se considerar não haver expressa autorização legal para contratações por tempo indeterminado em alguns tipos contratuais, como também as situações em que é imperativo às partes determinar a duração de seus contratos.

O autor lista os contratos de trabalho, de locação (com exceção da locação comercial e do arrendamento rural), de sociedade e de associação como contratos em que a lei expressamente prevê a possibilidade de indeterminação da duração do vínculo. Ademais, após fazer análises de contratos bancários, contratos de distribuição, arrendamento, comodato, depósito e mandato, conclui que, em regra, é válido pactuar a duração de contratos por tempo indeterminado, exceto se houver regra expressa em sentido contrário²⁰⁴.

Por fim, é preciso fazer a análise dos contratos que não podem ser estipulados por tempo indeterminado, seja porque, embora seja racionalmente possível tal estipulação, a lei ou a jurisprudência a tenham proibido, seja porque há uma impossibilidade de indeterminação por conta do objeto do contrato ou porque a lei prevê um prazo mínimo de duração do contrato.

²⁰³ Contrato sem corrispetivo no Direito Brasileiro. Trata-se de uma cessão de direito de uso, por preço módico, por prazo curto. Esse contrato surgiu como uma alternativa à locação imobiliária francesa, regulada por legislação bastante severa e protetora dos direitos do locatário. Para se furtar à aplicação das normas de locação imobiliária, os franceses criaram essa espécie contratual e um de seus caracteres definidores, ou seja, um de seus elementos categoriais inderrogáveis (v. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., p. 42) é justamente a curta duração, que lhe dá a marca de precariedade (Jaques Azéma, *Ob. cit.*, p. 103).

²⁰⁴ No Brasil é possível dizer que tal conclusão é consequência direta do princípio da legalidade, aplicado ao Direito Privado: “tudo o que não é proibido, é permitido” (v. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 104).

São contratos que trazem consigo a proibição de vínculos por tempo indeterminado: o seguro, a convenção de indivisibilidade e o contrato de representação artística, literária ou dramática. O seguro não tem, no direito francês, prazo máximo, mas esse prazo há de ser determinado. A convenção de indivisibilidade de bem comum e o contrato de representação de direitos autorais, se feito com exclusividade, não podem durar mais de cinco anos. Todas essas proibições são legais.

No que tange a construções jurisprudenciais, pode-se falar em proibição de indeterminação do tempo contratual quanto ao mandato com cláusula de exclusividade e quanto às cláusulas de não concorrência e de quarentena²⁰⁵. Em ambos os casos a jurisprudência francesa impede que haja indeterminação do tempo de duração dos vínculos ou obrigações.

Por último, Azéma fala dos casos em que há impossibilidade de estipulação de tempo indeterminado, causal ou legal, por imposição de duração mínima.

Quanto à impossibilidade causal, isto é, casos em que a própria finalidade do contrato é durar somente por certo tempo, o autor dá o exemplo do sequestro convencional²⁰⁶ e do arrendamento rural não submetido ao Código Rural, que deve durar ao menos até o término da primeira colheita, sob pena de ter frustrado seu objeto.

No que se refere à impossibilidade legal por imposição de prazo mínimo, o autor destaca o arrendamento rural no âmbito do Código Rural e a locação empresarial no âmbito do Código de Comércio, cujo prazo mínimo, em ambos os casos, é de nove anos.

É dessa forma que o autor finaliza a primeira parte de sua obra e logo avança para a segunda, na qual trata das diferenças e semelhanças dos contratos com e sem prazo no que se refere à extinção do vínculo jurídico.

Azéma orienta o estudo da extinção dos contratos de dois modos. Inicialmente analisa os traços diferenciadores existentes entre contratos de duração determinada e contratos de duração indeterminada. Depois, passa para o estudo dos traços comuns e da tendência de aproximação do regime jurídico de extinção dos contratos com e sem prazo.

²⁰⁵ Cláusulas de quarentena são aquelas comumente colocadas em contratos de trabalho de administradores, altos executivos e técnicos ultraespecializados, que os impelem a ficar certo tempo fora do mercado, sem trabalhar, caso saiam do cargo que ocupam.

²⁰⁶ Caso em que duas pessoas que litigam sobre determinada coisa entregam a posse deste bem para um terceiro em depósito, para que ele o guarde até o fim da lide (Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 133).

É nas fórmulas simples que residem os problemas jurídicos mais complexos, escreve o autor²⁰⁷. O traço marcante da extinção dos contratos por tempo indeterminado é a possibilidade de rescisão unilateral. O número de problemas que daí resulta é imenso. Já as regras que determinam o fim de uma relação contratual com prazo parecem bem mais fáceis de formular do que de aplicar.

O direito de rescisão unilateral do contrato é a faculdade de cada uma das partes de pôr fim ao contrato por tempo indeterminado no momento em que qualquer uma delas quiser. Tal direito parece pôr em xeque o próprio princípio da força obrigatória dos contratos, arruinando a segurança contratual. Por isso merece ser visto com mais detalhe. Da mesma forma, o exercício de tal direito carrega consigo uma série de problemas técnico-jurídicos que também são merecedores de atenção especial.

O fundamento da rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado é a proibição aos vínculos perpétuos e tal prerrogativa constitui proteção indispensável à liberdade individual dos contratantes. Se se exigisse mútuo consenso para pôr fim a tais contratos, colocar-se-ia uma das partes sob o arbítrio da outra que, sem concordar, a prenderia ao vínculo por toda a eternidade. Por isso existe tal direito e esse é um direito afeto a todo contrato que dura indefinidamente, sem exceção, afirma Azéma²⁰⁸.

Entretanto, há casos em que a garantia da liberdade contratual pode ser proporcionada de outra forma que não com a rescisão unilateral do contrato: é o caso da substituição de uma das partes, sem necessidade de consentimento do outro contratante. Um exemplo disso está na sociedade por ações. Embora estipulada sem prazo, não pode o acionista pedir a rescisão do contrato, mas ele pode transferir suas ações para um terceiro e sair do contrato, não podendo os demais acionistas oferecer resistência a isso de modo algum²⁰⁹.

²⁰⁷ Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 141.

²⁰⁸ *Idem*, p. 146.

²⁰⁹ Certo é que, no Brasil, nem sempre isso é verdade. Há sociedades por ações que são sociedades de pessoas e não sociedades de capital. Em se configurando essa hipótese, essa possibilidade de alienação das ações pura e simplesmente sofre duas limitações. Uma de ordem prática: não há ninguém disposto a adquirir essas ações. Outra de ordem teórica: é preciso garantir aos demais sócios o direito de não terem um estranho na sociedade, daí porque se fala em direito de preferência aos sócios. Para uma análise mais acurada sobre o tema à luz da Lei 6.404/1976, vide Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de S/A*, v. 4, t. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, em especial os comentários ao artigo 206.

Para o autor há uma regra geral de rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado. Tal regra não está expressa no Código Civil francês²¹⁰, mas é extraída das diversas hipóteses de rescisão de contratos específicos previstas pelo diploma legal (prestação de serviços, locação, sociedade, associação). A própria jurisprudência francesa já afirmou isso em diversas ocasiões.

No que se refere ao efeito do exercício do direito de rescisão, ele provocará o aniquilamento da relação contratual, fazendo o vínculo entre as partes desaparecer. Todavia, em caso de contratos com múltiplas partes, como a sociedade e a associação, por exemplo, pode ser que o contrato permaneça para as outras partes, mas nunca para quem exerceu o direito de retirada. A rescisão, quando não aniquila o próprio contrato, aniquila o vínculo entre quem exerce esse direito e as demais partes contratantes.

Além de ser um direito comum a todos os contratos por tempo indeterminado, o direito de rescisão unilateral é um direito imperativo, isto é, não pode ser afastado pela vontade das partes. Assim, qualquer espécie de cláusula de renúncia prévia a esse direito, se prevista no contrato, é nula²¹¹. Mais do que isso, uma cláusula que proponha limitações ou condições para o exercício do direito de rescisão (pagamento de um valor, por exemplo) é também nula na opinião do autor.

No que se refere ao exercício do direito de rescisão, Azéma afirma que ele se opera *ipso iure*, sem necessidade de pronunciamento judicial. Basta a manifestação de vontade da parte denunciante para que o contrato se extinga. Pode haver, *a posteriori*, eventual intervenção judicial para controlar eventuais abusos no exercício deste direito, mas não para constituí-lo.

O ato de exercício do direito de ruptura contratual é unilateral. Ele não depende de aceitação da outra parte. Basta que a outra parte seja comunicada do ato, não sendo preciso que com ele consinta para que se opere a extinção por rescisão. Para praticar o ato de denúncia é preciso que a parte seja juridicamente capaz e tenha legitimidade para tanto, isto é, seja ela contratante. Assim, uma pessoa que perca sua capacidade (por ter sido interditada, por exemplo) não poderá exercer o direito de rescisão.

Um terceiro, que não for parte do contrato, poderá exercer o direito se o fizer em nome de um contratante, desde que tenha poderes específicos para isso,

²¹⁰ No atual Código Civil brasileiro há norma expressa, o artigo 473.

²¹¹ Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 141.

outorgados pelo contratante. O ato, portanto, não é personalíssimo na opinião de Azéma, mas também não é um ato de administração ordinária, por isso a necessidade de poder específico²¹².

No que diz respeito à forma do ato de rescisão, a lei não exige nenhuma. Pode, portanto, ser feita oralmente, mesmo se o contrato for escrito. Basta que fique claro e demonstrado que a outra parte recebeu a comunicação da ruptura contratual e a compreendeu suficientemente, dada a natureza receptícia do ato. Claro está também que se o contrato previr alguma forma especial para a denúncia, essa previsão deverá ser observada, sob pena de ineficácia do ato.

Em certos casos, como em contratos de conta corrente bancária, a jurisprudência francesa admite a configuração da ruptura contratual mediante comportamento concludente do correntista, que fica um longo tempo sem movimentar a conta. Embora admissível a denúncia contratual tácita mediante comportamento concludente, é preciso analisar os casos concretos com prudência, uma vez que é necessário haver certeza da intenção da parte de não mais querer continuar vinculada contratualmente e da percepção dessa intenção pela contraparte.

Quanto ao modo de exercer esse direito, há uma limitação: o tempo do exercício da ruptura. A extinção do contrato não pode se dar de uma hora para outra, sem nenhum aviso prévio, sem que a outra parte tenha um momento para se preparar para o término do vínculo contratual. A ruptura não pode ser brutal e instantânea, sob pena de se configurar abuso de direito. A necessidade de um lapso temporal prévio para o exercício da denúncia do contrato é uma regra que se impõe a todos os contratos por tempo indeterminado.

A medida deste lapso temporal pode variar, diz Azéma. As partes podem prever o tempo no contrato e isso passa a ser imperativo. Se não o fizerem, o autor remete a solução aos usos e costumes, exceto se houver norma jurídica expressa prevendo esse prazo. Havendo norma que preveja o prazo, não podem os contratantes prever tempo menor em sua avença, embora possam prever tempo maior. Havendo costumes que fixem o tempo, entende Azéma que prevalecerá a regra contratual, preveja ela lapso maior ou menor que o costumeiro²¹³.

²¹²*Idem*, p. 165.

²¹³*Ob. cit.*, p. 178.

O desrespeito ao tempo mínimo de pré-aviso dá ensejo à aplicação de sanções. Afirma o autor que o contratante que não avisa a contraparte da rescisão do contrato com a antecedência mínima fica, normalmente, sujeito a indenizá-la pelas perdas e danos que sofrer, uma vez que tal conduta, na opinião de Azéma, caracteriza uma espécie de inadimplemento de dever contratual. Assim, o problema resolver-se-ia em perdas e danos, exceto no caso da locação imobiliária urbana, em que há regra dizendo que, se houver desrespeito ao prazo de antecedência mínima para a denúncia do contrato, o vínculo será mantido até que se dê o tempo exigido legalmente.

O autor ainda afirma que em caso de força maior o contrato pode ser rescindido ante tempus, sem necessidade de pré-aviso. Além disso, se houver inadimplemento contratual da outra parte, fica também autorizada a ruptura imediata do contrato²¹⁴.

Percebe-se, assim, que o contrato por tempo indeterminado é gravado de um alto grau de precariedade, ao passo que pode ser extinto por qualquer das partes, unilateralmente, a qualquer tempo, desde que se comunique a contraparte com alguma antecedência. A falta dessa antecedência caracteriza a abusividade no exercício do direito de rescisão contratual e isso, paradoxalmente, acaba por conferir um caráter de perenidade provisória ao contrato por tempo indeterminado que o aproxima do contrato a prazo²¹⁵.

Ao contrário do que ocorre nos contratos sem prazo, nos contrato a prazo a extinção se dá bruscamente. Operado o termo final, encerra-se o vínculo, sem maiores cerimônias. A ruptura nesse caso é brusca, é verdade, mas isso é compensado pela estabilidade da relação até então, uma vez que nenhuma das partes poderia sair do contrato antes do termo. Por isso, paradoxalmente, o prazo contratual dá à relação jurídica traços de estabilidade e precariedade²¹⁶.

Nos contratos a prazo não há direito de rescisão unilateral. Até que o prazo termine, nenhum dos contratantes pode abandonar a relação jurídica, sob pena de arcar com o pagamento de perdas e danos por descumprimento do acordo. As hipóteses de término antecipado dos contratos a prazo estão todas localizadas no campo da

²¹⁴ Nesse ponto, parece-nos que o autor confunde os conceitos de rescisão e resolução do contrato. A ruptura abrupta do vínculo é autorizada em caso de inadimplemento da contraparte, isso é verdade. Mas não se trata mais de uma hipótese de rescisão contratual, mas sim de resolução, conforme já explicamos no item 1.3 *supra*.

²¹⁵ Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 181.

²¹⁶ *Idem*, p. 183.

impossibilidade de cumprimento, dando ensejo à resolução por inadimplemento ou por força maior.

Há, pois, a regra geral de que o contrato por tempo determinado não pode ser rompido antes do término do prazo, ao mesmo tempo em que o término do prazo é o evento inevitável que leva, necessariamente, à extinção do vínculo contratual.

Em resumo, há no contrato por tempo indeterminado a possibilidade de saída a qualquer momento, mediante a rescisão. Já no contrato a prazo, não há como sair dele antes do termo final. Isso parece distanciar as duas espécies. Mas, na verdade, o ânimo do legislador e da jurisprudência para favorecer a estabilidade e a liberdade contratuais acabou por criar situações que levam Azéma a falar em uma tendência de aproximação do regime jurídico de extinção dos contratos com e sem prazo.

Essa aproximação entre os dois tipos contratuais é o último tema do qual o autor se ocupa em sua obra. Ele afirma serem dois os pontos merecedores de análise nesse aspecto. O primeiro é a ineficácia relativa dos termos contratuais, haja vista o esforço doutrinário e jurisprudencial para relativizar a regra de que não é possível sair do contrato antes do término do prazo. O segundo se refere à doutrina do abuso do direito de rescindir os contratos por tempo indeterminado, tema de importância capital na opinião do autor.

A escolha de determinado prazo contratual pode ser desastrosa. De um lado, o prazo pode ser mais longo que o necessário e a liberdade contratual das partes ficará severamente comprometida. De outro, o prazo pode ser muito curto, o que compromete a própria utilidade daquele contrato. É por conta disso que a legislação e a jurisprudência francesas têm criado situações que permitem a ruptura do contrato antes do prazo e, em outros casos, obrigam as partes a permanecer unidas para além do prazo contratual.

No que se refere à saída antecipada, Azéma escreve que as partes podem prever em seus contratos uma cláusula que lhes garanta o direito de denunciar a avença antes do termo final. A jurisprudência na França admite a estipulação desse tipo de cláusula (especialmente em contratos de locação imobiliária urbana e em contratos de trabalho), mas entende que tal disposição altera a natureza do contrato, que deve ser tratado como contrato por tempo indeterminado, a despeito da estipulação de prazo.

Azéma parece não concordar totalmente com essa afirmação²¹⁷, dizendo que o regime desse tipo de contrato é híbrido.

A estipulação de cláusula de denúncia antecipada em contrato a prazo deve respeitar dois limites. A faculdade tem de ser de ambas as partes contratantes (mesmo que se escreva que tal faculdade somente poderá ser exercida por uma das partes, a cláusula deverá sempre ser lida para dar às duas partes este direito) e há, necessariamente, que se avisar com certa antecedência sobre o exercício do direito de rescisão.

Isso faz parecer que houve, de fato, uma alteração do regime contratual, que deixou de ser por tempo determinado para se tornar por tempo indeterminado. Mas o autor ressalva que isso não é totalmente verdade, porque se nenhuma das partes exercer o direito de rescisão, o contrato acabará no dia do prazo²¹⁸. Além disso, se houver condições específicas para o exercício da denúncia ou se o tempo de antecedência necessário para o exercício for muito longo, a jurisprudência francesa entendeu que o contrato continua sendo tratado como contrato a prazo.

Do ponto de vista legal, há também algumas hipóteses em que se autoriza a ruptura antecipada de vínculos contratuais com prazo definido. Tais rupturas são autorizadas por razão de interesse público (como é o caso da retomada do imóvel pelo locador para realização de obras emergenciais ou para realização de incorporação imobiliária) ou de interesse de uma das partes (como no comodato, na hipótese de retomada da coisa pelo comodante antes do termo contratual, mediante autorização judicial, desde que demonstrada necessidade superveniente). Tais faculdades de rescisão são restritas, dependendo de condições claras e específicas e, por isso, não desfiguram os contratos que as contém, mantendo-os como contratos a prazo.

²¹⁷ *Ob. cit.*, p. 192.

²¹⁸ Nesse ponto ousamos discordar de Azéma. O simples fato de as partes não exercerem a faculdade de rescisão unilateral não transforma o contrato em contrato por tempo determinado. O autor não separa bem os planos da existência, da validade e da eficácia. O exercício ou não da faculdade de rescisão está adstrito ao plano da eficácia, mas isso não altera os elementos que dão existência àquele contrato. A qualificação contratual se faz a partir do plano da existência e não se altera em razão de os efeitos serem ou não produzidos. Um contrato que tenha uma cláusula de prazo de cinco anos, por exemplo, mas garanta às partes o direito de denúncia desde que comunicado com sessenta dias de antecedência é um contrato por tempo indeterminado, com estipulação de tempo máximo de duração. Isso significa que, conforme diz Azéma, haverá um regime híbrido, porque o contrato está sujeito a um tempo máximo de eficácia. A vontade das partes é de poder se livrar do vínculo a qualquer momento (elemento típico do contrato por tempo indeterminado) acrescida de um elemento accidental, a estipulação de um tempo máximo pelo qual as partes ficarão nessa condição. O contrato há de ser qualificado como contrato por tempo indeterminado (pois não há prazo mínimo garantido), com estipulação de tempo máximo de duração.

Há também as hipóteses legais relativas ao contrato de mútuo, ao contrato de depósito e ao contrato de mandato. No mútuo pode haver a devolução antecipada do valor mutuado, dando fim ao contrato antes do prazo estipulado. No depósito, a despeito da estipulação de prazo, pode o depositante pedir a restituição antecipada do bem depositado. No mandato, o mandante pode revogá-lo mesmo havendo prazo contratual e o mandatário pode renunciar a seu encargo, do mesmo modo.

Tais faculdades são passíveis de estrito controle judicial, não podem ser feitas em caráter abusivo ou de modo a prejudicar sobremaneira a parte por elas afetadas, sob pena de se configurar direito à indenização. Deste modo, por conterem possibilidades restritas de rescisão, sujeitas a controle jurisdicional *a posteriori*, Azéma conclui que tais faculdades não desfiguram a natureza de contratos a prazo nos casos em que ocorrem, apesar de servirem para demonstrar a possibilidade de convivência de um regime híbrido nessa matéria²¹⁹.

O que se percebe é que as possibilidades de encerramento do vínculo criado com prazo são restritas e bem controladas pela lei ou pela jurisprudência, mas não deixam de revelar certa relativização da obrigatoriedade de se manter vinculado até o termo final do contrato. Outra relativização à fixação do termo está no que ocorre após o fim do prazo, nos casos em que o vínculo se prolonga a despeito de o prazo contratual ter chegado ao fim.

Não é matéria de interesse o caso em que as partes, conjuntamente, optam expressamente por prolongar o vínculo contratual para além do termo inicialmente previsto. Essa hipótese, assim como a da rescisão bilateral do contrato, não oferece nenhuma dificuldade teórica: quando as duas partes concordam, quase tudo é possível. Os pontos que merecem detalhamento são os de prolongamento voluntário tácito do vínculo e os de prolongamento forçado do vínculo contratual.

Se as partes continuam a cumprir suas obrigações sem oposição após o término do prazo contratual, opera-se o que se convencionou chamar de recondução tácita da relação jurídico-contratual, bastante comum em contratos de locação, trabalho, sociedade e seguro. A recondução tácita dá-se mediante comportamento concludente das partes, interpretado como declaração de vontade dos contratantes de querer continuar vinculados um ao outro, a despeito do término do prazo contratual.

²¹⁹*Ob. cit.*, p. 209.

Em alguns casos, como no contrato de seguro, por exemplo, é preciso que haja uma cláusula específica autorizando tal situação. Do contrário, não se estará diante de recondução tácita, mas sim de nova oferta e nova aceitação, o que faz nascer um novo vínculo contratual, diferente do anterior. Nesse caso como em outros, o traço marcante continua sendo o comportamento das partes após o termo final do contrato.

É por isso que se torna relevante a maneira como devem agir as partes para justamente evitar a recondução tácita do vínculo. Essa necessidade de se opor expressamente ao prolongamento da relação jurídica, que pode ser obrigatória ou não, bem demonstra o abrandamento da regra de que o contrato termina automaticamente no termo final estabelecido pelas partes²²⁰.

Em boa parte das vezes, a manifestação expressa contra o prolongamento tácito da relação contratual não passa de uma necessidade de fato, relacionada à vontade de uma das partes de indubitavelmente se desvincular do contrato entabulado. Tal manifestação pode se dar por meio de condutas que demonstrem claramente a intenção de uma das partes de não mais permanecer vinculada.

Mas deixar ao sabor das condutas e da interpretação dessas condutas a demonstração de que não havia intenção de uma das partes de prolongar ou renovar o vínculo contratual não parece ser a providência mais cômoda, nem a mais segura. Tanto em contratos de locação, como em contratos de seguro e em contratos de trabalho, Azéma percebe, na prática, um cuidado das partes em deixar clara a sua intenção de que o contrato, de fato, termine na data pactuada. Isso se dá, na maioria das vezes, mediante comunicação expressa à outra parte.

De outro lado, há situações em que não há apenas a prudência a recomendar um aviso à contraparte acerca da intenção de não prolongamento do vínculo; há, sim, obrigação jurídica de fazê-lo, sob pena de o vínculo se prorrogar automaticamente. Assim é o caso do arrendamento rural na França. Se não houver comunicação expressa, seis meses antes do termo contratual, o contrato se renova automaticamente pelo mesmo prazo. Isso também ocorre com a locação imobiliária urbana para fins comerciais. Não havendo comunicação em até seis meses antes do termo contratual, há recondução do vínculo.

Segundo Azéma, é majoritária na doutrina francesa a ideia de que a recondução tácita do vínculo dá ensejo ao nascimento de uma nova relação contratual,

²²⁰ Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 218.

havendo a ressalva da posição de Demogue, que pensava de modo diverso²²¹. E as consequências disso são (i) a necessidade de capacidade das partes no momento da recondução e (ii) a perda das garantias e demais acessórios da relação primitiva, exceto previsão expressa em contrário²²².

Mas o prolongamento do vínculo para além do prazo inicialmente estabelecido transforma o contrato a prazo em contrato por tempo indeterminado?

A resposta de Azéma é sim, para a maioria dos contratos, com exceção do arrendamento rural (renovação por mais nove anos) e do seguro (prorrogação por um ano). Assim também nos casos em que haja a previsão de cláusula de renovação automática ou em que se proceda, mesmo sem previsão expressa, a diversas reconduções ao longo tempo. Nessas hipóteses, embora a jurisprudência não afirme expressamente se tratar de contratos por tempo indeterminado, impõe-se a exigência de um aviso prévio em caso de não renovação e há ainda o controle jurisdicional do abuso do direito de não renovar.

A Corte de Cassação francesa fixou o entendimento de que, em contratos de trabalho renovados sucessivas vezes, a intenção de não renovação ao final de um período contratual há de ser comunicada com antecedência à contraparte, sob pena de condenação em indenização ou mesmo reconstituição forçada do vínculo até o término do tempo de aviso prévio. Posição parecida se vê em contratos de distribuição²²³.

Esse posicionamento tem o claro objetivo de, por meio do prolongamento forçado de relações contratuais de prazo vencido, corrigir discrepâncias e desequilíbrios econômicos na relação jurídico-contratual. Trata-se da proteção do contratante mais fraco, o que Carbonnier chamou de ordem pública de proteção²²⁴. Isso pode ser visto por alguns como a prevalência da justiça contratual em privilégio da estabilidade das relações jurídicas, enquanto outros enxergam esse mesmo fenômeno sob a ótica da subversão do princípio da liberdade contratual.

²²¹ *Ob. cit.*, p. 223.

²²² Conforme já exposto anteriormente (item 1.2.2. *supra*), discordamos dessa posição, pois para nós apenas em caso de renovação é que se tem um novo vínculo, ao passo que em hipóteses de prorrogação o que se tem é o prolongamento do mesmo vínculo, com a sua transformação de “por tempo determinado” para “por tempo indeterminado”.

²²³ É importante ressaltar que em francês a expressão *concession commerciale* não é sinônima da nossa concessão comercial prevista pela Lei nº 6.720/1979, mas assemelha-se com mais precisão ao nosso contrato de distribuição e de agência, previsto pelos artigos 720 e seguintes do Código Civil.

²²⁴ *Droit Civil*, v. II, nº 116, *apud* Jaques Azéma, *ob. cit.*, p. 229.

A verdade é que não só os juristas e juízes franceses se inclinam a prolongar vínculos contratuais para além do prazo pactuado, mas vem da lei inicialmente essa iniciativa, que sanciona de diversos modos determinadas condutas das partes voltadas à não renovação de contratos de longa duração.

Na locação imobiliária para fins comerciais, por exemplo, a lei não obriga o locador a renovar compulsoriamente o contrato, mas impõe-lhe sanção de indenizar o locatário em caso de não renovação. No contrato de trabalho, de outra feita, não há previsão legal nesse sentido, mas Azéma enxergou, em alguns julgados da Corte de Cassação que condenaram empregadores a indenizar empregados pela não renovação de contratos de trabalho reconduzidos por várias vezes, uma tendência que começava a se formar naquele momento.

Ele escreve que a jurisprudência concernente ao abuso na não renovação do contrato de trabalho por tempo determinado é merecedora de especial atenção porque está a consagrar uma nova modalidade de abuso de direito no âmbito do direito contratual: o abuso do direito de não contratar²²⁵.

E há mesmo um julgado da Corte de Paris, em que houve a recusa de um dono de estacionamento de renovar um contrato de estacionamento de veículo com uma pessoa que ali estacionava seu carro há bastante tempo, no qual o tribunal vislumbrou a ocorrência de crime de recusa injustificada de prestação de serviços e condenou o dono do estacionamento a uma sanção criminal, pelo simples fato de não mais querer dar continuidade ao vínculo anteriormente entabulado.

Some-se a isso a legislação que determina a renovação automática e obrigatória do arrendamento rural em França, desde que preenchidos certos requisitos, e as normas legais a determinar a manutenção forçada do contrato de locação para fins residenciais.

O autor se questiona, então, sobre se o prolongamento forçado dos contratos por tempo determinado é uma medida normal ou excepcional. Primeiramente, estabelece que tal medida não é aplicável a todo e qualquer contrato por tempo determinado, mas tem âmbito ainda limitado aos contratos de locação imobiliária e de trabalho. Acaba concluindo que no contrato de locação a recondução obrigatória é a regra, ao passo que no

²²⁵ *Ob. cit.*, p. 237.

contrato de trabalho a medida é excepcional, a depender muito das expectativas criadas no empregado ao longo da relação jurídico-contratual²²⁶.

Todavia, não deixa de anotar a tendência de aproximação entre os contratos a prazo e os contratos sem prazo, pois tanto no primeiro caso como no segundo vai se tornando cada vez mais difícil se livrar do vínculo imediatamente, mesmo que se tenha prazo assinalado para tanto, o que parece lhe causar alguma perplexidade.

Para prosseguir aprofundando no delineamento dessa tendência, Azéma passa ao estudo do que ele chama “O declínio do direito de rescisão unilateral do contrato por tempo indeterminado”²²⁷. Essa limitação está na tutela da ruptura abusiva do contrato sem prazo, elevada pela doutrina e jurisprudência à condição de princípio geral de Direito Civil francês.

O desenvolvimento da teoria do abuso de direito na Ciência Jurídica francesa foi gradual, iniciando-se na aparente contradição existente entre a inegável licitude de se exercer determinado direito subjetivo e, ao mesmo tempo, a ilicitude provocada pelo exercício desse mesmo direito para além de sua finalidade social ou em confronto à boa-fé. Dessa forma, os mais básicos direitos passaram a sofrer limitações no modo de seu exercício, a começar pela propriedade e chegando ao direito de não contratar ou ao direito de romper unilateralmente um vínculo contratual contratado sem definição prévia de prazo.

Quanto a esse último direito, a doutrina da limitação de seu abuso nasceu no contrato de trabalho por tempo indeterminado, lastreada na ideia da estabilidade da relação de emprego a garantir dignidade ao trabalhador. Isso foi, inclusive, consagrado legislativamente em 1890. Com o passar dos anos e a evolução do pensamento jurídico, essa limitação ao exercício do direito de ruptura contratual foi se estendendo a inúmeros contratos, ganhando a condição de norma geral em matéria de contratos.

Toda essa evolução de pensamento jurídico demonstra, mais uma vez, uma aproximação entre os contratos por tempo determinado e por tempo indeterminado. Assim como no contrato a prazo, no qual a saída antecipada é vedada em quase todos os casos, no contrato por tempo indeterminado a abrupta ruptura tende a ser encarada como contrária ao direito da parte que não deseja o fim do contrato naquele momento.

²²⁶*Ob. cit.*, pp. 249-256.

²²⁷*Idem*, p. 257.

Mas a definição do que é abusivo em matéria de ruptura do vínculo contratual deu e dá muito trabalho a estudiosos e juizes. Azéma enxergou, nesse ponto, uma evolução paulatina que vai de um início marcado pela busca subjetiva de uma intenção de prejudicar o outro contratante mediante a rescisão unilateral, até uma objetivação do conceito de abuso, abandonando-se a investigação das verdadeiras intenções da parte denunciante do contrato²²⁸.

Em um primeiro momento, a busca pelos motivos ou razões psicológicas do ato de rescisão era importante. Assim, no contrato de trabalho ou no contrato de mandato, por exemplo, a jurisprudência se ocupava de investigar o verdadeiro porquê da rescisão. Se esses motivos lhe parecessem condenáveis ou reprováveis, a ruptura seria abusiva. Se não, a conduta era lícita. Da mesma forma no contrato de sociedade, em que se tratou como abusivo o pedido de dissolução parcial ou de retirada devido de má-fé.

As dificuldades que resultavam dessa investigação subjetiva eram muitas. Além da *probatio diabolica* sempre afeta à necessidade de se demonstrar a verdadeira intenção de alguém, havia também os casos em que uma das partes se prejudicava sem que ficasse clara a intenção da parte denunciante de, premeditada e maquiavelicamente, com seu ato provocar esse prejuízo. Substituiu-se, pois, o modo de caracterização da conduta abusiva. Ao invés de intenções, fatos objetivos e facilmente perceptíveis passaram a servir de pressupostos.

Assim, no contrato de sociedade abandonou-se a busca pela má-fé e passou-se a perquirir a ideia de inoportunidade ou intempestividade do exercício do direito de dissolução parcial, como no caso de um pedido dessa natureza em meio a uma grave crise econômica ou logo após a sociedade ter contraído grande número de dívidas. Da mesma forma, nos contratos de trabalho e de mandato, substituiu-se a busca pela intenção de prejudicar a contraparte pela ideia de “leviandade culpável”²²⁹, como nos casos de desproporção entre a falta do empregado e a atitude de descontinuar o contrato e da quebra de expectativas objetivas de continuidade do vínculo contratual.

À guisa de conclusão de sua obra, Azéma afirma que, no mínimo, não é possível falar em distinção total de regramento, regime e consequências jurídicas ao tratar da dicotomia entre contratos por tempo determinado e contratos por tempo indeterminado.

²²⁸ *Ob. cit.*, p. 261.

²²⁹ A expressão francesa, de difícil tradução, é “*légèreté blâmable*”.

Em alguns casos, não há qualquer distinção, como no arrendamento rural e na locação imobiliária para fins comerciais, nos quais a regra sobre tempo mínimo de duração e sobre recondução forçada do vínculo tornam irrelevante a pactuação prévia de prazo de duração contratual.

Em outros, embora se anteveja algum resultado teórico na distinção, na prática é como se não houvesse. Aqui estão a locação para fins de habitação (em que há a manutenção compulsória do vínculo) e o mandato (em que o direito de rescisão unilateral existe independentemente de haver ou não prazo fixado). Em um terceiro grupo, a distinção é clara, mas os efeitos práticos são poucos. O contrato de trabalho e o de sociedade são membros desse grupo.

Por último, resta ainda um número grande de contratos em que o fato de haver fixação de prazo ou não pode ser importante para se saber qual é o regime jurídico a aplicar, principalmente em matéria de extinção do vínculo.

Azéma identifica um esforço de se incluir alguns desses contratos do último grupo nos grupos anteriores, como é o caso da distribuição, da locação de bens móveis e dos contratos bancários, mas afirma que, naquele momento, ainda é bastante relevante saber se esses contratos específicos são ou não por tempo determinado, pois isso lhes alterará consideravelmente o regime jurídico aplicável.

Ele termina a obra afirmando que não é possível dizer ser totalmente inútil a classificação dos contratos tomando por base a existência ou não de prazo de duração da relação jurídico-contratual, mas que em um grupo cada vez maior de avenças essa distinção vem perdendo importância, haja vista a aproximação dos regimes por imperativos de estabilização das relações contratuais e de reequilíbrio, por meio do contrato, de relações econômicas genéricas e inevitavelmente desequilibradas. Para Azéma, o assunto estava em plena evolução.

3.4 Cláudia Lima Marques e os *Contratos Cativos de longa duração*

Claudia Lima Marques foi, ao nosso ver, a primeira autora brasileira a atentar para o fenômeno da perenidade das relações de consumo e criou uma classificação para estes contratos²³⁰. Segundo ela, um contrato de seguro de vida ou qualquer outro que se refira à prestação de serviços ou fornecimento de produtos ditos essenciais, por longo período de tempo, se classifica como contrato cativo de longa duração²³¹.

A noção é inspirada nas doutrinas alemã e francesa acerca dos contratos de longa duração (*Dauerverträge – contrats successives*) e na doutrina de Carlos Alberto Gheri sobre contratos cativos²³². Além da expressão contratos cativos de longa duração, a autora apresenta como expressões próximas: “contratos múltiplos”, “contratos de serviços contínuos”, “relações contratuais triangulares”, “contratos de serviços complexos de longa duração”²³³.

O pressuposto teórico sob o qual a autora se apoia para a concepção dessa categoria contratual é a crise da ideia tradicional de contrato vivida na era Pós-moderna²³⁴. Ela afirma que o atual estado de incerteza pelo qual passa a ciência em geral e também a ciência jurídica provoca no estudioso a necessidade de revisitar os conceitos clássicos e tradicionais para dar-lhes nova utilidade, novos contornos.

Especificamente no que se refere aos contratos, a autora escreve que:

“...são tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo e estender-se a toda uma cadeia de fornecedores de serviços e produtos. Tempos que impõem uma visão da obrigação como um processo muito mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, um dar e um fazer

²³⁰ A primeira vez que a autora escreveu sobre o tema foi em 1995, na segunda edição de sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, publicada pela editora Revista dos Tribunais.

²³¹ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2006, pp. 67-78.

²³² Carlos Alberto Gheri, *Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 452.

²³³ Claudia Lima Marques, *ob. cit.*, p. 79.

²³⁴ “Os questionamentos e as dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, ‘atingir a essência das coisas’, provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui ponto central, ‘questão de honra’, que atravessa milênios” (Antonio Junqueira de Azevedo, *O direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 55).

momentâneo entre parceiros contratuais teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente”²³⁵.

Cláudia Lima Marques afirma que a expressão “contratos cativos de longa duração” foi por ela cunhada justamente para evitar a denominação “contratos pós-modernos”, que lhe parece um tanto incerta, como a própria ideia de pós-modernidade. Afirma também que a tentativa de categorização desse grupo de contratos tem inspiração declarada na teoria dos contratos relacionais, cujo principal teórico foi Ian R. Macneil (vide *supra*, 3.3.).

Os contratos colocados pela autora sob essa categoria não são novos²³⁶, mas por tenderem cada vez mais a se prolongar no tempo e por terem essa capacidade de “prender” os consumidores a seus termos, não propriamente pelas amarras jurídicas, mas pelo objeto do contrato e pelo acesso aos bens e serviços que proporcionam, é que, segundo ela, reclamam uma disciplina jurídica diferenciada e uma categorização própria.

Percebe-se que quatro são os elementos essenciais que levam à caracterização de determinada avença como contrato cativo de longa duração: (i) gerar uma relação jurídica de consumo; (ii) ser formado por adesão; (iii) ter por objeto bem ou serviço essencial; e (iv) ter por causa determinante o prolongamento da prestação do serviço ou fornecimento do produto no tempo.

A classificação que a autora adota, em sua concepção, se aplica somente a contratos inseridos em relações de consumo. Toda a preocupação da formulação da categoria tem por base a proteção do contratante débil, hipossuficiente, que é captado pelos meios de comunicação de massa e levado a contratar²³⁷.

²³⁵ *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 22, 1997, p. 65.

²³⁶ “... as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro saúde e de assistência médio-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados (como os exercidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias), os serviços de transmissão de lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone por entes públicos e privados” (Cláudia Lima Marques, *ob. cit.*, p. 79).

²³⁷ “Esta nova realidade aliará os métodos conhecidos de contratação de massa a relações complexas de longa duração, envolvendo serviços, uma cadeia de fornecedores organizados internamente e com uma característica determinante; a posição de catividade dos clientes-consumidores. Denominaremos este fenômeno de ‘contratos cativos de longa duração’, face à incerteza que cerca o movimento pós-moderno e sua eventual importância na ciência do direito, e face também à nossa opinião pessoal de que a nova teoria contratual, como aqui vamos analisá-la, e as linhas ‘modernas’ científicas de defesa dos interesses dos consumidores são suficientes aptas a fornecer respostas equitativas a essa nova realidade contratual.”

Para a autora, portanto, só o consumidor²³⁸ está sujeito à “catividade” contratual.

O segundo elemento dos contratos cativos de longa duração para Cláudia Lima Marques é a formação dos vínculos²³⁹. Segundo ela, esses contratos são sempre formados mediante técnicas de contratação em massa, das quais se destacam as condições gerais dos contratos²⁴⁰ e os contratos de adesão²⁴¹.

vislumbrada no mercado” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 53).

²³⁸ Como se sabe, existe grande e inflamado debate acerca do conceito de consumidor. As duas teorias que prevalecem (a finalista ou minimalista e a objetivista ou maximalista) discordam do conceito de destinatário final, previsto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Para a teoria finalista, só é consumidor aquele que não emprega o bem ou serviço adquirido para fins profissionais, nem mesmo indiretamente. Já a corrente maximalista adota um parâmetro objetivo: é consumidor toda pessoa que adquira determinado bem ou serviço e não o transfere a terceiros com intuito lucrativo. Para essa última teoria, se houver o emprego do bem na linha de produção do adquirente, mas não for possível ver o bem adquirido no resultado final do processo produtivo, há relação de consumo. Em termos simples, para a corrente finalista um agricultor que compra defensivos agrícolas para usar em sua produção não é consumidor, pois ele emprega o bem adquirido profissionalmente. Já para a corrente maximalista, o agricultor é consumidor, pois quando da venda de produtos agrícolas a terceiros não se poderá dizer que o defensivo integra o produto vendido pelo agricultor, pois ele (defensivo) foi consumido ao longo do processo produtivo. Para uma versão resumida, porém bastante rica dos argumentos de cada corrente, recomenda-se a leitura do inteiro teor do acórdão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 541.986/BA (disponível em <<www.stj.jus.br>>). Cláudia Lima Marques é partidária da teoria finalista ou minimalista, com alguns temperos. A autora admite que “profissionais” se valham do tratamento favorável do Código de Defesa do Consumidor, desde que demonstrem sua vulnerabilidade no caso concreto e haja desequilíbrio contratual. Em suas próprias palavras: “Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica. (...) A regra é a exclusão ab initio do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 4ª ed., p. 150). Nossa opinião é semelhante à da autora, mas menos branda. Para nós, a vulnerabilidade ou hipossuficiência não integra o conceito legal de consumidor, mas é elemento externo que agrega ainda mais privilégios ao consumidor que é vulnerável ou hipossuficiente. Ficamos, então, com a opinião de Fábio Konder Comparato, para quem consumidor “é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, dos empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria” (*A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 15-16, São Paulo, RT, 1974, pp. 90-91). Importante notar que nesse tópico específico de nossa obra, como estamos a descrever conceito retirado da obra de Cláudia Lima Marques, deve ser adotado o conceito de consumidor daquela autora. Todavia, no restante do texto, o conceito de consumidor por nós referido será sempre aquele definido por Fábio Konder Comparato transcrito logo acima.

²³⁹ Nesse sentido também afirma José Tadeu Neves Xavier, *Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração*, in *Estudos Jurídicos*, v. 37, n. 99, São Leopoldo – Porto Alegre, jan-abr. 2004, p. 29.

²⁴⁰ “Entende-se como contratos submetidos a condições gerais aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.

O objeto do contrato é seu terceiro elemento caracterizador. A essencialidade ou indispensabilidade do serviço ou produto oferecido pelo fornecedor é traço marcante no contrato cativo de longa duração, com prevalência do serviço (no sentido de obrigação de fazer) sobre o produto (no sentido de obrigação de dar)²⁴².

A categoria é assumidamente inspirada na tese de Tereza Negreiros acerca da essencialidade dos contratos²⁴³, que classifica os contratos de acordo com seu objeto, elevando à categoria de contratos essenciais aqueles que se referem a bens e serviços essenciais – ou seja, necessidades – para a pessoa humana nos tempos atuais.

Ambas as proposições parecem de acordo, embora não exatamente coincidentes, com a nova dicotomia contratual proposta por Antonio Junqueira de Azevedo ao dividir os contratos em existenciais e de lucro²⁴⁴.

“Assim condições gerais dos contratos (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 4ª ed., p.59).

²⁴¹“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 4ª ed., p.55).

²⁴²“Nesse sentido, correta a observação de que o mundo que se desenha no horizonte é o mundo dos serviços. Serviços que, prestados por entes públicos ou por privados, constituem-se em simples abstrações, fazeres e informações, os quais passam a ser, além de úteis, imprescindíveis para a vida e o conforto do homem do final do séc. XX”.

“Vivemos, portanto, um momento de mudança: da acumulação de bens materiais, para a acumulação de bens imateriais; dos contratos de dar para os contratos de fazer; do modelo imediatista da compra e venda para um modelo de relação contratual continuada, reiterada; da substituição, privatização ou terceirização do estado como prestador de serviços, de relações meramente privadas para relações particulares de iminente interesse social ou público” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 4ª ed., p.73).

²⁴³ “O aqui denominado *paradigma da essencialidade* constitui, portanto, um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios básicos” (*Teoria dos contratos – Novos paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 31-32).

²⁴⁴ “Os contratos existenciais têm basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são ‘descartáveis’ e os juízes têm de atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à saúde, à integridade física, à habitação etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, ‘descartadas’, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força” (RTDC – *Entrevista com o Prof.*

O objeto dos contratos cativos de longa duração refere-se a serviços indispensáveis, atualmente, à vida em sociedade, principalmente nas grandes cidades, onde vive a maioria da população. As prestações contratadas pelo consumidor e devidas pelos fornecedores são um conjunto “de fazeres que assegurarão a ele [consumidor] e a sua família o bem-estar, a segurança, a saúde, o lazer, o status, as informações, o crédito e todos os outros ‘bens imateriais’ e serviços oferecidos (e desejados)”²⁴⁵.

E ainda quanto ao objeto, há um ponto importante a se considerar. Estes “fazeres” contratados pelo consumidor referem-se, no mais das vezes, a um evento futuro e incerto ou, então, a um fazer contínuo e prolongado no tempo, que tende à perenidade. Tais contratos são celebrados para atender a uma futura necessidade (como de assistência médica ou hospitalar, pensão para o cônjuge sobrevivente, formação escolar para os filhos do falecido etc.) ou a uma necessidade constante (como energia elétrica, gás, água potável, sinais de televisão, internet ou telefone etc.).

O que importa é que o traço principal da obrigação do fornecedor é seu prolongamento e sua repetição no tempo. Isso liga o terceiro elemento (objeto) ao quarto (duração prolongada), e o faz por uma questão simples e já referida por nós quando da análise da obra de Giorgio Oppo (*supra*, 3.1.).

A característica de um *contratto di durata* para Oppo é exatamente sua causa *durevole*, isto é, o objetivo dos contraentes ao celebrar o contrato de longa duração propriamente dito não é aquele de que o contrato se extinguirá pelo adimplemento da obrigação principal, mas sim o de que sua utilidade está exatamente no fato de a obrigação principal ser cumprida muitas e muitas vezes, sempre que o contratante necessitar, ficando a outra parte à disposição da primeira pelo tempo de duração do contrato.

Cláudia Lima Marques afirma:

Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, status ou determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de ‘cativo’-cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o status de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada

Antonio Junqueira de Azevedo, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 600).

²⁴⁵ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., 4ª ed., p.74.

qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvencilhar-se do contrato²⁴⁶.

Vê-se, portanto, que os contratos cativos de longa duração encaixam-se perfeitamente na categoria de Giorgio Oppo dos *Contratti di durata*(*supra*, 3.1.), passam pelas dificuldades de extinção e limitação de prazos, referidas por Jaques Azêma (*supra*, 3.2.) e se amoldam à nova disciplina jurídica sugerida por Ian R. Macneil para os contratos relacionais(*supra*, 3.3.). Mas os contratos cativos de longa duração têm dois pontos de especialização em relação às categorias referidas. O primeiro é o fato de estarem adstritos às relações de consumo, exclusivamente. O segundo é o fator que lhes dá independência funcional: a catividade.

A ideia de catividade da relação contratual advém dos próprios elementos caracterizados dos contratos cativos de longa duração. A massificação das formas de contratação e da própria fase de formação do contrato, em que as pessoas ficam submetidas às agressivas campanhas publicitárias²⁴⁷, à indução ao consumo cada vez maior de bens materiais e imateriais (elemento adesão) e ao mesmo tempo havendo a necessidade de se precaver contra os novos riscos que se apresentam e contra a insegurança que representa o futuro (elemento tempo), ficam elas submetidas a relações contratuais que lhes fornecem bens e serviços em caráter perene, sem solução de continuidade, pelo tempo de suas vidas.

Cláudia Lima Marques afirma que a noção de catividade advém de uma conotação externa e outra interna ao contrato²⁴⁸. A noção externa diz respeito à sedução do consumidor pelo fornecedor. As técnicas publicitárias atreladas e mesmo criadoras da cultura do consumo são aplicadas sobre os consumidores para que eles não resistam à tentação de consumir, à tentação de celebrar determinado contrato. O consumidor é cativado, portanto, pelo discurso do fornecedor ao lhe oferecer o contrato²⁴⁹.

²⁴⁶ Idem, p. 76.

²⁴⁷ “Assim, a partir do século XX, com o surgimento da sociedade de massa e avanço dos meios de comunicação (advento do rádio nos anos 20 e da televisão na década de 40), a publicidade passa a adquirir também uma função de informar o consumidor com a finalidade precípua de estimular novas demandas; convencê-lo, por meio da persuasão, à aquisição de produtos e serviços. O caráter informativo da publicidade passa então a ser acompanhado de uma intensa função persuasiva” (Lúcia Ancona Lopes de Magalhães Dias, *Publicidade e Direito*, São Paulo, RT, 2010, p. 27).

²⁴⁸ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., 5ª ed., pp. 80-82.

²⁴⁹ “O consumidor é premido por necessidades antes inexistentes ou inexploradas. A contemporaneidade exige a aquisição de certos serviços essenciais, ou de relativa essencialidade, para o pleno desenvolvimento do potencial humano de cada um em sociedade” (Marco Antonio Karam Silveira, *Contratos Cativos de*

Já no que se refere ao conceito interno de catividade, afirma a autora que, após celebrado o contrato, o consumidor é relegado a uma condição de tamanha dependência e necessidade em relação à manutenção do vínculo, que acaba por se tornar um escravo da contraparte, fazendo de tudo para evitar o rompimento da relação, inclusive aceitando a imposição de condições desfavoráveis à sua posição²⁵⁰. E ainda coloca o preocupante fato de que mediante alterações contratuais supostamente bilaterais, os fornecedores, na verdade, impõem aos consumidores alterações unilaterais no que se refere ao serviço a ser prestado, sua amplitude e qualidade (redução ou substituição de possibilidades, como lista de hospitais conveniados em planos de saúde, por exemplo), bem como revisam unilateralmente o preço a ser pago por esses serviços (recusa de renovação do vínculo a não ser em preço mais favorável ao fornecedor, por exemplo)²⁵¹.

Por isso afirma Claudia Lima Marques:

... a situação externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante ou validar prejuízos sem causa ao contratante fraco ou superar deveres de cooperação, solidariedade e lealdade que integram a relação em toda a sua duração²⁵².

É do conjunto compreendido pela essencialidade do serviço prestado, mais a longevidade da relação contratual e o método de contratação marcado pela publicidade geradora de necessidades e pelas técnicas de contratação em massa que decorre a catividade.

Longa Duração: Tempo e Equilíbrio nas Relações Contratuais, in IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, nº 10, maio de 2006, São Paulo, p.318).

²⁵⁰ “O consumidor torna-se escravo daquilo que contratou, e de quem contratou. A vinculação é tão radical, porque ligada a bens e serviços de existência, que acaba por reclamar proteção especial” (Marco Antonio Karam Silveira, *ob. cit.*, p. 317).

²⁵¹ “...torna-se este cliente-‘cativo’ daquele fornecedorou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada”.

“Esta fática submissão garante um ‘poder de imposição’ em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente ‘bilaterais’ do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica ‘aceitação’ do co-contratante mais vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc)” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., 4ª ed., p.78).

²⁵² *Ob. cit.*, p. 83.

E é da catividade que surge o problema: o abuso de dependência econômica por parte do fornecedor desses serviços essenciais. A catividade, portanto, é meramente a explicação que permite compreender a razão pela qual o fornecedor é incentivado a abusar de sua posição contratual.

Todavia, um último ponto se faz necessário antes de concluir a análise da catividade. Acrescente-se às explicações dadas por Cláudia Lima Marques e por outros autores que se ocuparam do tema²⁵³ um elemento próprio da teoria dita *Law and Economics*, aqui já referidos e definidos (vide *supra*, 3.3.): os custos de transação.

A essencialidade do serviço, aliada ao tempo pelo qual o consumidor confiou suas expectativas àquele fornecedor, bem como a indisponibilidade de contratação de serviço sucedâneo nas mesmas condições criam para o consumidor uma barreira econômica para a saída do contrato, forçando-o a aceitar as novas condições unilateralmente impostas pelo fornecedor, que, sabendo da posição de fragilidade do consumidor, abusa dela.

O custo de transação do consumidor levado a não renovar contrato de seguro de vida após mais de vinte anos de duração e renovações sucessivas do vínculo é demasiadamente alto para ele assumir. O consumidor irá agir racionalmente e preferirá se submeter às novas condições impostas, pois elas serão menos custosas que a interrupção do vínculo. Mas é justo impor esse custo ao consumidor?

Não é este o momento adequado para responder a essa questão. Dela nos ocuparemos um pouco mais à frente (*infra*, 4.3.).

O que se conclui, da categoria dos contratos cativos de longa duração é que eles, no âmbito das relações de consumo, padecem da mesma patologia que determinados contratos de longa duração empresariais também padecem: a dependência econômica de uma parte contratante em relação a outra, levando o contratante mais forte a abusar de sua posição contratual²⁵⁴. A isso Cláudia Lima Marques dá o nome de catividade e é essa a marca distintiva que ela emprega a essa categoria contratual para destacá-la dos demais contratos afetos às relações de consumo.

²⁵³ Marco Antonio Karam Silveira, *ob. cit.* e José Tadeu Neves Xavier, *ob. cit.*.

²⁵⁴ Vide *infra*, 4.3.3.

3.5 A categoria “contrato de longa duração”

Cumpre nesse momento fazer uma rápida parada e recapitular tudo o que foi visto até aqui, com o intuito de traçar as linhas gerais do que entendemos por contrato de longa duração, suas principais características e aplicações, para podermos concluir este capítulo, apresentando o que entendemos por contratos de longa duração, de acordo com a literatura especializada analisada até aqui.

O elemento primordial do contrato de longa duração é o tempo do contrato, que pode ser determinado (prazo) ou indeterminado. Como vimos, a concepção de tempo contratual sofreu transformações ultimamente e não é mais possível trabalhar com o conceito voluntarista de tempo contratual (item 2.2., *supra*), visto estar superado do ponto de vista metodológico e paradigmático. A concepção contemporânea de tempo contratual abandonou a ideia linear de passagem do tempo no contrato, relativizando este conceito de duas formas (item 2.3., *supra*).

Primeiramente, deixando claro que não importam para o contrato apenas dois momentos antagônicos fixados como pontos na linha do tempo (formação e extinção). O tempo contratual é muito mais do que intervalo entre a fusão de declarações negociais iniciais e o esgotamento do prazo contratual ou a rescisão unilateral do vínculo. Ele representa a contínua formação e adaptação do vínculo contratual, iniciando-se antes mesmo da fusão de declarações negociais e prolongando-se para além do termo contratual. O tempo contratual não é estático, é dinâmico.

O tempo não passa de forma linear pelo contrato, ele é o resultado de um movimento cicloidal de interação entre as partes, de um ir e vir constante de aproximação e afastamento. A cada prestação cumprida, a cada quitação dada, a cada comunicação entre as partes o contrato altera-se de algum modo, sendo reforçado e modificado continuamente. A passagem do tempo não mais serve para envelhecer o contrato, ela serve para atualizá-lo a cada dia.

Uma vez compreendida a nova dinâmica de interação entre tempo e contrato, foi preciso ir à doutrina especializada para dali retirar os traços marcantes dos contratos de longa duração categorialmente considerados.

Extraíu-se de Giorgio Oppo (item 3.1., *supra*) um ponto primordial. Esses contratos são feitos para durar no tempo, de modo que o adimplemento aqui tem efeito

diverso que em outros contratos. Em contratos ordinários o adimplemento extingue a obrigação principal, dissolvendo o vínculo. Nos contratos de longa duração, o adimplemento reforça o vínculo, pois a cada prestação adimplida surge uma nova a ser cumprida no futuro. O contrato é tão útil para as partes quanto maior for o tempo que ele durar: quanto mais tempo, mais utilidade. O tempo é a causa do contrato de longa duração.

Não são, portanto, contratos de longa duração em sentido técnico os contratos com prestação diferida no tempo, pois as obrigações não são duradouras, apenas a prestação é dividida. Da mesma forma os contratos cuja prestação leva tempo para ser cumprida por questões humanas ou físicas, como é o caso da empreitada, da prestação de serviços, do transporte (aqui, se as partes pudessem, elas reduziriam o tempo contratual, pois ele não é querido, mas tolerado).

O traço distintivo dos contratos de longa duração é sua função: eles são feitos para durar.

Se o caráter que une esses contratos é sua função de durar no tempo, parece-nos lícito questionar se, em certos casos, esses contratos podem ser prorrogados compulsoriamente, justamente para atender à sua função econômico-social específica (essa é nossa primeira questão intermediária).

Avançando na narrativa cuidamos da obra de Ian Macneil sobre os contratos relacionais (3.2., *supra*), para oferecer uma visão estrutural do fenômeno de que estamos tratando. Primeiramente, ele diferenciou os contratos instantâneos (que ele chamou de “contratos primitivos” ou “relações contratuais descontínuas”) dos contratos de longa duração (“relações contratuais modernas” ou “contratos relacionais”, na expressão do autor). Depois, ele demonstrou que nos contratos relacionais as partes não têm condições de prever todas as possibilidades e de se precaver contra todas as contingências. Por isso, nesses contratos, o nível de consentimento dado no momento de sua formação é menor e o preenchimento dos vazios contratuais dá-se pela aplicação de soluções derivadas de “fontes não-promissórias”, isto é, externas ao enunciado contratual, bem como pelo comportamento e por declarações das partes posteriores ao início da vinculação.

Baseando-se na dicotomia entre “contratos descontínuos” e “contratos relacionais”, Macneil afirma que há nove regras gerais aplicáveis a todos os contratos. Todavia, nos contratos descontínuos a leitura dessas regras deve ser feita sob o paradigma da despersonalização e da presentificação, pois o objeto contratual adquire maior

relevância e o instrumento tem de estar preparado para lidar com as contingências e os problemas que se apresentarem (o problema dos contratos descontínuos resume-se ao adimplemento e ao inadimplemento). Nos contratos relacionais, a leitura das regras deve se dar sob a orientação da continuidade e estreitamento dos vínculos, mediante o preenchimento dos vazios contratuais orientando à solidariedade contratual (preservação da relação) e à confiança entre as partes, além da inserção no contrato das matrizes éticas e valorativas vigentes na sociedade na qual ele se insere (os problemas dos contratos relacionais são múltiplos e complexos e clamam por uma atuação completiva do intérprete e das partes durante toda a sua duração, que tende ao infinito).

Com apoio em Macneil é possível, pois, afirmar que os contratos de longa duração têm estrutura diferente dos demais contratos. A estrutura de qualquer contrato é dada no momento de sua formação (artigos 104 e 166 do Código Civil). Nos contratos de longa duração isso não é inteiramente verdade. Existe, nessa categoria contratual, a pressuposição da incompletude do consentimento dado a clamar por uma formação contratual diferente da tradicional (artigo 427 do Código Civil) que se estende ao longo de todo o íter contratual valendo-se do comportamento das partes após a celebração do negócio, da confiança e da solidariedade contratual voltada à preservação do vínculo, para preencher o que falta à estrutura contratual, adaptando-a às novas realidades.

A partir daí nos é lícito questionar se um contrato de longa duração inicialmente celebrado com prazo determinado não pode se alterar ao longo de sua execução a ponto de poder ser considerado por prazo indeterminado a partir de um dado momento (esta é nossa segunda questão intermediária).

Definidas estrutura e função específicas dos contratos de longa duração, cremos poder dizer se tratar de uma categoria contratual própria²⁵⁵.

Em se tratando de categoria contratual própria, necessário inquirir se há espécies diferentes dentro da mesma categoria. A obra de Jaques Azéma (item 3.3., *supra*) nos permite refletir a respeito, uma vez que trata da utilidade de se diferenciar contratos a prazo de contratos por tempo indeterminado.

O contrato não pode durar para sempre, pois prenderá as partes eternamente, cerceando-lhes a liberdade para muito além do permitido. Além disso, considerando a

²⁵⁵Sobre a análise de estrutura e função para se diferenciar institutos e categorias jurídicas, vide Norberto Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Barueri, Manole, 2007.

função concreta de cada tipo de contrato de longa duração, ele não pode ser nem demasiadamente curto a ponto de ver frustrada sua causa final concreta, nem demasiadamente longo a ponto de escravizar as partes contratantes. Há prazos máximos e mínimos para que os contratos durem e isso se deve à finalidade à qual cada um deles se presta.

Se não há prazo, a rescisão unilateral é a forma natural de se acabar com o vínculo, mesmo que subordinada a certos limites internos e externos. Da mesma forma, havendo prazo, é apenas o implemento do termo contratual que terá o condão de liberar as partes da vinculação contraída. O contrato deve durar até o último dia do prazo ou, na sua falta, até que uma das partes não queira mais o vínculo.

A conclusão da obra de Azémar é a de que há uma forte tendência de aproximação entre contratos com e sem prazo no que diz respeito, precisamente, à sua extinção. A tutela da ruptura abusiva de relações contratuais por tempo indeterminado (no Brasil positivada pelo parágrafo único do artigo 473 do Código Civil), ao impedir a extinção abrupta dessas relações contratuais lhes empresta um caráter de estabilidade que as aproxima sobremaneira de relações a prazo. Por outro lado, as hipóteses legais de recondução ou prorrogação de relações contratuais com prazo, somadas ao entendimento jurisprudencial de que renovações sucessivas desnaturam a relação contratual transformando-a em por tempo indeterminado, aproximam o regime desses contratos aos contratos sem prazo.

Essa conclusão nos permite questionar se realmente o artigo 473, parágrafo único do Código Civil, deve ser aplicado somente para os contratos por tempo indeterminado, haja vista a aproximação dos regimes legais nos casos de contratos com e sem prazo definido (esta é nossa questão principal).

Definida a categoria dos contratos de longa duração e divididas as duas principais espécies de contratos que dela fazem parte, é preciso analisar uma característica especial desses contratos, qual seja, a tendência deles em produzir dependência econômica de um contratante para com outro.

Cláudia Lima Marques percebeu essa tendência em uma conjugação interessante de fatores: contratos de longa duração aliados a relações de consumo. Ela os chamou de contratos cativos de longa duração (item 3.4., *supra*).

Baseando-se na essencialidade do objeto contratual, na fragilidade do consumidor submetido à comunicação e à contratação de massa e no fenômeno contemporâneo de necessidades duradouras, a autora afirma que esses contratos precisam de tratamento específico, pois neles se revela com muito mais clareza a relação de dependência existente entre fornecedores e consumidores, com grande margem a oportunismo daqueles sobre estes, o que há de ser coibido pela ordem jurídica.

Decorre das próprias necessidades duráveis dos consumidores, aliada à forma de contratação em massa, o caráter fragilizante que a autora chamou de catividade, que nada mais é que a dependência característica gerada na parte mais fraca dos contratos cativos de longa duração, potencializada pela debilidade legalmente presumida do consumidor em relação ao fornecedor.

As informações trazidas por Cláudia Lima Marques nos fazem questionar se a situação de dependência econômica é critério capaz de servir de parâmetro à caracterização de conduta abusiva de contratante ao extinguir contrato de longa duração, mesmo tendo ele prazo definido (esta é nossa terceira questão intermediária).

Do exposto até aqui, portanto, podemos fixar o seguinte:

- (i) os contratos de longa duração têm por causa a satisfação de um interesse durável. Diferenciam-se dos demais porque neles o prolongamento no tempo lhes agrega utilidade. Sua função é durar no tempo;
- (ii) sua característica de prolongamento no tempo lhes impõe um regime jurídico diferenciado dos contratos descontínuos, que abandonando as ideias de despersonalização (prevalência do objeto sobre o sujeito) e presentificação (imutabilidade e intangibilidade), empresta-lhe flexibilidade (incompletude) e tendência de preservação (colaboração e confiança), isto é, impõe-lhes uma estrutura própria, em que a formação é constante pois o contrato nasce incompleto e vai se preenchendo ao longo da execução;
- (iii) definidas função e estrutura, sabe-se que a duração destes contratos pode ser determinada ou indeterminada, não podendo nem ser muito curtos, nem demasiado longos. Todavia, as limitações impostas à

extinção de contratos com ou sem prazos sugerem uma tendência de unificação de seus regimes jurídicos;e

- (iv) a própria natureza dos interesses ou necessidades a atender nos contratos de longa duração revela uma forte tendência de surgimento de relação de dependência econômica de um contratante para com outro, o que fica muito claro no âmbito das relações de consumo, chamadas de contratos cativos de longa duração. Embora mais clara em relações de consumo, a tendência de produzir dependência econômica em uma das partes contratuais está presente em todos os contratos de longa duração;

A conclusão é a de que os contratos de longa duração são uma categoria contratual à parte porque funcional e estruturalmente diferentes dos demais contratos. Funcionalmente porque têm no prolongamento do vínculo sua funcionalidade ou sua causa concreta. Estruturalmente porque de formação reconhecidamente incompleta e paulatina, gerando margem a constantes complementações.

Sendo, pois, uma categoria contratual própria, clamam a aplicação de regras próprias, para resolver os problemas que lhes são, também, próprios. Nosso objetivo aqui não é resolver todos os problemas dos contratos de longa duração, mas apenas um deles: a possibilidade de prorrogação compulsória de vínculos dotados de prazos fixados no momento de formação do contrato.

Já definimos o objeto de nosso estudo, cumpre agora aplicar a ele regras próprias voltadas à solução das questões intermediárias que aqui fizemos, para se chegar à resposta da questão principal do trabalho, que vem a ser o problema a ser resolvido por nossa tese.

4. Os “novos princípios contratuais” e seus reflexos sobre os contratos de longa duração

Fixado o conceito de tempo no contrato, feita a revisão da bibliografia específica acerca da categoria dos contratos que ensejam relações jurídicas que se prolongam no tempo e a partir daí definidos os contornos funcionais, estruturais e característicos dessa categoria contratual, devemos nesse momento olhar para os três princípios contratuais “novos”, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o princípio do equilíbrio contratual para saber quais são os reflexos específicos de sua aplicação às questões intermediárias colocadas no item precedente²⁵⁶.

Cada um dos “novos princípios” terá tratamento específico em relação aos seguintes pontos atinentes aos contratos de longa duração: (i) o conceito de função do contrato, o artigo 421 do Código Civil brasileiro e a relação entre duração do contrato e sua utilidade; (ii) a conduta das partes ao longo da execução do contrato e o reflexo disso nas regras fixadas por elas quando da celebração do negócio; e (iii) a questão do exercício de posição contratual vantajosa comprometer o equilíbrio das relações contratuais de modo a ser considerado abusivo.

No primeiro item, a intenção é dupla. A primeira é definir de modo científico, imparcial e fundamentado o que é a expressão “função do contrato”, isto é, saber, afinal, para que serve o contrato e a quais interesses ele se submete, tanto do ponto de vista interno quando do ponto de vista externo. Para isso, fixar-se-á que o contrato serve a três valores fundamentais: valor liberdade, valor economia e valor sociedade. A partir daí se estatuirá que cada contrato tem sempre três funções (individual, econômica e social) que têm sempre de ser levadas em conta quando se for interpretá-lo e aplicar suas regras. Toda essa análise tem um propósito específico: demonstrar que o tempo de duração é fator que muito influencia a consecução da verdadeira função de alguns contratos, notadamente os contratos de longa duração.

²⁵⁶ A expressão “novos princípios” contratuais parece ter sido cunhada por Antonio Junqueira de Azevedo, ao se referir à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao equilíbrio contratual em posição aos “velhos princípios” do Direito Contratual, quais sejam, a autonomia da vontade, a imutabilidade e intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*) e o efeito *inter partes* do contrato (*res inter alios acta, tunc nec nocet nec prodest*), acrescidos ainda ao princípio da ordem pública (v. Antonio Junqueira de Azevedo, *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 140).

Já no segundo item, por meio da análise da vedação a condutas contratuais contraditórias impostas aos contratantes no curso da execução contratual, pretende-se demonstrar que o contrato não é intangível e imutável como outrora se firmou, já que a conduta das partes tende a se distanciar cada vez mais das regras por elas mesmas estabelecidas no momento inicial da relação contratual e isso tem uma influência direta nessas próprias regras, que vão sendo alteradas por expedientes como a *suppressio* e a *surrectio*, por exemplo, passando ainda pela releitura de cláusulas com base na interpretação do contrato por meio da análise da conduta das partes no curso da execução. O objetivo aqui é analisar a possibilidade de alteração de determinações contratuais, como a fixação de prazo, por exemplo, mediante comportamento concludente ou contraditório das partes.

Por último, no terceiro e último item, pretende-se discutir a questão do abuso de posição contratual dominante. O que se quer deixar claro é que o contrato de longa duração acaba, em muitos casos, criando uma relação de dependência econômica exagerada de uma parte com a outra e isso leva a oportunismo da parte mais forte em relação à parte mais fraca, o que desequilibra a relação jurídica impingindo perdas indevidas à parte mais fraca e enriquecimento sem causa à parte mais forte. Isso se dá tanto em relações entre consumidores, quanto em contratos empresariais. Por meio da análise do abuso de posição contratual vantajosa e sua relação com o conceito de dependência econômica, pretende-se demonstrar os parâmetros para a caracterização da abusividade no exercício de prerrogativa contratual, como por exemplo, a não renovação de um contrato.

Os três itens que estão por vir representam o argumento de nossa tese. Por meio da aplicação dos chamados “novos princípios” do Direito Contratual aos contratos de longa duração, nossa intenção é demonstrar que há total viabilidade jurídica para se prorrogar compulsoriamente determinados vínculos, concretizando assim os ditames da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

4.1 Função do contrato e tempo de duração do vínculo

Uma das pretensões deste tópico é responder a uma questão aparentemente simples, mas que ultimamente tem sido deixada de lado: para que serve o contrato?

A partir da resposta a esta pergunta, procuraremos responder uma segunda: dependendo da função concreta de um contrato, é necessário que ele tenha um tempo mínimo de duração?

Como se sabe, o contrato é um aparato humano, um artifício desenvolvido ao longo dos séculos. Historicamente, é imemorial a celebração de contratos. Desde que o homem deixou de ser nômade, fixando-se em um ponto geográfico específico, que surgiram para ele necessidades. Equacionar os recursos disponíveis para sanar suas necessidades passou então a ser objetivo do homem²⁵⁷.

É nesse contexto que o homem primitivo passa a conhecer o que chamaremos de “poder da troca”, ou seja, ele começa a entender que, por meio de relações de permuta entre algo que ele tem e não precisa por algo que ele não tem mas precisa, será possível uma vida com um nível de conforto maior.

Até aqui não falamos nada de novo. Aliás, repetimos o que dizem todos os economistas acerca de como se iniciaram as relações econômicas e de como as múltiplas necessidades do homem criaram nele um ímpeto de se relacionar com seus pares para dividir tarefas e atividades e posteriormente trocar os produtos conseguidos.

O contrato nasce juntamente com essa necessidade premente do ser humano de celebrar trocas econômicas com seus semelhantes. É ele o aparato desenvolvido pelo homem para viabilizar as trocas.

Enzo Roppo pontua que a própria linguagem que estamos acostumados a empregar no dia a dia revela essa intrincada relação entre contrato e a necessidade humana de trocar²⁵⁸.

²⁵⁷“Pois bem, o conceito de Economia, surge, exatamente, quando se conjugam essas duas observações cruciais, decorrentes, como já foi dito, da vivência quotidiana de cada um: a) as necessidades, além de serem em grande número, expandem-se indefinidamente; b) os recursos para o seu atendimento são, em maior ou menor grau, limitados, finitos, em uma palavra, escassos”.

“Ora, se assim é, em qualquer sociedade estabelecem-se relações e instituições destinadas a lhe permitir enfrentar o problema da escassez, vale dizer, a criar um padrão decisório coerente a ser utilizado quando recursos escassos devam ser destinados a um fim qualquer” (Fábio Nusdeo, *Curso de Economia*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 30).

²⁵⁸*O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988, p. 08.

É realmente corriqueiro ouvirmos pessoas dizerem: “hoje fechei um contrato que me renderá um bom dinheiro”; ou “esse contrato servirá para alavancar a produção de nossa empresa elevando-a ao patamar de uma grande produtora nacional”. Esse modo de empregar a palavra contrato não passa pelas formulações ou teorias da ciência jurídica para explicar o modo de constituição, funcionamento e extinção do contrato, mas remete exclusivamente ao significado nuclear do contrato, ou seja, trata a expressão como um sinônimo de operação econômica²⁵⁹.

O contrato é o instrumento dessa operação econômica, portanto. É o meio do qual as pessoas se utilizam para garantir níveis mais elevados de conforto. O contrato permite o acesso do ser humano a uma situação mais confortável, pois lhe permite trocar bens e serviços não produzidos por ele por outros bens e serviços que ele já tem ou é capaz de produzir. O contrato revela, portanto, um processo de programação de intercâmbios para o futuro²⁶⁰.

Surge aí a questão relativa à função do contrato, ou às funções, assim como quanto à necessidade de um prazo mínimo de duração, tendo em vista que sempre se estará olhando para o futuro, agindo hoje para se atender à demanda de amanhã.

Sendo um instrumento, um aparato, um artifício, o contrato não é um fim em si mesmo, ele serve a outros fins que não o próprio contratar.

A palavra função deriva do latim *functione*, que por sua vez vem de *functus*, participio do verbo *fungor*, que significa fazer, executar, administrar²⁶¹. Ela remete à ação própria dum órgão, aparelho ou máquina. Além disso, traz consigo a ideia de utilidade, uso, serventia²⁶².

Daí porque afirmar-se que “*Se consideriamo la società come un’organizzazione complessa, troviamo che anche essa esplica un’attività per raggiungere i suoi fini, ossia compie la sua funzione*”²⁶³.

²⁵⁹ *Idem*, ibidem.

²⁶⁰ Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal – Culzone Editores, 1999, p. 19.

²⁶¹ *in* West’s Law and Commercial Dictionary in Five Languages. Minnessota: West Publishing Co, 1985, p. 683, verbete *function*.

²⁶² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., 15ª reimpressão, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975, p. 663, verbete função.

²⁶³ Francesco Ruocco, *Funzione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Turim, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938, p. 158.

A resposta à pergunta proposta no início deste tópico, portanto, passa necessariamente pelo estudo da função do contrato, de sua utilidade e de sua serventia. Ao falar sobre função do contrato é importante pensar não só no significado da expressão “função”, mas também em sua operacionalidade.

A palavra função remete a uma relação de serviência entre um objeto e outro. Além disso, necessita de um agente que emprega o primeiro objeto em função do outro. Tome-se como exemplo inicial a tão aclamada função social do contrato. Há aqui dois objetos: contrato e sociedade. Há também o sujeito: o contratante, o intérprete, o juiz, o advogado etc.

Função social do contrato quer significar, portanto, que o contrato deve ser utilizado pelo sujeito de modo a servir aos objetivos da sociedade. O contrato deve ser empregado em função da sociedade, ou seja, com intuito de atingir os fins sociais.

O mesmo raciocínio se aplica para a função social da propriedade. O direito de propriedade sobre um bem há de ser usado por seu titular de modo a permitir que a sociedade atinja seus objetivos, que podem ser coincidentes com os objetivos do proprietário, mas que podem, por outro lado, ser contrários aos interesses do titular do direito.

Pensemos da mesma forma para a função social da empresa. O empresário há de exercer sua atividade de modo que ela sirva aos propósitos sociais, como o desenvolvimento sustentável, a geração de empregos, a distribuição de riquezas etc.

A noção de função, portanto, traz sempre consigo um jogo que reflete o uso de uma coisa (um bem, um direito, uma atividade) com o objetivo de servir aos propósitos de outra. Raciocinar sobre os conceitos de função social do contrato, da propriedade e da empresa nos permite visualizar essa “mecânica” de forma mais concreta.

Temos, pois, dois objetos: o objeto serviente (contrato, propriedade ou empresa) e o objeto servido (sociedade). Temos também o sujeito: que é quem emprega o objeto serviente de modo a atender aos propósitos do objeto servido.

Contudo, o próprio raciocínio sobre a operacionalidade do conceito de função nos leva a pensar que podemos trocar os elementos do jogo: já dissemos que há a função social do contrato, da propriedade e da empresa. Temos firme a conclusão de que

podemos alterar o objeto serviente. Mas e quanto ao objeto servido? Pode-se substituir a sociedade por outro objeto?

Para refletir sobre isso, valhamo-nos das palavras de Santo Tomás de Aquino acerca da propriedade:

Uma coisa externa pode ser considerada à dupla luz. Na sua natureza, que não depende do poder humano, mas só do divino, a cuja vontade tudo obedece. E no uso mesmo a que ela serve. E, dêste segundo modo, o homem tem naturalmente o domínio sobre as cousas externas; pois pela sua razão e pela sua vontade, pode usar das cousas externas para a sua utilidade, como se para si fôsem feitas...²⁶⁴.

Defende o filósofo que o homem pode usar os objetos para a sua utilidade, ou seja, pode empregá-lo para servir a diversos fins, de acordo com a sua vontade. Dessa forma, podemos concluir que além da função social, tanto a propriedade, quanto a empresa ou o contrato podem ter outras funções que sirvam aos intuitos humanos.

Sobre essas funções, são esclarecedoras as palavras de Santo Tomás ao falar da função primeira do direito de propriedade:

Relativamente às coisas exteriores tem o homem dois poderes. Um é o de administrá-las e distribuí-las. E, quanto a êsse, é-lhe lícito possuir cousas como próprias. O que é mesmo necessário à vida humana por três razões. – A primeira é que cada um é mais solícito em administrar o que a si só lhe pertence, do que o comum a todos ou a muitos. Porque, neste caso, cada qual, fugindo do trabalho, abandona a outrem o pertencente ao bem comum, como se dá quando há muitos criados. – Segundo, porque as cousas humanas são melhor tratadas, se cada um emprega os seus cuidados em administrar uma coisa determinada; pois, se ao contrário, cada qual administrasse indeterminadamente qualquer coisa, haveria confusão. – Terceiro, porque, assim, cada um, estando contente com o seu, melhor se conserva a paz entre os homens. Por isso, vemos nascerem constantemente rixas entre os possuidores de uma coisa em comum e indivisamente²⁶⁵.

O que se lê na passagem de Santo Tomás são três justificativas para a função primordial da propriedade, a função individual ou exclusivista. Em definição clássica, a propriedade serve para atribuir a uma só pessoa (ou grupo de pessoas) o uso, o gozo e a

²⁶⁴*Suma Teológica*, trad. Alexandre Corrêa, vol. V, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1980, p. 2556, questão LXVI, Artigo I.

²⁶⁵*Idem*, p. 2557, questão LXVI, Artigo II.

disposição de certo bem. Ao atribuir tais faculdades a uma pessoa em detrimento de todas as outras, a propriedade impede que as outras pessoas possam ter acesso àquele bem determinado, concedendo inclusive instrumentos de defesa contra invasões, turbações e esbulhos ao titular da coisa.

Resta clara a função individual da propriedade, que é sua função mais importante, a razão que justifica sua existência, pelos motivos já expostos por Santo Tomás. Essa função individual da propriedade nada mais é que o uso do direito de exclusividade em benefício do próprio titular do bem. Ele o empregará em seu benefício, excluindo os terceiros. É para isso que a propriedade serve, em última análise.

O contrato também tem função individual. Sua concepção foi a de permitir que os indivíduos, por sua própria vontade, pudessem criar, modificar e extinguir obrigações. E há mais, o contrato serve ao indivíduo de modo a permitir que ele acesse bens, crédito, lucros, riqueza de um modo geral.

Ao acessar riquezas, o indivíduo está realizando uma operação econômica. Dessa forma, além da função claramente individual de permitir aos sujeitos contratantes aumentar seu nível de conforto, o contrato, por servir de meio circulatório da economia, tem também uma função econômica. Ele serve à economia, assim como serve ao indivíduo; permite que toda uma comunidade enriqueça, faz com que os recursos (que são sempre escassos²⁶⁶) se distribuam de maneira mais equânime, aumentando o nível geral de conforto daqueles indivíduos, ou seja, melhorando a vida em comunidade.

É justamente dessa capacidade de melhorar a vida do grupo que deriva a função social do contrato. Atendendo a objetivos econômicos, fazendo girar a riqueza entre os indivíduos e permitindo o aumento global do nível de conforto (graças ao intercâmbio de bens entre indivíduos de uma mesma comunidade e entre comunidades diferentes), o contrato trabalha para a própria sociedade, para a melhora do grupo humano, seu desenvolvimento e fortalecimento.

²⁶⁶ “Ao oposto do que ocorre com as necessidades humanas, os recursos com que conta a humanidade para satisfazê-las apresentam-se finitos e severamente limitados. Tal limitação é insuperável, malgrado os sucessos de da tecnologia em empurrar sempre adiante o ponto de ruptura, quando o exaurimento dos bens disponíveis à espécie humana levaria, senão ao colapso, pelo menos à progressiva estagnação de todo o processo econômico, o qual, em última análise, consiste na administração dos recursos escassos à disposição dos habitantes do planeta. Sim, porque os recursos são sempre escassos, em maior ou menor grau, não importa”.

“A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens a seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade” (Fábio Nusdeo, *ob. cit.*, p. 27).

Antonio Junqueira Azevedo chama atenção para o fato de que essa terceira função do contrato, a função social, foi elevada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro ao patamar de princípio geral:

Esse princípio difere da ordem pública tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (...). A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa²⁶⁷.

Além de a Constituição federal ter dado tratamento privilegiado a essa terceira função do contrato (ao lado da função individual e da função econômica), também o Código Civil assim fez, no artigo 421, ao estabelecer que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O destaque legislativo dado à terceira função do contrato acabou por levar os estudiosos dos contratos a deixar de lado as outras duas e importantes funções do artefato jurídico que se convencionou chamar contrato, tendo eles se ocupado exclusivamente de esclarecer o que vem a ser a função social, de tratá-la como fator limitador da liberdade de contratar, de permitir a ela eficácia interna e externa e de aplicá-la indistintamente a todo e qualquer tipo, categoria ou forma de contrato, dentre outros temas.

O objetivo aqui é fazer uma brevíssima análise das três funções primordiais do contrato, (i) a individual, (ii) a econômica e (iii) a social, para, ao final, estabelecer um cotejamento entre elas, de modo a permitir uma correta aplicação desse “novo” princípio

²⁶⁷ (Parecer) *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado...*, cit., pp. 140-1 (destaques no original).

contratual, que é o *da função social do contrato* especificamente no que se refere ao tempo de duração do vínculo contratual.

4.1.1 Função individual do contrato

Já dissemos que o contrato tem uma função individual. Isso significa que o contrato (objeto serviente) pode ser usado para atender aos propósitos dos sujeitos contratantes (objeto servido), ou seja, emprega-se o instrumento para atender às necessidades individuais daqueles que celebram os contratos.

Essa, aliás, é a função pela qual o contrato, como conjunto de regras jurídicas capazes de obrigar as partes a cumprir o que prometeram, foi concebido. O instituto jurídico do contrato foi criado para servir aos indivíduos e se essa criação tem reflexos outros (econômicos e sociais).

Para entender essa concepção do contrato como verdadeira expressão do ser, é importante saber que a teoria do contrato, conforme a conhecemos, é uma estrutura ideologizante, feita sob encomenda do liberalismo econômico, surgida por influência do humanismo jusnaturalista do Século XVII²⁶⁸, que influenciou os ideários da Revolução Francesa cujo conhecido lema era *liberté, égalité e fraternité*.

Liberté e égalité são as palavras que mais interessam à função individual do contrato. E isso porque o contrato está intimamente ligado à propriedade e à empresa.

Começemos pela igualdade e pela propriedade. Francesco Galgano afirma que a inclusão de um conceito geral de contrato, baseado no princípio do consensualismo, no Código Civil francês (grande produto legislativo da Revolução Francesa), tem por objetivo a criação de um direito igual para todos os cidadãos²⁶⁹. Ela atende a dois interesses diversos: (i) à pretensão da classe mercantil ou burguesia de se apoderar da

²⁶⁸ Não é o objetivo deste estudo se deter sobre a evolução do pensamento jurídico acerca do estudo da vontade como formadora de vínculos e relações de Direito. Basta, para nós, fixar como ponto de partida a Revolução Francesa e a edição do *Code Civil*. O caminho percorrido até aqui é longo e pode ser melhor conferido em diversas obras, dentre as quais, James Gordley [org.], *ob. cit., passim*, na qual a evolução é bem tratada, inclusive com comparações e referências ao surgimento da teoria dos contratos nos países de tradição jurídica romanogermânica e nos países da *common law*.

²⁶⁹ O que Enzo Roppo chama de evolução do *status* para o *contrato* (*Ob. cit.*, pp. 26-28).

riqueza representada pela propriedade agrária e (ii) à exigência da classe proprietária (nobreza e clero) de defesa da propriedade²⁷⁰.

Para isso, vale-se do princípio do consensualismo, pois fazendo com que as pessoas se obriguem unicamente por suas declarações de vontade, o contrato satisfaz simultaneamente a ambos os interesses conflitantes, pois atende aos anseios da burguesia (já que a simples vontade pode permitir-lhe acesso à riqueza fundiária) e da nobreza rural (pois para que ela perca suas terras é necessário que ela concorde; queira, em última análise). Ao assim fazer, o contrato iguala formalmente burguesia, nobreza e clero, permitindo a todos o acesso às riquezas²⁷¹.

No que diz respeito à igualdade, portanto, o contrato é cabedal capaz de permitir às pessoas que não tem nada, além de sua força de trabalho, entrar para o mundo jurídico e econômico, por meio da relação de trabalho. Permite que eles possam adquirir riqueza, à custa da troca de sua mão de obra por dinheiro.

Em uma análise sociológica, as pessoas criam obrigações jurídicas (e, por consequência, direitos subjetivos) por dois meios: causando danos e fazendo promessas dotadas de tutela legal. O dano leva à obrigação de reparar e a promessa, à obrigação de cumprir. Viver em sociedade é causar danos e fazer promessas. É por meio desses dois expedientes que as pessoas lidam com a riqueza, seja para aumentá-la ou para diminuí-la.

O contrato é o principal veículo de promessas. É ele, na opinião de muitos, o único veículo capaz de transportar promessas de conteúdo patrimonial legalmente tuteladas²⁷². Ninguém nega que para um homem atingir certo nível de dignidade ele terá de alcançar certo nível de conforto material. Esse conforto material é patrimônio. Logo, para que haja dignidade, é preciso que as pessoas possam atingir certo nível patrimonial. Qual o único meio lícito de fazê-lo? Via contrato.

Nesse sentido de igualdade, o contrato se revela como própria expressão do ser humano, pois é por meio dele que se busca a dignidade, a sobrevivência, o melhoramento de vida, o conforto. Em uma palavra, a felicidade. Partindo do pressuposto

²⁷⁰ *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 67.

²⁷¹ *Idem*, *ibidem*.

²⁷² Veja-se, por todos, Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Milão, Giuffrè, 2001, pp. 3-20.

da igualdade, portanto, o contrato abre oportunidades para todos²⁷³. É a mutação da máxima descartiana: *contrato, logo existo*.

Há ainda a questão da liberdade e da empresa. Esta, nas palavras de Francesco Galgano, se resume em um processo de retirada do contrato de sua condição de subalterno e transferidor de propriedade, seguida de sua progressiva atração à órbita da empresa, transformando-o em ato de programação de trocas, mediatas ou imediatas, para atender aos anseios e escopos do empresário²⁷⁴.

A liberdade de contratar, de estabelecer arranjos à circulação de riqueza, de distribuir riscos²⁷⁵, de formatar a estrutura das operações econômicas, ou seja, de realizar determinada atividade faz com que se liguem os conceitos de empresa e de contrato. A organização da empresa se dá por meio de contratos, ela é um feixe coordenado de diversos contratos voltados à consecução de um fim²⁷⁶.

Assim, em uma perspectiva empresarial, o contrato tem função individual em relação ao empresário, seja ele uma pessoa física, seja ele grande sociedade transnacional por ações. É por meio do contrato que a atividade empresarial se desenvolve²⁷⁷, e essa atividade empresarial é fortemente influenciada pelo objetivo do empresário, que é gerar lucros.

Não se está aqui a afirmar que a atividade empresarial tenha como único objetivo a geração de lucros. Em certos casos, esse nem é um objetivo (empresas estatais, por exemplo). O que se quer dizer é que é lícito ao empresário obter lucros por meio de sua atividade.

Se essa atividade se exerce, notadamente, pela celebração de contratos de diversos tipos, é importante reconhecer que o empresário, ou mesmo um outro contratante qualquer, possa se valer do contrato para auferir ganhos para si. O ímpeto lucrativo é inerente ao sistema capitalista e não pode ser esquecido.

²⁷³ Obviamente que essas constatações, justamente por refletirem filosofia liberal, partem do pressuposto da igualdade formal, igualdade de oportunidades jurídicas. Sabe-se que essa tônica não foi capaz de resolver o problema da dignidade humana e da igualdade material, mas não se pode desprezar que ela ainda tem um papel importante nessa busca pelo nível máximo de conforto pelo ser humano.

²⁷⁴ *Ob. cit.*, p. 66.

²⁷⁵ Sobre o entendimento de que o contrato é um instrumento de distribuição de riscos, vide E. Allan Farnsworth; William F. Young; Carol Sanger, *ob. cit.*, p. 8.

²⁷⁶ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, n. 4, 1937.

²⁷⁷ Giuseppe Auletta, *Istituzioni di Diritto Privato*, Napoli, Humus, 1946, p. 27.

Nesse sentido, o contrato tem sim a função de gerar lucros aos contratantes que assim os formatam. Isso, porém, não quer dizer que esses lucros sejam suficientes para fundamentar desproporções contratuais, aviltamentos, enriquecimentos exagerados de uma parte sobre a outra. Para coibir tais abusos há regras específicas no Código Civil (artigos 156, 157, 317, 478 etc.).

De qualquer modo, se antes o contrato apenas transferia riqueza, agora ele também cria²⁷⁸. A capacidade empresarial de gerar lucros chama-se aviamento²⁷⁹, ela decorre de quão eficientemente o empresário aloca os fatores de produção e deles tira proveito. O instrumento dessa alocação é o contrato; logo, sem ele não há aviamento. É ele o responsável pela capacidade empresarial de geração de riquezas.

É de se notar, inclusive, que em certos casos um único contrato pode representar todo o aviamento de determinado empresário ou sociedade empresária. Pense-se em uma franquia, por exemplo. Sob a marca e o know-how do franqueador o franqueado desenvolveu sua empresa e hoje tem uma posição consolidada em seu mercado. Contudo, dadas as peculiaridades da franquia (como especificidade de ativos, técnicas muito caras, dificuldade de acesso a matérias-primas etc.), se o contrato de franquia se encerrar, aquela empresa simplesmente deixa de existir, pois ela não conseguirá se adaptar à brusca mudança de realidade.

Temos assim que o contrato tem, nas palavras de Orlando Gomes, uma primitiva função que passa pelos conceitos de igualdade e liberdade²⁸⁰. Essa função se relaciona de modo muito próximo com dois conceitos: propriedade e empresa. Disso resulta o que chamamos de função individual do contrato.

Ela reflete dois raios distintos. O primeiro é a serviência do contrato aos interesses individuais humanos, mediante acesso a riquezas e criação de patrimônio, permitindo que as pessoas possam obter um mínimo de conforto e garantir sua própria dignidade. É o contrato como expressão do *ser*.

Da mesma forma, sendo ele o instrumento da atividade empresarial, é ele o responsável pela geração das riquezas que essa atividade produz. O contrato é um instrumento de ganhos, de sucesso, é a porta para o empreendedorismo, que permite a

²⁷⁸ Orlando Gomes, *A Função do Contrato*, in *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p.108.

²⁷⁹ Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. I, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 154.

²⁸⁰ *Ob. cit.*, p. 104.

criação de novos padrões, novas soluções, novas formas de relacionamento. É o contrato como expressão do *produzir*.

4.1.2 Função econômica do contrato

Como resta claro, as funções contratuais estão intimamente ligadas. Decorre da própria função individual a função econômica, e desta deriva, em um primeiro momento, a função social.

Afirma Rachel Sztajn que “Contratos – diz Eve Truillé-Marengo – são, ao lado da moeda, a outra força que impulsiona as economias; instrumento fundamental para dar segurança nas trocas econômicas e, no que tange ao comércio, indispensáveis”²⁸¹.

E prossegue: “Portanto, além de jurídico, o contrato é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham ajustar”²⁸².

Já afirmamos, no subitem anterior (4.1.1), que a palavra “contrato” serve para designar uma operação econômica. Essa é a expressão fenomênica do contrato. Há, também, a ideia de contrato como formalização ou veste jurídica dessa operação econômica, sendo que é neste sentido que a palavra é empregada pela Ciência Jurídica e pela legislação correlata.

Nesse sentido, Enzo Roppo pondera:

Mas se isso é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não indetectável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formulação jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e particulares) como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e conseqüentemente incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se quer tutelar e prosseguir. (Nesse sentido, como já se

²⁸¹ *Função Social do Contrato e Direito de Empresa*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 139, julho-setembro de 2005, p. 29.

²⁸² *Idem*, *ibidem*.

referiu, o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica)²⁸³.

A função econômica do contrato revela seu núcleo, sua alma, por assim dizer. Ele é a veste jurídica, e a veste há de ser vista moldada por aquilo que ela encobre. Como um vestido em uma mulher: se o vestido for muito largo e a mulher magra, haverá pano demais; se o vestido for justo e a mulher gorda, é capaz de o zíper não fechar, ou, caso feche, fique tão apertado a ponto de impedir a respiração de quem está usando o vestido.

Olhar para a função econômica do contrato, portanto, nos leva a refletir sobre a causa do contrato²⁸⁴. E aqui cabe um esclarecimento: causa do contrato não é a causa da obrigação e nem a da prestação.

Quando referimo-nos sobre causa do contrato, estamos a falar da causa finalística, da finalidade daquele contrato, que muito tem a ver com sua função econômica, e também social.

Podemos dizer que cada tipo contratual específico revela uma função econômica, ou seja, veste uma operação econômica específica. Essa operação econômica específica chama-se de causa final, que é definida como “o interesse material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado”²⁸⁵.

Assim, um contrato de compra e venda tem como causa final típica a transferência da propriedade de certo bem em troca de um valor em dinheiro (preço); o contrato de locação tem como causa o pagamento periódico de certa quantia em dinheiro (aluguel) em troca da posse de um bem por certo tempo; o contrato de comodato tem como causa a cessão da posse de um bem infungível a título gratuito; a doação, a transferência da propriedade de certo bem a título gratuito; a transação, o encerramento de um conflito mediante mútuas concessões; a fiança, a garantia de um débito alheio a título gratuito ou oneroso e assim por diante.

²⁸³ *Ob. cit.*, pp.10-11.

²⁸⁴ Para uma análise detida sobre o conceito de causa nos negócios jurídicos e nos contratos, vide Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*(Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial, cit., pp. 121-129.

²⁸⁵ Paulo B. de Campos Filho, *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*, Tese para concurso de provimento de cátedra na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1959, p. 121.

Mas nem sempre basta olhar para o vestido para saber se a mulher que o veste é magra ou gorda, se está vestida para conquistar ou para ser discreta. Há casos em que contratos com causas típicas são empregados com outra função econômica. É o que se chama de negócios jurídicos indiretos.

Nesses casos, empresta-se uma veste jurídica típica a uma operação de finalidade diversa daquela normalmente atendida por aquele contrato. Exemplo simples é o da compra e venda com pacto de retrovenda, para fins de garantia. Nesse contrato, o vendedor precisa dar uma garantia ao comprador, que é seu credor em outra obrigação.

Para tanto, ele (vendedor-devedor) transfere a propriedade de certo bem seu ao seu credor (comprador), mediante certo pagamento em dinheiro, cujo valor reflete o montante que o vendedor quer tomar emprestado do comprador. Estabelece, contudo, uma cláusula de recompra do bem, pelo valor emprestado mais encargos da dívida, pagos de uma vez ou parcelados. Uma vez saldada a dívida, o vendedor exerce sua opção de compra e readquire a propriedade do bem dado em garantia, tudo funcionando como um contrato de compra e venda, sem que incidam aí todos os encargos de um contrato de financiamento, ou as regras que limitam a cobrança de juros²⁸⁶.

A causa final típica, destarte, nem sempre revelará a função econômica verdadeira de um determinado negócio ou contrato. É preciso investigar a causa final concreta, isto é, a função econômica específica que aquele arranjo jurídico pretende realizar, o produto econômico real para o qual aquele contrato servirá.

Conhecer a função econômica, portanto, é primordial para evitar interpretações erradas do contrato, bem como serve para permitir uma visão global do objetivo a ser atendido com a celebração daquele contrato. No primeiro caso, além dos negócios jurídicos indiretos, há ainda o problema dos contratos atípicos, cuja melhor forma de interpretação passa necessariamente pela investigação da função econômica concreta da avença para que se apliquem as regras da teoria geral dos contratos que mais se lhe adaptem.

Quanto à necessidade de visão global da operação subjacente, a análise da função econômica serve para ler os contratos coligados e os contratos em rede, por

²⁸⁶ É importante frisar que o campo dos negócios jurídicos indiretos se aproxima perigosamente dos atos simulados, podendo haver desconsideração do negócio indireto e sua qualificação como o negócio típico mais adequado para aquela operação econômica, culminando na declaração da nulidade do ato supostamente simulado.

exemplo. A partir da visão da função econômica comum dos contratos que servem de instrumento a determinada operação ou empreendimento, podem-se determinar regras de responsabilidade por inadimplemento para este ou aquele agente específico, bem investigar fatores de distribuição e assunção de riscos. Tudo isso é bastante revelador, auxilia na interpretação e na execução de cada um dos contratos envolvidos, pois possibilita entender o papel ou a função que cada uma das avenças tem na consecução do objetivo maior que é a realização do empreendimento.

Ainda sobre a função econômica, vale dizer sobre a expressão dela nos contratos individualmente voltados à consecução do ser e nos contratos individualmente servientes ao produzir (vide *supra*, 4.1.1).

Naqueles contratos que o sujeito celebra para se inserir no mundo jurídico, para garantir para si um mínimo de dignidade, a função econômica surge de dois modos. Primeiramente, esses contratos fazem circular riqueza, seja mediante a cessão de mão de obra por dinheiro, seja mediante a contratação de serviços e bens de primeira necessidade (água, luz, transporte, alimentação básica, vestuário, moradia etc.). Eles atendem à função econômica básica que é a de administração de recursos escassos. Justamente por serem eles os contratos que se fazem sobre os bens tidos como de mais valor para a vida e para a dignidade das pessoas, eles ainda refletem uma segunda função econômica, a saber.

Tal é a função macroeconômica. Como eles são normalmente contratos de massa, suas variações de valores e de preços (variações econômicas, portanto) influenciam não só na base monetária (levando a períodos de expansão ou retração econômica), como também influenciam de maneira importantíssima os movimentos de alta e baixa de todos os preços da economia, culminando com a valorização ou a desvalorização da moeda, ou seja, refletem diretamente na inflação.

Isso porque, como todas as pessoas têm necessidade desses serviços e bens e precisam obter recursos para adquiri-los, caso o esforço (leia-se: o preço) para consegui-los for muito grande, as pessoas tenderão a deixar de despender seus recursos com outros bens considerados supérfluos para concentrar seus esforços naqueles de primeira necessidade, o que levará a uma retração da economia nesses setores específicos.

Além disso, a variação da economia desses contratos leva necessariamente a que os valores empregados para saldá-los sejam incorporados pelos setores produtivos, o

que tem como consequência óbvia um aumento nos preços de venda para o mercado ou uma diminuição na margem de lucro.

Tanto é assim que a maioria dos índices que servem para medir a inflação dá grande peso aos chamados preços regulados, que são justamente as prestações pagas pelos bens e serviços ditos de primeira necessidade, sejam eles prestados ou fornecidos por particulares ou pelo Estado. É por conta de sua função macroeconômica, bem como por terem função individual primordial, que esses contratos, em sua maioria, têm seus preços e índices de reajuste regulados pelo Estado.

Quanto aos chamados contratos voltados para o *produzir*, sua função econômica reflete primeiramente no fato de serem eles a força motriz da economia, ao lado da moeda. Nas palavras de Orlando Gomes:

A nova maneira de *atividade econômica*, caracterizada pela organização de fatores de produção em unidades industriais ou comerciais, trouxe o *contrato* para o centro das forças de propulsão da riqueza.

Sua *importância econômica* refletiu-se na sua *significação jurídica*, a começar pela forma de organização. A *empresa* toma juridicamente a configuração de *sociedade*, isto é, *sociedade anônima*, - a notável invenção jurídica do capitalismo. Uma vez constituída passa a manter *relações contratuais* necessárias com os seus *empregados*, com os fornecedores, os distribuidores, os compradores, os financiadores e tantos outros de quem precise para conseguir seus *fins*, integrando o *mercado*. Muito mais do que a *propriedade* da fábrica ou da loja, importam para o seu desempenho, o controle acionário, o *know-how*, o *leasing*, as operações de *crédito e financiamento*, os contratos individuais e coletivos de trabalho, os papéis da nova riqueza mobiliária (cambiais, cédulas, apólices), representativos de direitos patrimoniais que não têm a natureza do direito de propriedade, - *direitos* que constituem riqueza *diretamente* criada pelo *contrato*²⁸⁷.

Além disso, a consideração da função econômica do contrato permite aos contratantes estabelecer arranjos contratuais capazes de incentivar suas contrapartes a executar as avenças de modo a agregar eficiência à cadeia produtiva. Ao assim dispor,

²⁸⁷ *Ob. cit.*, pp. 108-109.

farão com que o ganho contratual, comumente chamado de *surplus* pela doutrina especializada²⁸⁸, seja maior para ambas as partes e o reflexo na economia seja positivo.

De fato, a visão da função econômica do contrato e a análise de seus termos sob essa ótica permitem a aplicação de diversos expedientes jurídicos e econômicos capazes de melhorar o contrato em si, bem como de permitir que, ao contratar, as partes garantam para si o maior nível de conforto possível pelo menor custo, o que tem reflexos econômicos tanto para os próprios contratantes, como para toda a sociedade, pois leva à melhora do bem estar social.

É justamente a reflexão acerca do modo como o contrato agrega para o bem estar social e interage com a sociedade que nos leva ao tema da função social do contrato.

4.1.3 Função social do contrato

A função social, como já afirmamos anteriormente, foi elevada ao nível de princípio geral do Direito pelo artigo 421 do atual Código Civil. É de se notar, contudo, que desde 1942 há previsão legal expressa na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) ordenando que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Obviamente que essa regra, ao se dirigir ao juiz, acaba se tornando um comando geral, pois tanto o juiz, como as partes contratantes, como os cidadãos em geral aplicarão a lei aos contratos da mesma forma, embora apenas o primeiro tenha autoridade para fazê-lo com força estatal.

Mas o texto do artigo 421 é mais enfático, vai inclusive além dos preceitos constitucionais que tratam do valor social da livre iniciativa (artigo 1º, IV, que é conceito diferente da função social do contrato, mas com ela relacionado – como se verá adiante), e supera até o texto do artigo 170 da Carta Maior, que coloca como fim da ordem econômica brasileira assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ele diz que a liberdade de contratar será exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁸⁸ Confira-se, por todos, Richard R. W. Brooks, *The Efficient Performance Hypothesis*, in *The Yale Law Journal*, n. 116, 2006, pp. 569-596 e Jonathan Thomas e Tim Worral, *Self-Enforcing Wage Contracts*, in *The Review of Economic Studies*, n. 4, Outubro 1988, pp. 541-553.

Críticas não faltam a essa redação. Rachel Sztajn, por exemplo, afirma que a função social do contrato “pode até ser considerada figura de retórica, vazia de conteúdo, neutra no que concerne ao exercício da empresa, ou inversamente, criação cujos efeitos perniciosos reduzem ou restringem o exercício da autonomia privada e, conseqüentemente, impactam negativamente na organização da empresa, com redução do bem estar geral”²⁸⁹.

Ao dizer que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão da função social do contrato, teremos uma situação na qual o interesse mais importante para o contrato, qual seja, o dos próprios contratantes, não deve ser levado em conta, pois os únicos interesses a que deve atender são os da coletividade²⁹⁰.

Para se compreender a função social do contrato, porém, é preciso fazer três análises diferentes.

Primeiramente, investigar os impactos sociais que o contrato tem. Depois, analisar a norma jurídica que a insere como princípio geral do Direito no Ordenamento positivo. E, por último, retirar dela as consequências que lhe darão operacionalidade.

Não há como negar que o contrato tem reflexos na sociedade. Mais do que isso, o contrato, assim como todo e qualquer negócio jurídico, é produto do próprio meio social a que o Direito dá força e tutela. Não é nem a vontade das partes, nem o poder que o Estado concede ao contrato (e aos negócios jurídicos em geral) que fazem dele o que ele é. O contrato, para existir como tal, depende de espécie de reconhecimento social, de um consenso presumido de terceiros²⁹¹.

Não basta a declaração de vontade, é preciso que essa declaração seja cercada de circunstâncias tais que o próprio meio social em que ela tenha sido veiculada a reconheça como apta a produzir efeitos jurídicos e vincular as partes declarantes (vide item

²⁸⁹ *Ob. cit.*, p. 30.

²⁹⁰ Note-se que durante as discussões e votações do projeto de lei que veio a ser o Código Civil que entrou em vigor em 2003, o então deputado federal Ulysses Guimarães muito criticou a redação do atual artigo 421, mais ainda porque além das palavras que lemos hoje no dispositivo legal, havia o advérbio “somente” antes da expressão “em razão e nos limites da função social”, desse modo, o projeto colocava claramente o interesse coletivo como o único a ser atendido pelo contrato, ao dizer em sua redação original que “a liberdade de contratar será exercida somente em razão e nos limites da função social”. Graças aos brados do deputado, o advérbio foi retirado, dando-nos margem para atender a outros interesses além do da sociedade quando exercemos nossa liberdade contratual.

²⁹¹ Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 3ª.ed., São Paulo, Atlas, 2001.

4.1.1, *supra*). A declaração, portanto, tem de ser vista pela sociedade como séria e apta a produzir efeitos, pois é somente assim que o contrato passa a existir²⁹².

Fixada a premissa de que o contrato é um produto da sociedade, é óbvio que ele terá influências sobre ela. Tais influências tornam-se cada vez maiores quanto mais se desenvolvem a própria sociedade e sua economia. As relações sociais tornam-se cada vez mais complexas, a economia industrial leva ao conceito de relações de troca de massa. Surgem problemas afetos à defesa de interesses de grupos sociais específicos como os consumidores, crianças e adolescentes, idosos etc. Além disso, o meio no qual a sociedade se desenvolve, chamado de meio ambiente, também passa a ser objeto de preocupações²⁹³.

Há que se falar, ainda, na disciplina das relações de trabalho, na preocupação com liberdades religiosas, na incolumidade do corpo humano, nas questões afetas ao patrimônio genético das pessoas, na sua privacidade, nos seus desejos, anseios, temores e planos para o futuro...

Tudo isso, em larga escala, é influenciado pelo modo como as pessoas trocam riquezas, ou seja, pelo contrato. Este artefato humano deixou de ser “um mero instrumento do poder de *autodeterminação privada*, para se tornar um instrumento que deve realizar também *interesses da coletividade*. Numa palavra: o contrato passa a ter *função social*”²⁹⁴.

Sim, é verdade, ele passa a ter função social, ele passa a servir à sociedade, mas sem deixar também de servir aos próprios sujeitos contratantes (função individual) e à economia (função econômica). Com a função social, o contrato ganha tripla utilidade.

Contudo, a expressão função social foi cunhada a partir da Constituição de *Weimar*, no início do século XX, tendo sido primeiramente atribuída aos bens, à propriedade. Posteriormente, sua aplicação foi expandida para além dos bens de consumo ou de raiz, tendo atingido também os bens de produção. Passou-se a falar em função social da empresa.

Pode-se dizer, assim, que a essência do conceito de função social “introduz a obrigação na estrutura do direito subjetivo. Essa característica essencial é demonstrada pelo fato de que sua primeira, mais célebre e talvez mais fiel tradução jurídica tenha se

²⁹² Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade, Eficácia*, cit., p. 10.

²⁹³ Vide Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, 1ª ed., 5ª reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1996.

²⁹⁴ Orlando Gomes, *A Função do Contrato*, cit., p.108.

dado em termos de obrigação pura e simples (o famoso ‘a propriedade obriga’ da Constituição de *Weimar*)”²⁹⁵.

Essa capacidade de inserir obrigações e fazê-las inerentes ao direito subjetivo ou à faculdade de contratar ou não, sempre foi uma tentação a legisladores e juízes. O conceito de função social foi, ao lado do de boa-fé, de interesse público e de ordem pública (que Antonio Junqueira de Azevedo apelidou de “bando dos quatro”)²⁹⁶, um importante instrumento de intervenção pública no domínio privado, transformando-se em porta aberta para o juiz entrar no contrato e alterá-lo para atender aos interesses de uma coletividade não tão vasta assim.

A ideia de função social é reflexo da mudança de paradigma jurídico operada a partir da Constituição de *Weimar*. Superou-se o paradigma da lei (*juge bouche de la loi*), cunhado sob os auspícios do liberalismo do século XIX e chegou-se ao paradigma do juiz que, por meio da inserção de conceitos jurídicos indeterminados ou de cláusulas gerais²⁹⁷ nos textos legais, ganhou autorização de preencher o conteúdo dos contratos de forma a melhor atender os interesses estatais, direcionando as avenças privadas aos objetivos dos Estados nazifascistas do período entre guerras.

Rachel Sztajn afirma que, na época do fascismo italiano, o sentido dado à expressão “função social” era o do dever imposto aos agentes privados para que agissem tendo em vista os interesses de terceiros, o dever de distribuir benesses ou de contratar em conformidade com os interesses do Poder Público²⁹⁸.

O texto do artigo 421 do Código Civil atual é assumidamente inspirado no *Codice Civile* italiano de 1942, de clara inspiração fascista, sendo que “O senso de coletividade difundido no ordenamento jurídico italiano alcança um firme delineamento para fins de entendimento do que pode vir a ser a função social do contrato no Brasil”²⁹⁹.

A inspiração corporativista, coletivista, estaticizante, fascista, por assim dizer, do dispositivo legal brasileiro é inegável. A ideia de submeter a liberdade contratual

²⁹⁵ Calixto Salomão Filho, *Função Social do Contrato: Primeiras Anotações*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 132, outubro-dezembro de 2003, p. 09.

²⁹⁶ *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., p. 58.

²⁹⁷ Para uma análise mais profunda sobre tais conceitos, vide Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado*, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 2000, pp. 316 e ss.

²⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 31.

²⁹⁹ Rafael Chagas Mancebo, *A Função Social do Contrato*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 153.

à função social, demonstrada pelo emprego da expressão “em razão” no texto legal bem revela a influência italiana.

Contudo, afirma Calixto Salomão Filho, o sentido dado ao termo, a atribuição de certas obrigações, varia ao longo do tempo. A mudança da realidade superando a exploração de bens de raiz e entrando na era da economia industrial de massa faz com que a essência das obrigações impostas pelo princípio da função social se altere. Isso porque elas não mais incidem sobre o direito de propriedade, mas sobre relações sociais complexas, organizadas e concebidas de forma mais ou menos livre, fundamentadas nos princípios da livre iniciativa e na liberdade de contratar³⁰⁰.

Dessa forma, muito mais importante e interessante é prever obrigações em relação à esfera social afetada por essas relações complexas. “Na empresa e no contrato à grande liberdade organizadora e estruturadora das relações jurídicas por elas envolvidas corresponde uma obrigação muito mais abrangente em relação à sociedade, que envolve a responsabilidade por todos os efeitos sociais dessas relações livremente organizadas”³⁰¹.

A função social, portanto, que foi concebida sob os moldes nazifascistas da década de 1920, tem de evoluir de acordo com o objeto serviente e com o objeto servido. Propriedade, empresa e contrato (objetos servientes) não são a mesma coisa. Há uma diferença acentuada entre o primeiro e os últimos dois: aquela é estática, estes são altamente dinâmicos. Além disso, a própria sociedade (objeto servido) se alterou desde aqueles tempos. Houve a superação do paradigma do juiz, e atualmente estamos em período do paradigma do caso, ou da fuga do juiz³⁰².

A função social há de ser vista sob os moldes atuais, não mais como uma porta de entrada para o juiz atender ao interesse público por meio dos contratos privados nos quais é chamado a intervir, mas como uma garantidora de que os reflexos sociais do contrato celebrado pelas partes sejam os melhores possíveis. O contrato passa a servir à própria sociedade, de modo a auxiliá-la a proteger seus próprios interesses, e não mais os interesses do Estado.

³⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 10.

³⁰¹ *Idem*, *ibidem*.

³⁰² Antonio Junqueira de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., pp. 59-61.

Nesse sentido, são merecedoras de aplauso as palavras da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, em didático julgado no qual ela expõe o conceito de função social do contrato:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas³⁰³.

Temos, então, que a operacionalização do conceito de função social do contrato passa pelo preenchimento de seu conteúdo com o objetivo de lhe dar concretude. Para tanto, a doutrina³⁰⁴ fala em eficácia interna e externa do princípio.

No que diz respeito à eficácia interna, há a prevalência da tutela do direito à dignidade da pessoa humana, que é tratado sob uma dupla vertente. A primeira, de índole negativa, está no dever genérico de respeito ao valor que lhe dá conteúdo: a pessoa humana. A segunda, de caráter positivo, está em proporcionar meios e modos para que o ser humano possa expandir as globalidades de sua personalidade para desenvolvê-la na totalidade de seus elementos³⁰⁵.

A eficácia interna do princípio da função social do contrato tem que ver, portanto, com a possibilidade de as partes alegarem entre si, dentro da relação contratual, o desvio do contrato de sua função social, com consequente ofensa à dignidade humana dos contratantes. Essa situação fica muito clara nos contratos que chamamos de “expressão do ser”, para os quais estabelecemos que sua função individual é justamente essa busca pela

³⁰³STJ, REsp. 803.481-GO, Rel.Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgamento em 28.06.2007, DJ 01.08.2007, in <<www.stj.gov.br>>, acesso em 11.06.2008.

³⁰⁴Flávio Tartuce, *Função Social dos Contratos: Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, 2ª edição, São Paulo, Método, 2007; Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *Função Social do Contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004; Rafael Chagas Mancebo, *ob. cit.*; Teresa Negreiros, *ob. cit.*

³⁰⁵Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *ob. cit.*, p. 123.

dignidade graças à possibilidade de acúmulo de um mínimo de conforto material possibilitado pelo acesso a bens e serviços essenciais³⁰⁶.

De fato, essa garantia de mínimo de dignidade aos contratantes tem reflexos sociais relevantes. Contudo, não está ela centrada nesses reflexos sociais. O contrato é feito no interesse do contratante para que ele tenha acesso ao mínimo de conforto patrimonial, essa é a função individual primeira do contrato. A sociedade ganha com isso por via reflexa, pois quanto maior o nível de conforto de cada um, maior será o nível geral de conforto, o que possibilitará um maior desenvolvimento da coletividade como um todo.

Diferente, contudo, é o caso contrário. Em situações nas quais o contratante, por conta de ter de cumprir certo contrato ou por deixar de cumpri-lo, é colocado em posição que lhe privará de sua dignidade humana. Tais são os famosos casos de superendividamento decididos na Alemanha³⁰⁷ e os tão corriqueiros casos de corte de fornecimento de energia elétrica, água e coleta de esgoto presentes aos milhares nos Tribunais brasileiros.

Aqui, há inadimplemento por parte do contratante, levando a outra parte a exigir o cumprimento forçado da obrigação (normalmente pagamento em dinheiro) e a interromper a prestação do serviço dito de primeira necessidade.

Nesses casos, com fundamento na função social do contrato, o Poder Judiciário tem impedido o corte no fornecimento por falta de pagamento³⁰⁸, por entender que se a pessoa for privada desse serviço, terá sua dignidade humana diretamente desrespeitada.

³⁰⁶Conforme já referido por nós anteriormente, Teresa Negreiros sugere a criação de um paradigma da essencialidade, baseado no bem objeto da prestação contratual principal. Ela sugere que “O paradigma da essencialidade, de acordo com o qual a medida da utilidade existencial do objeto do contrato deve ser um fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre os princípios contratuais, é, nesse contexto, capaz de dar à prática judiciária um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes. Porém, diversamente do que ocorre, por exemplo, com a pobreza do contratante, que não constitui um critério positivado, a medida da utilidade existencial, que conecta as pessoas ao bem contratado, se afigura como um parâmetro já reconhecido pelo ordenamento jurídico, embora não tenha sido devidamente enfatizado” (*ob. cit.*, pp. 342-345).

³⁰⁷Decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH), órgão equivalente ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil, que reformando decisão de instância inferior, decretou a nulidade de um contrato por vício de vontade e com base na função social do contrato, uma vez que a contratante, mãe de família com pouca experiência nos negócios, deu seu imóvel em garantia para um empréstimo de alto valor feito pelo seu marido, grande empresário, de quem posteriormente veio a se separar, ficando sujeita a perder o bem e ainda continuar devendo, tendo em vista o alto valor da dívida e o inadimplemento por parte do devedor principal, *Apud* Rafael Chagas Mancebo, *ob. cit.*, pp. 167-168.

³⁰⁸Vide, por todos, STJ, REsp nº 201.122 – SC, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgamento em 20.04.99, DJ em 10.05.99, p. 124, in<<www.stj.gov.br>>, acesso em 19.11.2010.

Outros casos são aqueles afetos a ofensas à dignidade humana pela própria execução do contrato. O célebre caso do lançamento de anão na França, e os mais recentes casos como o do hábito de dar tapas na nuca de anões fantasiados de jogadores de futebol (“pedala Robinho!”) em programas humorísticos brasileiros, ou o caso do bar chinês em que é permitido dar socos, pontapés e cadeiradas nos garçons como forma de combater o *stress* do dia-a-dia dos frequentadores da casa³⁰⁹, são dados como exemplos de eficácia interna da função social do contrato, uma vez que seu impedimento atende à garantia geral de que esses contratos serão sempre proibidos, impedindo que as pessoas se humilhem, abram mão de sua honra, para realizar a prestação contratual.

Mais uma vez cumpre contestar se se trata de eficácia interna da função social do contrato ou da aplicação de normas sobre teoria da imprevisão subjetiva, vícios de vontade (lesão, erro, coação) ou sobre direitos da personalidade, tais como direito à honra, à incolumidade física etc. Aqui também a atuação do contrato em relação à sociedade como grupo indeterminado de indivíduos se dá por via reflexa da defesa da função individual do contrato, que é a verdadeira garantidora da tutela da dignidade da pessoa humana dos contratantes em suas relações negociais.

Ainda sobre eficácia interna da função social, Antonio Junqueira de Azevedo traz a questão relativa a cláusulas abusivas em contratos não regidos pelo Código de Defesa do Consumidor³¹⁰. Uma vez que o atual Código Civil não tem um rol de cláusulas abusivas, seria possível, por meio do apelo à função social do contrato aplicável *inter partes*, buscar a correção ou a invalidação de determinada cláusula contratual. É importante dizer que essa cláusula teria de ofender a dignidade humana, ou afetar sobremaneira o equilíbrio contratual.

Mais uma vez, entendemos desnecessário apelar para a função social do contrato nesse caso. Questões relativas à dignidade humana podem ser resolvidas pela aplicação dos direitos da personalidade, dos direitos constitucionais fundamentais, de vícios da vontade e da atribuição da função individual do contrato como própria para

³⁰⁹ BBC Brasil, *Em bar chinês, clientes pagam para bater nos garçons*, extraído de <<http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/08/060807_bar_chinadg.shtml>>, acesso em 06.11.2010.

³¹⁰ Aula proferida no curso de pós-graduação *stricto sensu* Faculdade de Direito da USP, no primeiro semestre letivo de 2006, em disciplina chamada “Nova Dogmática Contratual”.

garantir a felicidade³¹¹ dos contratantes. Além disso, há as regras protetivas do Código, como os artigos 114, 423 e 424, que também servem para tutelar abusividades. Por último, o emprego das regras de correção de desequilíbrio contratual (artigos 317 e 478) serviria para combater cláusulas sinalagmáticamente abusivas.

O emprego da função social do contrato para retirar a eficácia de cláusulas abusivas em contratos não regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, portanto, fica restrito àqueles que disponham contra interesses institucionais, o que está afeto à chamada eficácia externa do princípio da função social do contrato, como se verá a seguir.

A ideia de eficácia externa do princípio da função social do contrato é a que, em nossa opinião, mais corretamente se coloca na persecução dos objetivos sociais por meio do contrato.

A primeira decorrência dessa eficácia externa seria a oponibilidade geral do contrato. “Aceita a ideia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são *partes* no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que *os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*”³¹².

Dessa forma, as pessoas em geral não podem se comportar com intuito de prejudicar a relação contratual alheia, seja incentivando as partes a descumprirem o contratado (doutrina do terceiro cúmplice), seja passando por cima de contratos celebrados. Os contratantes, por conta da importância social das avenças, por conta da necessidade de previsibilidade e segurança que se impõe nas relações de mercado, por conta de ser o contrato o fulcro do desenvolvimento humano e do desenvolvimento social, podem impedir, por meio de tutelas judiciais inibitórias ou reparatórias, que terceiros venham a “atravessar” suas relações contratuais para prejudicá-las.

Ainda sobre a eficácia externa do princípio da função social, há que se falar na proibição de contratos que ofendam interesses institucionais. Interesses institucionais são todos aqueles interesses que se refiram a cada indivíduo e a sua coletividade. Contudo, o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente porque os instrumentos de defesa dos interesses institucionais são diferentes dos meios de tutela dos interesses privados. Economicamente porque a proteção da referida

³¹¹Felicidade entendida como direito fundamental máximo, conforme leciona Fábio Konder Comparato, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 12.

³¹²Antonio Junqueira de Azevedo, *(parecer) Os princípios do atual direito contratual...*, cit., p. 142.

garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual ou com a utilidade pública³¹³.

Os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico (bastando que estejam previstos na Constituição Federal) e social (não se referindo a interesses de grupos específicos, mas à incorporação de normas metaindividuais que não sejam mera extensão de interesses individuais). É possível tratá-los como uma evolução do pensamento que divide os direitos coletivos em difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos (artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor).

Sempre que um contrato ofender a um interesse institucional (de consumidores, idosos, crianças e adolescentes, meio ambiente, concorrência etc.), terá sua eficácia contida. Isto é, seus efeitos serão impedidos de serem produzidos, seja em relação a terceiros, seja em relação às próprias partes, justamente porque são os efeitos deste contrato que lesam a coletividade. Trata-se do que Antonio Junqueira de Azevedo chama de contratos antissociais³¹⁴.

A razão que torna o princípio da função social do contrato como o bastião da proteção a interesses institucionais nas relações privadas é justamente o destaque que o interesse institucional necessariamente terá do interesse individual, destaque que não é meramente quantitativo. Não é a composição mais ou menos numerosa de um grupo afetado pelo contrato que fará, por si só, que o contrato possa ser relativizado. A função social, dada sua origem de caráter publicista, transformada para se adaptar aos tempos e necessidades atuais, faz com que sua aplicação transcenda ao individual.

A chamada eficácia externa do princípio da função social do contrato, destarte, reflete tanto na oponibilidade geral dos contratos, quanto na proteção de interesses institucionais, combatendo-se assim condutas antissociais de terceiros e dos próprios contratantes.

É justamente na eficácia externa que vemos com maior clareza a função social do contrato como a entendemos (no sentido de os contratantes usarem o contrato para atingir os fins queridos pela sociedade; relação entre objeto serviente, objeto servido e sujeito).

³¹³ Calixto Salomão Filho, *Função Social do Contrato: primeiras anotações*, cit., p. 17.

³¹⁴ Antonio Junqueira de Azevedo, *(parecer) Os princípios do atual direito contratual...*, cit., p. 144.

Quanto à chamada eficácia interna, marcada pela tutela da dignidade da pessoa humana dos contratantes, o que vemos, tecnicamente, são reflexos pontuais dos efeitos contratuais à sociedade.

Uma questão que se coloca é sobre os contratos a que chamamos “expressão do *produzir*”. Em sua grande parte, esses contratos são celebrados entre pessoas jurídicas. As pessoas jurídicas têm direitos de personalidade por força legal (artigo 52 do Código Civil), mas pode-se dizer que a elas se aplica o princípio da dignidade da pessoa humana? Não nos parece poder, simplesmente pela razão de que não se tratam de pessoas humanas, mesmo que alarguemos o conceito de pessoa jurídica para defini-lo como conglomerado organizado de pessoas naturais ou físicas.

A função social do contrato é, para nós, o emprego deste artefato em prol da sociedade, não em prol do indivíduo contratante. Para isso há a função individual do contrato. E para a defesa do contratante em relação a abusos de sua contraparte, há a boa-fé (artigo 422 do Código Civil), o princípio do equilíbrio econômico-financeiro (artigos 156, 157, 317, 478, 479 do Código Civil), as regras de interpretação favorável (artigos 114 e 423 do Código Civil), as regras sobre nulidade (artigos 167 e ss.), entre outros expedientes.

4.1.4 A tripla função do contrato e seu reflexo no tempo contratual

A conclusão acerca do que foi proposto, como soi acontecer a esta altura, já se mostra clara. Procuramos demonstrar, por meio da breve análise que fizemos, que o contrato, assim como a propriedade, a empresa e diversos outros institutos jurídicos, tem diversas funções e não uma apenas.

Fixamos, primeiramente, o conceito de função. O decomposemos em três elementos: objeto serviente, objeto servido e sujeito. Dissemos que uma coisa (objeto serviente) age em função de outra (objeto servido), se assim empregada por alguém (sujeito) para atender aos propósitos desta última (finalidades).

A partir da dissecação do conceito de função, tentamos demonstrar sua operacionalidade, sugerindo, primeiramente, a substituição do objeto serviente (propriedade, empresa e contrato). Afirmamos, assim, que mesmo que esses três institutos sirvam aos propósitos de um mesmo objeto (no caso, a sociedade), eles atuarão de modo diferente e atenderão a propósitos diversos.

Depois disso, mantivemos fixo o objeto serviente e alteramos o objeto servido. Aplicamos nosso modelo teórico para que o contrato se prestasse a atender aos propósitos dos próprios contratantes (criando a coincidência entre objeto servido e sujeito), aos objetivos econômicos e aos fins sociais.

Analisamos, então, as três funções do contrato: individual, econômica e social. Contudo, não justificamos a razão pela qual optamos em dar ao contrato essas três funções, em vez de outras.

Essa opção foi feita com base na visão de que o contrato, quer como categoria jurídica, quer como produto volitivo socialmente reconhecido como apto a gerar efeitos juridicamente vinculantes, agrega três valores: valor individual, valor econômico e valor social³¹⁵.

O conceito de valor é algo de difícil definição e demanda investigação filosófica profunda, que vai além do espaço e do objetivo do presente trabalho. Contudo, conseguimos separar com certa facilidade dois conceitos diferentes de valor: o conceito econômico de valor (valor econômico) e o conceito axiológico de valor (valor ético-filosófico).

Embora ambos se refiram a ramos diferentes da Ciência, sendo o primeiro atinente à economia e o segundo ligado à filosofia e à axiologia, pode-se dizer que há uma relação intrincada entre eles.

Se pensarmos no conceito de valor econômico de um bem, podemos defini-lo como a correspondente sensação de perda provocada por sua eventual destruição ou desaparecimento, pois como o bem é escasso e útil, sua perda implicará em um número maior de necessidades humanas desatendidas. Este conceito de valor nos permite um âmbito de valoração subjetivo (valor de uso) e um âmbito objetivo (valor de troca)³¹⁶.

É possível conceber o contrato como um bem. Dessa forma, ele terá um valor para aquele que contrata (valor de uso), pois lhe permitirá alcançar em maior ou menor grau certo nível de conforto material. Da mesma forma, o contrato tem importância econômica e social que transcendem à pessoa dos contratantes, conforme já se demonstrou,

³¹⁵A visão do contrato como fusão de valores foi proposta por Kleber Luiz Zanchim, *O contrato e seus valores*, in Antonio Jorge Pereira Júnior e Gilberto Haddad Jabur [org.], *Contratos II*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 251-272.

³¹⁶Fábio Nusdeo, *ob. cit.*, p. 44.

de modo que se pode dizer que adquire, nessa perspectiva, um valor de troca, entendido como correspondente à dimensão econômico-social de sua utilidade.

Independentemente do que possa representar de útil para qualquer indivíduo, este valor que adquire o contrato tem uma projeção objetiva e impessoal, sendo socialmente avaliado, sem qualquer referência a pessoas, famílias, grupos, despido, em resumo, de qualquer subjetivismo.

Nesse primeiro sentido, portanto, tomando-se o valor econômico do contrato, é inegável que ele representa utilidade para os indivíduos, para a economia e para a sociedade. E essa utilidade só existe porque o contrato tem três funcionalidades: individual, econômica e social.

Há que se considerar, contudo, existir o conceito axiológico de valor. Nas palavras de Fábio Nusdeo:

é preciso lembrar que a fixação do valor econômico – valor de troca – pela reiteração do intercâmbio, ensejando a formação de um consenso quanto à utilidade e à escassez, somente é possível dentro de um mínimo de pressupostos institucionais. Ou seja, eles pressupõem a opção por um dado sistema econômico, o que significa exatamente a escolha de algumas instituições. No caso, tais instituições seriam, basicamente, o direito de propriedade e a liberdade de contratar. (...)

Aí está o ponto de encontro entre o valor econômico e o de caráter ético. Supõe-se que este último por alguma maneira informe as linhas básicas da estrutura institucional de cada sociedade e, assim o fazendo, acabe por determinar as formas ou o processo pelo qual o valor econômico de um bem se manifeste ou se materialize. (...)

... em última análise, o valor econômico de um bem, condiciona-se ao tratamento a ele dado pelas instituições vigentes em cada país em cada época, vale dizer, pelo Direito a ele aplicável, e pois, pelos valores éticos que o informaram, pois não há norma jurídica que não decorra da incidência de um feixe valorativo sobre a realidade³¹⁷.

O contrato reflete exatamente as instituições que dão valor econômico aos bens, que são, em última análise, seus objetos. Ele carrega consigo todos os valores ético-filosóficos que sustentam as instituições e dão forma à sociedade em que nos inserimos.

³¹⁷ *Idem*, pp. 53-54.

Assim, de seu valor individual retiram-se o valor da livre iniciativa e do trabalho (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal), como também o valor da pessoa humana e de sua dignidade (artigo 1º, III, da Carta Maior), todas elas máximas que orientam o Ordenamento Jurídico pátrio.

A partir do valor individual, chega-se ao valor econômico do contrato, que além de se definir como o valor de uso desse contrato (a capacidade de proporcionar riqueza para os contratantes e para a coletividade por meio do atendimento de suas necessidades), também atua no plano de ser o contrato a força motriz da atividade econômica, ao lado da moeda.

Por último, há o valor social do contrato, previsto no texto constitucional como fundamento da República (artigo 1º, inciso IV). A concretização do valor social vem discriminada nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal, que justamente definem os interesses institucionais que a ordem jurídica vigente visa a garantir e a proteger: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente; (vii) redução de desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; e (xix) tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte brasileiras.

Além desses interesses que o arranjo institucional visa a proteger, podem-se elencar outros como a proteção das crianças e adolescentes (artigo 227 da Constituição Federal) e do idoso (artigo 230 da Carta Constitucional). O valor social do contrato o leva a proteger e a respeitar cada um desses interesses.

A visão do contrato como fusão de três valores, portanto, faz com que ele resuma o arranjo institucional querido pela ordem vigente. O contrato revela o ser (valor individual), gera a produção (valor econômico) e atende aos interesses institucionais (valor social).

O contrato concentra os três valores e os atende mediante a manifestação de suas funcionalidades. Isto é, ele contém os traços eleitos pelo Ordenamento como a orientação institucional, ética e ideológica a ser perseguida pela nação brasileira e os expressa mediante a utilidade que agrega para cada um dos seus polos de ação (individual, econômico e social).

Em suma, as funções do contrato descritas no presente trabalho, embora não se confundam com os valores por ele carregados, servem a estes valores, no sentido de

agregar utilidade e de dar funcionalidade aos objetos valorados (pessoa, economia e sociedade). Esta é a função do contrato.

Ela é uma função tripla. Não se resume à função social, nem à econômica, nem à individual. O contrato tem de ser visto sempre como a conjugação dos três valores já mencionados e deve ser empregado, usado com o objetivo de atendimento pleno desses três valores.

Mas os valores não se manifestam de maneira equânime em todos os tipos e categorias de contratos. Haverá situações em que prevalecerá o valor individual, como no caso dos contratos chamados por nós de “expressão do *ser*” (os contratos voltados ao atendimento da dignidade da pessoa humana). Já no caso dos contratos por nós apelidados de “expressão do *produzir*”, prevalece o valor econômico. O valor social se apresenta em todos, pois o contrato é produto do meio social³¹⁸.

Teremos assim que nos primeiros contratos a interpretação há de levar em conta os problemas relativos aos direitos de personalidade, ao reequilíbrio contratual com base, até mesmo, em parâmetros subjetivos (embora isso valha apenas para casos extremos), à proteção da parte mais fraca etc. Encaixa-se aqui, com perfeição, a teoria por nós já suficientemente delineada, acerca dos contratos cativos de longa duração (ver *supra*, item 3.4). A duração desses contratos tende a se prolongar por toda a vida dos contratantes. Isso compõe sua finalidade concreta. Estes contratos só servem ao indivíduo e à sociedade se durarem longuíssimo tempo, é essa a sua própria causa e decorrência direta da função contratual específica.

³¹⁸Antonio Junqueira de Azevedo propõe a criação de uma dicotomia contratual em todo semelhante a que apresentamos nesse trabalho alterando apenas a nomenclatura, dicotomia esta na qual assumidamente nos inspiramos. Ele assim a descreve ao comentar sobre o princípio da boa-fé a ser aplicado aos contratos: “A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no artigo 422 do CC/2002, tem um primeiro nível, negativo e elementar, *comum a todo e qualquer contrato*, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, *varia conforme o tipo de contrato*. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de ‘contratos existenciais’ (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compras da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) de que entre os ‘contratos empresariais’. *Essa nova dicotomia, que defendemos, ‘contrato existencial/contrato empresarial’, é, ao nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI*. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de ‘contrato paritário/contrato de adesão’ esteve para o século XX” (*Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio: Classificação de Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos; os Contratos Relacionais; a Boa-fé nos Contratos Relacionais; Contratos de Duração; Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva; Sinalagma e Resolução Contratual; Resolução Parcial do Contrato; Função Social do Contrato (parecer)*, inRT, São Paulo, v.94, nº 832, pp.123-124).

Da mesma forma, nos contratos voltados à produção, há de prevalecer a lógica econômica, a distribuição e assunção de riscos estabelecidas pelas partes, as máximas de eficiência e diligência que imperam nos mercados, a tutela da segurança e da previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico, sem deixar de lado a tutela de eventuais desigualdades que se criam por conta de fortes relações de dependência inter-empresarial, como se verá no próximo item (*infra*, 4.3.). Além disso, a finalidade concreta do contrato “expressão do *produzir*” é muito relevante.

Quanto à função social, do modo como a concebemos, devidamente recortada de seu caráter de eficácia interna e afeta à proteção dos interesses institucionais, ela será presente em ambas as categorias contratuais, trabalhando para que o contrato agregue valor à sociedade, de modo a garantir o desenvolvimento e a proteção aos interesses eleitos pela própria sociedade como dignos de tutela especial.

Atender ao indivíduo, à economia e à sociedade é a função do contrato. E especificamente no que se refere ao tema de nosso trabalho, a função do contrato tem fortíssima influência sobre seu tempo de duração máximo e mínimo. Para servir aos indivíduos contratantes, à economia de forma eficiente e à sociedade, há contratos que devem durar um tempo mínimo e outros que não devem ultrapassar um tempo máximo.

Um ótimo exemplo é o contrato de arrendamento rural. Não faz sentido que um contrato desse tipo dure menos que o período de uma safra, se estiver atrelado à atividade agrícola, ou ao tempo médio de maturação e engorda de um rebanho, se estiver atrelado à atividade pecuária. A função do contrato de arrendamento rural é justamente permitir ao arrendatário fazer uso de determinada porção de terra para desenvolver ali a sua produção. Se o contrato terminar antes desse tempo mínimo, terá frustrada a sua função individual (o arrendatário não auferirá os lucros que legitimamente esperava), sua função econômica (ter-se-ão desperdiçados recursos econômicos escassos com a ocupação de uma porção de terra por certo tempo a troco de nada) e sua função social (a sociedade perderá pois o arrendatário não poderá vender seus bois no peso correto ao frigorífico, este não atenderá toda a demanda que poderia, refletindo, em última análise, em possibilidade de aumento do preço da carne ou em desabastecimento).

Daí porque Jaques Ghestin e Marc Billiau falam em duração justa e duração útil do contrato³¹⁹. A duração justa do contrato é aquela que, se não for respeitada, colocará uma das partes contratantes em estado de desvantagem ou dominação em relação à contraparte. A duração útil é aquela que, se não for respeitada, tira do contrato toda sua coerência, como no caso já referido acima do contrato de arrendamento rural que tenha prazo extintivo antes do tempo necessário para a colheita.

A duração justa do contrato relaciona-se com sua função individual, pois haverá frustração do valor individual do contrato se o tempo contratual promover desequilíbrio a ponto de gerar possibilidade de abuso de uma parte contratual por outra, não permitindo que o contrato atinja, ao menos para a parte prejudicada, seu objetivo. Relaciona-se mais ainda com a situação de dependência econômica que os próprios contratos de longa duração geram e que será melhor analisada adiante (*infra*, 4.3.).

A duração útil do contrato relaciona-se com sua função econômica e social. O encerramento do vínculo antes do tempo mínimo necessário para que o contrato gere às partes e à sociedade os benefícios mínimos programados faz o processo de contratação e execução da avença ser um peso morto, um desperdício injustificável de recursos econômicos e sociais escassos, o que não interessa à ninguém.

Em suma, a duração útil é objetiva; a duração justa, subjetiva.

Uma explicação de caráter econômico para a existência de duração justa e útil do contrato é dada por Ricardo Luis Lorenzetti:

Se há señalado con frecuencia que en los casos de contratos de duración hay una relación inversa entre la utilidad marginal de las partes. En la concesión advertimos que el concedente obtiene sus mejores utilidades al principio, y a medida que pasa el tiempo éstas decien, pudiendo llegarse incluso a asumir pérdidas, porque aumentan las demandas del concesionario y tiende a disminuir su productividad. En cambio el concesionario tiene gastos al principio y sus utilidades aumentan con el tiempo; inicialmente tiene muchos gastos y baja utilidad mientras que el mediano plazo ambas se equiparan y más adelante tiene más utilidad que gastos porque el capital ya fue amortizado.

³¹⁹ *Le Prix dans les Contrats de Longue Durée*, Paris, LGDJ, 1990, p. 08.

Hay un punto de intersección en las curvas de utilidad que presenta el vínculo de duración, en qual se produce el conflicto, porque se cruzan las expectativas de utlidad de modo inverso³²⁰.

O que se percebe é que a necessidade de duração contratual para cada uma das partes é diferente no caso dos contratos ditos de distribuição, pois o fabricante ganha mais no seu início e pode até sofrer perdas na medida em que a relação se prolonga, enquanto o distribuidor gasta muito no início do contrato e tende a obter ganhos no médio e longo prazo, a partir da amortização de seus pesados investimentos iniciais. Para o fabricante, é melhor que o contrato acabe antes; para o distribuidor, depois. Este exemplo de Lorenzetti, como ele mesmo escreve, pode ser aplicado a todos os contratos de longa duração.

A função individual do contrato para cada um dos contratantes percorre caminhos diversos, pois a curva marginal de um começa alta e tende a baixar ao passo que a do outro se inicia baixa e tende a aumentar. O estabelecimento do tempo de duração útil do contrato deverá levar em conta o ponto de interseção das curvas de utilidade marginal de cada um dos contratantes. O ponto ótimo de utilidade da duração contratual será este.

Por outro lado, no que se refere à duração justa do contrato, esta atua para impedir que o contrato se prolongue em demasia, prejudicando assim o fabricante. Ou impedindo que o contrato seja interrompido muito cedo, de modo a causar prejuízos ao distribuidor.

Não há dúvida que a alteração das circunstâncias contratuais ao longo da execução da avença (como a expectativa legítima de aumento da demanda do fornecedor, acompanhada de investimentos de sua parte para incremento da linha de produção) altera a curva de utilidade marginal original do contrato, deslocando para mais longe na linha do tempo o limite mínimo de duração útil para ele do contrato celebrado, causando reflexos na duração justa deste mesmo contrato e também em sua duração útil, pois o ponto de interseção das curvas de utilidade marginal será modificado. Ocorrendo fato novo capaz de alterar o ponto de interseção das curvas de utilidade marginal do contrato deve-se “jogar para frente” a data de término do vínculo, sob pena de frustrar a duração útil deste contrato e, por conseguinte, sua função.

³²⁰*Tratado de los contratos*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 564.

Percebe-se, assim, que os conceitos de duração útil e duração justa do contrato têm aplicações diversas. A duração útil relaciona-se de modo mais facilmente perceptível com a função social do contrato, pois estabelecerá o tempo ótimo de duração de determinada relação jurídico-contratual, de modo a se desperdiçar menos recursos possíveis e agregar o máximo a cada uma das partes. Já a duração justa relaciona-se com a função individual do contrato, na medida em que protege cada um dos contratantes para que o tempo da relação contratual não seja nem muito curto, nem demasiado longo, evitando a causação de prejuízos a cada uma das partes isoladamente consideradas.

O tempo de duração do contrato, portanto, tem relação muito forte com a função do contrato (nas três expressões: individual, econômica e social), assim como demonstraremos ter influência sobre a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos (*infra*, item 4.2.) e com o próprio equilíbrio de posições contratuais (*infra*, item 4.3.).

4.2 Alteração do enunciado contratual por comportamento das partes ao longo da execução do contrato

Em obra recente, Paula Andréa Forgioni escreve o seguinte:

Na dinâmica dos contratos mercantis, não é incomum que as partes, premidas por novos contextos e necessidades econômicas que surgem ao longo da vida contratual, encetem modificações que impactem na avença. Nessa fase do negócio, quando já assinaram os instrumentos contratuais e lançaram-se no empreendimento, as alterações germinam naturalmente, longe dos escritórios dos advogados. (...) Assim, as partes ‘escrevem uma coisa e fazem outra’ ou ainda ‘escrevem uma coisa e, após algum tempo, passam a fazer outra’³²¹.

A autora narra fato que preocupa boa parte dos profissionais do direito que lidam com contratos no dia-a-dia, mas que muitas vezes escapa às doutrinas dos manuais e tratados jurídicos. As partes em um contrato comportam-se em direções das mais diversas. Conforme o vínculo se prolonga no tempo, há tendência natural de distanciamento entre aquilo que se escreveu no instrumento contratual e aquilo que efetivamente se faz para cumprir, ou dar por cumprida, certa obrigação prevista.

A realidade do contrato de longa duração é basicamente essa: o texto não reflete a conduta das partes após certo tempo de execução contratual, pois ele nasce incompleto, como afirmou Macneil³²².

Já pudemos expor neste trabalho (*supra*, item 2.1.2) que a concepção cicloidal de tempo contratual, à qual nos filiamos, é reveladora da interação reiterada das partes ao longo da execução do contrato, capaz de permitir adaptações das declarações de vontade inicialmente emanadas para a realidade momentânea, marcando a influência do contrato-relação sobre o contrato-fato.

Tudo isso não revela grandes problemas e questões jurídicas quando as partes, conscientes da necessidade de adaptações, sentam-se novamente e escrevem aditivos contratuais, ou mesmo pactuam oralmente algumas alterações no conteúdo do contrato. Nesses casos não se poderá alegar que o contrato não mudou ou que as novas obrigações não surgiram. Houve nova pactuação expressa.

³²¹ *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, RT, 2009, pp. 202-203.

³²² Vide item 3.2., *supra*.

Também não há grande dúvida de que o comportamento das partes após a celebração do contrato é relevante para se conhecer o verdadeiro conteúdo do enunciado contratual. Isso estava, inclusive, expresso no velho Código Comercial de 1850, que no inciso III do artigo 131 assim previa: “o fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato”.

Antonio Junqueira de Azevedo, em parecer fundado exatamente nessa premissa, cita legislações e doutrinadores de Itália, Espanha, Chile e Argentina reconhecendo que o comportamento das partes ao longo da execução contratual é uma espécie de interpretação autêntica do contrato³²³. Assim também Menezes Cordeiro, ao comentar o artigo 1362 do Código Civil italiano³²⁴; Orlando Gomes, ao se referir à interpretação complementar de Larenz³²⁵ e nós mesmos, ao escrever sobre a interpretação dos contratos empresariais³²⁶.

Mas nosso objeto de investigação é diferente: pretendemos abordar a alteração do enunciado contratual pelo comportamento das partes. Queremos demonstrar que, independentemente do que tiver escrito no texto contratual, comportamentos concludentes das partes são capazes de alterar aquilo que fora previamente pactuado, como se fossem um aditamento escrito ou uma nova oferta emanada ao longo da execução da avença.

Duas abordagens são possíveis para tratar este ponto. Uma é a que encara o comportamento das partes como declarações negociais tácitas, isto é, como negócios jurídicos. Outra, encara tais comportamentos sob a égide do princípio da boa-fé objetiva, sem dar tanta atenção à natureza jurídica dessas condutas.

Olharemos, em breves linhas, para ambas as formas de abordagem do fenômeno, para depois apresentar nossa conclusão a respeito.

³²³ *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração...*, cit., pp. 163-166.

³²⁴ *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 549.

³²⁵ *Contratos*, cit., p. 241.

³²⁶ *Interpretação dos contratos: o problema e o processo*, cit., p. 335.

4.2.1 Alteração do enunciado contratual por meio de declarações negociais tácitas

Não há como falar em vinculação jurídica por meio de declaração da vontade sem fazer referência a Emilio Betti. Afirmar Betti³²⁷, e assim também faz Antonio Junqueira de Azevedo³²⁸, que para que uma declaração de vontade surja, para que ela seja efetivamente fonte de obrigação, precisa-se de certo conteúdo específico, sem o qual ela não passa de mera manifestação de vontade sem efeitos jurídicos.

Esse conteúdo específico tem dois elementos determinantes: a vontade do declarante e o que se chama de circunstâncias negociais. Como já tivemos oportunidade de escrever em outro trabalho, ao lado de Kleber Luiz Zanchim, as circunstâncias negociais são o aspecto contextual da declaração de vontade³²⁹.

Um clássico exemplo ajuda a esclarecer o que queremos dizer³³⁰. Pense-se em um leilão de antiguidades. Em uma sala repleta de cadeiras, há diversas pessoas sentadas e à frente de todas elas existe uma outra pessoa, o leiloeiro, que está ao lado do objeto a ser leiloado. O leiloeiro inicia os trabalhos dizendo o valor do lance mínimo, no nosso exemplo, R\$ 1.000,00. Após isso, ele fixa o primeiro patamar de lance, algo como R\$ 1.100,00. Diz ele então que o primeiro lance é R\$ 1.100,00 e que os lances subirão no patamar de R\$ 100,00 para cada oferta. Pergunta quem concorda em dar o primeiro lance. Alguém levanta a mão e o leiloeiro diz: cavalheiro ao fundo deu o lance, quem dá mais? Uma outra pessoa levanta a mão, e o leiloeiro diz: moça de branco à esquerda dá R\$ 1.200,00. Uma terceira pessoa levanta a mão e o leiloeiro afirma: senhor de chapéu à frente oferece R\$ 1.300,00. Essa sequência vai indo até que ninguém mais levante a mão, momento em que o leiloeiro declara o bem vendido para quem fez o último lance, levantando a mão.

³²⁷“Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida das relações: surgem como actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções económico sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica” (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, 1969, p. 89).

³²⁸*Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 21.

³²⁹*Interpretação dos Contratos: o problema e o processo*, cit., p. 336.

³³⁰ Este exemplo ficou conhecido como “leilão do vinho em Trier”, e foi inicialmente abordado, segundo Carlos Ferreira de Almeida, por Herman Isay, na obra *Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB* (tradução literal: A Teoria das Declarações Negociais no BGB), de 1902 (apud *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, v. I, Coimbra, Almedina, 1992, p. 113).

Ninguém tem dúvida que cada uma das pessoas que levantou a mão fez uma oferta (negócio jurídico unilateral receptício cujo objetivo é a formação de um contrato). Ninguém tem dúvidas de que aquele que der o maior lance celebrará um contrato de compra e venda com o proprietário do objeto leilado, obrigando-se a pagar o preço ofertado e adquirindo o direito de receber a coisa leilada.

Por outro lado, se ao invés de em um leilão, as pessoas estivessem em uma palestra sobre objetos antigos e levantassem a mão, ninguém diria que elas estariam a fazer ofertas, mas sim que elas queriam a palavra para fazer uma pergunta ou um contraponto ao palestrante.

Ambos os gestos são idênticos: o ato de levantar a mão em uma sala cheia de pessoas sentadas em cadeiras enfileiradas. O que faz um gesto ser negócio jurídico e outro não? O contexto.

Em um contexto socialmente compreendido como apto à criação de efeitos jurídicos, o gesto de uma pessoa gera um negócio jurídico, ou seja, faz surgir direitos e obrigações. Em um contexto inapto para tal fim, o mesmo gesto não tem nenhuma consequência jurídica, não interessando ao direito³³¹.

O que faz surgir o negócio jurídico, então, é a combinação de uma determinada conduta humana e um contexto, isto é, o conjunto resultante de uma declaração de vontade cercada de circunstâncias negociais capazes de lhe atribuir caráter jurídico, o que Antonio Junqueira de Azevedo chama de “declaração negocial”³³². Não é o Direito (entendido como Ordenamento Jurídico) que diz o que é e o que não é negócio jurídico, é o contexto, interpretado pelas pessoas em volta do emitente da declaração de vontade, que dirá se a conduta é ou não vinculante juridicamente.

Mas além dos terceiros, é preciso que o próprio declarante queira se vincular por aquela declaração ou, ao menos, saiba que aquela espécie de ato é apta a lhe trazer consequências jurídicas. A vontade e a consciência do declarante são também importantes.

³³¹ Não se negligencia aqui o fato de que essa diferenciação seja bastante difícil em certos casos, como no proposto por James Gordley[org.], *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., pp. 14 e ss. em que se discute a vinculação jurídica de um músico que é convidado por um conservatório musical para um jantar em sua homenagem e que, depois, recebendo um convite para uma apresentação remunerada em outra cidade, desmarca o compromisso anteriormente assumido com o conservatório. Fica aqui a pergunta: o convite para jantar aceito pelo convidado cria vínculo jurídico entre este e quem o convidou. A falta ao jantar enseja direito a perdas e danos? Na obra citada, as respostas dadas por vários juristas de diversos países europeus dá ideia da profundidade e dificuldade teóricas contidas em tão singela questão.

³³² *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 94.

Antonio Junqueira de Azevedo ensina que há duas vontades, normalmente, na declaração negocial: (i) a vontade negocial (que visa aos efeitos do negócio; quem compra, quer adquirir um bem) e (ii) a vontade de manifestação (que visa a declarar a vontade; quem compra, quer declarar que compra)³³³.

A falta da vontade de declarar ou a falta de manifestação acarreta a ausência da vontade negocial ou de conteúdo, pois quem não queria nem mesmo parecer estar comprando, certamente não queria adquirir o bem à venda. Mas a falta de vontade de conteúdo pode ocorrer sem que haja falta de vontade de declarar: assino voluntariamente contrato sem ter a menor intenção de cumpri-lo ou de me vincular a seus termos (reserva mental)³³⁴.

A vontade de declarar ou de manifestação se desdobra em vontade de agir (o intuito de pronunciar as palavras “negócio fechado”, por exemplo) e em consciência da juridicidade da declaração (saber que, ao dizer “negócio fechado”, o preço passará a ser exigível pelo vendedor). Faltando uma ou outra, fala-se em falta absoluta de vontade de declarar. Mas as soluções jurídicas são diversas para um caso e para outro.

Nos casos de falta de vontade de agir (alguém pega a mão de pessoa inconsciente e a faz assinar, pessoa hipnotizada que assina contrato, pessoa que sofra coação absoluta, pessoa que erra na expressão da vontade escrevendo e-mail de aceitação de contrato e não o envia e outra pessoa desavisada usa o computador e envia o e-mail), as soluções são de inexistência (coação absoluta), nulidade da declaração por incapacidade do declarante (inconsciência ou hipnose) ou anulabilidade por erro (erro na expressão da vontade).

Nos casos de falta de consciência da juridicidade do ato, afirma Antonio Junqueira de Azevedo, a solução é também a da anulabilidade, por falta de previsão legal específica³³⁵.

O fato de o declarante saber ou não da juridicidade de sua declaração não afeta a existência da declaração negocial³³⁶, mas pode, eventualmente, comprometer-lhe a

³³³ *Idem*, p. 160.

³³⁴ *Idem*, p. 161.

³³⁵ Há no Código Civil atual apenas uma hipótese de erro quanto à expressão da vontade, que é o que fala da transmissão errônea da vontade por meios indiretos, no artigo 141 (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 164).

³³⁶ Isso segundo a maioria da doutrina alemã (Larenz, Bydlinski, Gudian, Kellman, Soergel/Hefermehl, Erman/Brox, Medicus, Friedmann, Kramer, Emmerich), a despeito de haver fortes posições dizendo ser caso

validade. O fato de o declarante não querer os efeitos da declaração que faz, em nada afeta a declaração, pois se equipara à reserva mental.

Em resumo, portanto, para haver vinculação jurídica é preciso (i) que o declarante queira declarar e (ii) que terceiros vejam essa declaração como cercada de circunstâncias tais que a tornem uma declaração negocial.

Voltando-se ao exemplo do leilão.

Se uma das pessoas do leilão espreguiça levantando a mão, estaria fazendo uma oferta, mesmo que inconsciente, pelo objeto leilado? Se ninguém cobrisse sua oferta, formar-se-ia um contrato de compra e venda e o desatento se obrigaria a pagar preço por algo que ele nunca quis?

Aqui se pode falar em falta de vontade de declarar. A pessoa tinha plena consciência de que, se levantasse a mão, vincular-se-ia. Mas agiu inconscientemente, em ato involuntário de levantar os braços para espreguiçar-se. Há ausência absoluta de vontade de sua parte.

Pense-se em outra situação. Um desavisado entra na sala, sem reparar que na porta está escrito “leilão de antiguidades”. Levanta a mão para pedir a palavra, pois quer avisar as pessoas acerca de outro evento que ocorre na sala ao lado. Está ele a fazer uma oferta vinculante? Se ninguém lhe cobrir a oferta, fica ele obrigado a pagar pelo bem leilado?

Aqui houve a intenção de levantar a mão, mas não havia a consciência da juridicidade dessa conduta.

No primeiro caso a maioria da doutrina dirá que não existe contrato, pois há ausência absoluta de vontade. Já no segundo, é impossível dizer que não houve contrato, mas é possível afirmar que houve erro por parte do desavisado.

Haverá dúvida, contudo, sobre se esse erro não decorre da falta de cuidado do próprio desavisado que entrou em sala onde se realizava leilão sem atentar para a placa onde estava escrito: “leilão”. Perguntar-se-á: o desavisado não assumiu o risco de ser mal interpretado e se vincular juridicamente, apesar de não ter a menor consciência sobre as consequências de seu ato?

de inexistência de declaração negocial (Ennerccerus/Nipperdey, G. Haupt, Fabricius, Canaris, Götz, Eisenhardt, Staudinger/Dilcher). Todos referidos por Carlos Ferrerira de Almeida, *Texto e Enunciado...*, cit., p. 112, nota 406.

Sob a égide do Código Civil de 1916, a discussão aqui seria deslocada para o conceito de escusabilidade ou inescusabilidade do erro. Todavia, no Código Civil de 2002, parte da doutrina sustenta³³⁷ que o texto legal não mais fala em erro escusável ou inescusável, uma vez que o artigo 138 tem a seguinte redação: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

De acordo com essa vertente doutrinária, o erro leva à anulabilidade do negócio jurídico se o destinatário da declaração, ao empregar diligência normal, pudesse perceber que ela emanava de erro substancial. Por exemplo, uma pessoa que entra em uma loja transparecendo buscar objeto de ouro, pega um candelabro dourado (que não é de ouro) e afirma querer comprá-lo. Tal negócio poderá ser anulado por erro, uma vez que era possível ao vendedor perceber que a pessoa comprava objeto dourado pensando ser de ouro e ele nada disse. A redação do artigo 138 do Código Civil brasileiro seria uma versão piorada do artigo 247 do Código Civil português³³⁸.

Valeria, então, a lição de Menezes Cordeiro ao afirmar ser necessário que o destinatário da declaração negocial saiba que aquele elemento, sobre o qual houve o erro, era essencial para o declarante³³⁹.

Voltando-se ao caso do leilão, portanto, somente poderia ser anulado o negócio de oferta se o leiloeiro pudesse perceber, pelas circunstâncias do caso, que aquela pessoa entrara desavisadamente na sala e que ela queria, na verdade, fazer uma pergunta ao invés de fazer uma oferta. Tal percepção é bastante difícil, pois a diligência normal a ser empregada pelo leiloeiro o leva a pressupor que todas as pessoas que estejam na sala querem participar do leilão e, se levantam as mãos, é porque querem dar um lance.

A anulação do negócio seria bastante difícil *in casu*, porque tende a prevalecer a declaração sobre a vontade interna do declarante. É o próprio artigo 112 do Código Civil que prescreve: deve-se dar mais importância ao consubstanciado na declaração do que ao sentido literal da linguagem. Ao intérprete do negócio jurídico

³³⁷ V. por todos Flávio Tartuce, *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*, v. I, São Paulo, Método, 2010, p. 256.

³³⁸ “Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”.

³³⁹ *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 607.

interessa menos o que a parte internamente queria, basta para ele aquilo que a parte efetivamente declarou querer, fosse essa sua vontade interna ou não.

Aplica-se a mesma lógica quando se fala da modificação do conteúdo do contrato pela conduta das partes durante a execução do contrato, nos termos do movimento cicloidal de passagem do tempo contratual já explicitado aqui (*supra*, item 2.1.2).

Um simples gesto ou atitude de uma parte no contrato pode ser vista como uma declaração negocial apta a modificar seu enunciado?

Para caracterizarmos esses comportamentos das partes como declarações negociais dependeremos de três pressupostos: (i) vontade de manifestação, (ii) contexto circunstancial e (iii) aceitação pela outra parte.

Inclui-se, aqui, esse terceiro elemento porque se está diante de alteração de contrato, que é um negócio jurídico bilateral. Dessa forma, se o contrato se forma inicialmente mediante a fusão de duas declarações de vontade emanadas em sentidos opostos (oferta e aceitação), também sua alteração dependerá de condutas de ambas as partes, dada a bilateralidade necessária dessa espécie de negócio jurídico.

Paulo Mota Pinto afirma que, a despeito de ter havido, antes do BGB, alguma discussão na Alemanha acerca da possibilidade de declarações tácitas serem receptícias, atualmente essa questão está superada e não pairam dúvidas sobre o tema³⁴⁰. Para que a declaração tácita ou o comportamento concludente produzam os efeitos de vincular a parte declarante basta que cheguem à contraparte as notícias acerca dos fatos que materializam esse comportamento. Uma vez que o interessado fique sabendo da conduta concludente da outra parte, fica essa última vinculada, nos termos da declaração tacitamente emanada.

Para que haja a alteração do contrato-fato, portanto, é preciso que uma das partes se comporte de modo a demonstrar sua intenção de alterar o pactuado. É preciso ainda que a outra parte tenha notícias desse comportamento e a ele não se oponha expressa ou tacitamente, valendo aqui o disposto no artigo 432 do Código Civil.

Há também a questão da forma. A alteração do contrato por meio de comportamentos concludentes de parte a parte se dá sem qualquer solenidade, mediante

³⁴⁰ *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 738-741.

declarações de vontade, muitas vezes, tácitas. É possível que mediante tais comportamentos seja possível alterar contratos solenes, que se devam fazer por escrito ou mesmo por instrumento público?

Começando a responder pelo mais fácil, há os casos em que a solenidade é convencional, como o da tradicional cláusula contratual a prever a impossibilidade de alteração do contrato que não se der por escrito, com assinatura de ambas as partes.

Claramente, nesses casos, o comportamento concludente das partes estará recriando determinada cláusula contratual, como a cláusula de prazo, por exemplo, e também alterará o próprio dispositivo do contrato que proibia alterações contratuais que não se dessem por escrito. Foram as partes que pactuaram essa proibição, podem elas, a qualquer momento, modificá-la, inclusive mediante comportamento concludente, pois não há exigência legal de solenidade contratual.

Mas a resposta fica mais difícil ao se pensar em contratos legalmente solenes. Pense-se em um contrato de compra e venda imobiliária com execução diferida, em que o pagamento do preço é parcelado em cento e vinte meses³⁴¹. Podem as partes, mediante comportamento concludente, alterar, por exemplo, a data de vencimento das parcelas?

Nesse caso, a exigência de escritura pública decorre do artigo 108 do Código Civil, que a exige para “constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

É preciso trazer ao caso, ainda, o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

O cotejo dos dois textos legais revela, de início, uma constatação. A regra geral é de liberdade de formas, exceto nos casos de exigência expressa da lei. A exigência expressa que se aplica ao caso concreto sob análise é a do artigo 108, ao falar de negócios jurídicos celebrados para tratar de direitos reais.

³⁴¹ Cujo imóvel objeto do contrato tenha por preço valor superior a trinta salários mínimos, nos termos do artigo 108 do Código Civil.

Dessa constatação chega-se à primeira conclusão. Mesmo no caso dos negócios solenes, o comportamento concludente é capaz de alterar cláusulas, disposições ou obrigações que não se refiram diretamente ao conteúdo protegido pela solenidade.

A compra e venda diz respeito à transferência de direitos reais sobre bens imóveis. Esse é seu núcleo intocável, protegido pela solenidade da escritura pública. O resto, incluindo-se aí a cláusula que fixa a data de pagamento das parcelas, não está protegido por essa solenidade, podendo, sim, ser modificado por comportamentos concludentes das partes. Até porque o preço é bem móvel. Logo, a alteração do conteúdo do negócio em relação a ele não é abrangida pela exigência de solenidade.

Mas e se as partes, mediante comportamento, revelassem a intenção de alterar o direito real a ser transferido: ao invés de ser a propriedade do imóvel número 02 da Rua A, conforme escrito no instrumento público, fossem de comum acordo ao Registro de Imóveis para fazer a transferência do imóvel vizinho, de número 04, da mesma rua.

É certo que o Oficial de Registro Imobiliário rejeitaria o título, sob alegação de violação ao princípio da especialidade objetiva³⁴², pois ele se refere à transferência de direito real sobre outro bem que não aquele que as partes pretendem transferir.

Nessa hipótese, se considerarmos o comportamento das partes um negócio jurídico, a ele se aplica o artigo 166, IV, do Código Civil e, de fato, não haverá como superar a nulidade por vício de forma. Contudo, é preciso que fique claro: apenas no que se refere ao núcleo da proteção pela solenidade é que a solução será pela impossibilidade de alteração do pacto mediante comportamento concludente³⁴³, no restante das cláusulas e condições do mesmo contrato, isso não deve ocorrer.

³⁴² Previsto no artigo 196 da Lei nº 6.015/1973.

³⁴³ É esse, inclusive, o entendimento jurisprudencial dominante, acerca da impossibilidade de renúncia tácita da hipoteca mediante comportamento concludente. A esse respeito já se manifestou o STJ: “A mera habilitação do crédito garantido com ônus real na concordata preventiva não importa em renúncia à sua condição privilegiada, que há de ser sempre expressa e não tácita, de modo que é possível ao credor hipotecário prosseguir na execução” (STJ, REsp 117.110/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/05/2002, DJ 19/08/2002, p. 166). E também o TJ-SP: “Execução - Cédulas de crédito bancário - Garantia de cessão fiduciária - Inviabilidade de se admitir que houve renúncia, por parte do banco agravado, às garantias especificadas na CCB nº 078/06 - Renúncia do credor às garantias que deve ser insofismável - Postulado pelo credor, tão-somente, que, na hipótese de não-pagamento da dívida no prazo de três dias, fosse constrito dinheiro depositado nas contas correntes e aplicações financeiras de titularidade das agravantes - Esclarecidos pelo banco agravado, ademais, os motivos pelos quais não deveria a penhora recair, naquele momento, sobre as garantias apontadas na cédula de crédito bancário” (TJ-SP, AI 990100652419, Rel. Des. José Marcos Marrone, 23ª Câmara de Direito Privado, j. em 15.09.2010).

A última dificuldade a tratar no que se refere à alteração do contrato mediante comportamento concludente sob a ótica negocial é a consciência da juridicidade do comportamento concludente. A parte poderá adotar determinada conduta contratual sem a consciência de que tal agir é capaz de alterar o enunciado contratual³⁴⁴. Isso poderia implicar em eventual anulação desse comportamento por erro?

Valemo-nos novamente de Paulo Mota Pinto, ao afirmar que a jurisprudência alemã se perfilhou no sentido de considerar irrelevante para a caracterização negocial de determinado comportamento a falta de consciência de juridicidade³⁴⁵, não havendo que se alegar erro nesses casos. Mas o próprio autor discorda disso e conclui dizendo não haver razões técnicas ou jurídicas para se tratar diferenciadamente declarações expressas de comportamentos concludentes, de modo que a falta de consciência de juridicidade deve levar às mesmas consequências jurídicas em um e em outro tipo de declaração³⁴⁶.

Todavia, faz uma ressalva: “Apenas poderá haver ensejo para, quanto ao ‘erro sobre a concludência’, aplicar o limite geral da *boa fê* nos casos em que o agente grosseiramente ‘fechou os olhos’ ao significado concludente, vedando-lhe a possibilidade de impugnação nos (raros) casos em que, apesar de tudo, tenha conseguido provar um tal erro”³⁴⁷.

Como se vê, ao se emprestar a natureza de negócio jurídico aos comportamentos das partes ao longo da execução contratual, trazem-se para a discussão todas as dúvidas, restrições e polêmicas seculares acerca da atuação da vontade na formação da declaração negocial. A questão da consciência de juridicidade torna-se relevante e mostra-se como uma interessante válvula de escape à parte mal intencionada, que pode alegar a falta da consciência para se furtar de cumprir o contrato alterado mediante conduta concludente. A questão da forma dos negócios jurídicos solenes também é problemática, sem falar no necessário caráter receptício que esse comportamento tem.

³⁴⁴ Falta “a consciência de se mover em terreno jurídico” (Antonio Ferrer Correia, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, p. 164).

³⁴⁵ *Declaração tácita...*, cit., p. 64.

³⁴⁶ Mesmo os autores que negam a influência da vontade na formação do negócio jurídico por meio da declaração negocial, como é o caso de Carlos Ferreira de Almeida, reconhecem na falta de consciência de juridicidade do ato um problema a comprometer sua validade (*Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, v. I, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 112-113).

³⁴⁷ *Declaração tácita...*, cit., p. 893.

Tudo isso torna difícil, embora não impossível, a caracterização e o tratamento da alteração contratual mediante comportamento das partes como negócio jurídico novo que promove alteração do contrato. O império da vontade no negócio jurídico é um grande entrave ao desenvolvimento de uma teoria capaz de abarcar suficientemente as hipóteses e resolver de maneira satisfatória os problemas de alteração contratual por conduta concludente das partes.

É preciso, então, objetivar a análise, saindo do campo exclusivamente volitivo e passando a considerar padrões gerais de conduta dentro do espectro de tutela da confiança negocial. Precisaremos, para tanto, nos valer do princípio da boa-fé objetiva.

4.2.2 Atuação do princípio da boa-fé objetiva na alteração do enunciado contratual por comportamento das partes

Reza o artigo 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”.

A despeito das conhecidas críticas acerca da insuficiência e da deficiência deste artigo de lei³⁴⁸, para nossa análise ele é bastante, pois impõe que as partes contratantes obedeçam aos ditames da boa-fé ao longo da execução contratual.

Não é nosso objetivo aqui, e nem poderia ser, fazer um estudo profundo e analítico acerca dos desdobramentos e implicações deste princípio³⁴⁹. O que queremos analisar é como o princípio da boa-fé ajuda a objetivar a verificação das condutas das partes capazes de alterar o enunciado contratual, em outras palavras, como a boa-fé permite superar as dificuldades relativas à vontade negocial para que possamos afirmar, sem problemas, que o comportamento das partes é capaz de extinguir e criar direitos e obrigações ao longo da vida do contrato.

Essa nossa intenção nos leva a investigar a fonte criadora dos deveres impostos pela boa-fé aos contratantes. Não é nova a polêmica e a dificuldade da ciência jurídica para caracterizar a fonte dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. O campo mais

³⁴⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Deficiências e Insuficiências...*, cit.

³⁴⁹ Já fizemos isso em outra oportunidade: *Tratamento Contemporâneo...*, cit.

fértil em que se aprofundou essa análise foi, sem dúvida, o da responsabilidade pré-contratual³⁵⁰.

Conforme bem demonstrou Menezes Cordeiro³⁵¹, o debate na doutrina alemã se deu em torno da figura da *culpa in contrahendo*, iniciado em 1861 em obra de Rudolf Von Jhering intitulada “*Culpa in contrahendo* ou Indenização por contratos não aperfeiçoados”³⁵². A partir dessa obra inflamou-se a controvérsia acerca de se a obrigação de indenizar o prejudicado pela ruptura abusiva das negociações pré-contratuais tinha origem na própria vontade das partes ou na lei.

Duas correntes se firmaram, como era de se esperar. A primeira, calcada na premissa novecentista liberal da primazia da vontade, atribuiu à vontade humana a fonte dessa obrigação, sugerindo existir aí um negócio jurídico prévio responsável por fazer surgir a responsabilidade pré-negocial. A crítica de Menezes Cordeiro é contundente:

Confrontada com a necessidade teórica de explicar uma responsabilidade no período pré-contratual, a doutrina volta-se para a vontade das partes quando, dominada por um jussubjetivismo autonomista ingénuo, não concebe adstrições ou meras cominações que, carentes de expressa aprovação parlamentar, não encontram, no sujeito atingido, um assentimento prévio. A saída malogra-se: as tarefas de auto-regulação deixadas aos particulares e, deste modo, cerne material da autonomia privada, só em termos limitados curam dos preliminares; muito pelo contrário, elas pressupõem uma liberdade ilimitada aquando das negociações, como forma ideal de proporcionar, na feitura do contrato, um equilíbrio exacto entre as forças encabeçadas por cada um dos contraentes, excluindo-se, no máximo, o infligir de danos alheios à actividade em curso. Posto o que, é vã a busca, na vontade das partes, de critérios substantivos que possam dar um conteúdo satisfatório a uma responsabilidade pré-negocial³⁵³.

Já a segunda inverte a lógica, e funda na própria lei o fundamento da responsabilidade pré-contratual. Não houve sucesso, tampouco. Valhamo-nos, mais uma vez, das palavras de Menezes Cordeiro a resumir os problemas decorrentes da solução legal:

³⁵⁰ Para uma análise completa, vide Cristiano de Souza Zanetti, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.

³⁵¹ *Da boa-fé no Direito Civil*, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p. 528.

³⁵² No alemão: “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nich zur Perfection gelangten Verträgen*”.

³⁵³ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 544.

A improdutividade das saídas negociais concita uma inversão: estando adstritas, as partes sujeitam-se não à própria vontade, mas à da lei. O plano de raciocínio é rigorosamente idêntico: tudo decorre num universo bidimensional onde vontade das partes e lei ordenam as situações jurídico privadas. Mantém-se o mesmo jussubjetivismo autonomista ingênuo que, desejoso de salvar o máximo da autonomia privada, se apressa a afiançá-la através da aposição de limites, de natureza legal sublinhada. E como não se dispensa, para tanto, a aprovação parlamentar, o todo é complementado mediante adequada teia de derivações axiomáticas que, para cada problema, descobrem sempre uma conexão com parágrafos da lei. Contraposta, apenas, à autonomia privada, a ideia corporizada como ‘lei’ nada mais adianta do que lugares comuns limitativos: na falta de outros vetores materiais – e estes não surgem da clivagem lei-negócio, por muito que se insista – a remissão para a lei é tão parca em saída efectivas como o foi a referência contratual³⁵⁴.

Mas se o fundamento não é nem a lei e nem a vontade negocial das partes, qual é ele afinal?

Em obra considerada pioneira no Direito brasileiro sobre a boa-fé objetiva, Clóvis do Couto e Silva escreve sobre a busca do fundamento para os deveres decorrentes da boa-fé³⁵⁵. O autor faz referência à tentativa doutrinária, atribuída a Günter Haupt, de enquadrar os comportamentos das partes capazes de criar deveres como relações contratuais de fato ou contratos sociais³⁵⁶. Acaba por criticá-la ao afirmar que tais atos teriam a natureza jurídica de atos-fatos, o que impediria restringir sua incidência somente ao campo da responsabilidade pré-contratual. Com isso, a solução ganharia ares gerais, fugindo à lógica da concretude dos deveres decorrentes da boa-fé, no desenvolvimento da relação obrigacional.

Prefere afirmar que tais deveres derivam diretamente da boa-fé associada a um fato jurídico que com ela se relacione. O fato serviria de gatilho para a concreção da boa-fé, que, ao assimilá-lo em seu conteúdo, ofereceria a tal fato efeitos jurídicos típicos

³⁵⁴ *Idem*, p. 545.

³⁵⁵ *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, p. 75.

³⁵⁶ É importante distinguir aqui dois conceitos. A expressão “contrato social” aqui referida quer significar relações jurídicas que se assemelham a contratos apesar de formalmente não o serem, justamente por falta do elemento subjetivo do suporte fático material da norma criadora da declaração negocial. De outro lado, a expressão “contrato social” a que fizemos referência um pouco antes (*supra*, item 3.2.), de Ian Macneil, refere-se a uma nova visão dos próprios contratos, não se confundindo, portanto, com a primeira, embora ambas as acepções tenham confessadas origens sociológicas na teoria da associação.

(criação de direitos subjetivos e obrigações), independentemente da autonomia da vontade ou de suporte fático legalmente previsto³⁵⁷. O suporte fático não seria nem legal, nem negocial, mas oferecido pela própria boa-fé, que oferece esse suporte fático porque ela própria tem como núcleo significativo a confiança entre os homens³⁵⁸.

Judith Martins-Costa afirma que o sentido da boa-fé na relação obrigacional é de “marcar o giro epistemológico que vai da oitocentista consideração da relação obrigacional pela causa (*o que a gera*, daí surgindo as Teorias da Vontade) à consideração da relação preferencialmente pelos seus efeitos (*o que gera*, daí surgindo a valorização exponencial hoje conferida à legítima confiança que despertamos nos outros, pelos nossos atos, pelas nossas palavras, enfim, pela nossa conduta)”³⁵⁹.

As palavras de Anderson Shreiber a esse respeito são bastante esclarecedoras:

Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da

³⁵⁷ “(...) A principal transformação ocorrente na teoria das fontes é a existência de deveres resultantes da concreção do princípio da boa-fé”.

“Da concreção deste princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal. (...)”

“O princípio da boa-fé exige maior consideração aos participantes do vínculo, às suas necessidades e interesses, o que permite definir-se o fato jurídico *lato sensu* como o fez o prof. Ruy Cirne Lima: ‘Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que eles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjugação, virá a surgir e perdurar’” (*A obrigação como processo*, cit., p. 169).

³⁵⁸ A origem do sintagma boa-fé está no culto à deusa romana *Fides*, que era a protetora da palavra dada e da confiança entre os homens. O culto à deusa deu origem a diversos institutos e figuras jurídicos como a fidúcia, a *fide promissio*, a *fideicomitio* etc. A deusa tinha três atribuições principais: (i) representava a fé jurada e protegia os segredos; (ii) governava a confiança entre os homens; e (iii) protegia os poderosos de suas fraquezas. Seu culto tornou-se muito popular em Roma graças à ideia de que a adoração à deusa trazia prosperidade e riqueza a seus fiéis. Dessa forma, *Fides* passou a penetrar em praticamente todos os meios importantes para os romanos, deixando de ser apenas uma expressão religiosa e passando a representar significado no âmbito social (dignidade e glória), moral (pudor e continência), institucional (*Imperium*) e jurídico (*justitia* e *aequitas*). Esse desenvolvimento passou a exigir a conduta conforme a *Fides* de todos. Assim, o juiz deveria proteger o acusado e ter lealdade ao exercer sua função; a testemunha devia ser leal e digna de confiança etc. E justamente todo esse desenvolvimento acabou por fazer surgir a expressão *bona fides*, que embora tenha inegáveis origens religiosas, ao entrar para o mundo jurídico, perdeu essa carga e passou a ser considerada apenas a *fides* do *bonus vir romano*, ou em outras palavras, *bonus vir quid prodest quibus potest et nocet nemini*. A boa-fé, portanto, adquiriu o conteúdo de fidelidade à palavra dada e passou a ser a regra de conduta do homem honesto, ou seja, ela nasce junto da ideia de confiança entre as pessoas (a esse respeito, leia-se Béatrice Jaluzot, *La Bonne Foi dans les Contrats: Étude Comparative des Droits Français, Allemand et Japonais*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 15-22).

³⁵⁹ *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. I, in Sálvio de Figueiredo Teixeira [coord.], *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 27.

obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou³⁶⁰.

Por isso escreve Menezes Cordeiro que “A aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da ciência jurídica que não pode mais se perder”³⁶¹. Afirmção que se complementa com as palavras de Antonio Junqueira de Azevedo ao ensinar que “o princípio da boa-fé, sem desprezar a vontade contratual, procura ir além dela e tomar em consideração sua exteriorização e as repercussões dessa exteriorização – perante a outra parte contratante e até mesmo perante terceiros e o meio social”³⁶². Para Junqueira, o princípio da boa-fé “veio corrigir eventuais excessos do subjetivismo individualista”³⁶³.

A função da boa-fé objetiva, portanto, é de servir de anteparo aos comportamentos concludentes geradores de expectativas, de modo a emprestar a tais fatos o adjetivo “jurídico”, mesmo que as partes não tenham expressamente essa vontade ou a consciência de sua juridicidade e mesmo que a lei não tenha previsto suporte fático específico para aquela conduta determinada.

A tutela jurídica das condutas contratuais contraditórias é a maior revelação dessa realidade. O adágio romano de que *nemo potest venire contra factum proprium* não tem por finalidade obrigar as partes a serem coerentes. A incoerência é parte importante da natureza humana. Seu objetivo é impedir a quebra de justas expectativas da contraparte ou de terceiros, impondo-lhes prejuízos³⁶⁴.

Nesse particular, os institutos da *suppressio* e da *surrectio* são de primordial importância. Conforme já escrevemos em outra oportunidade, fazendo sempre referência a Menezes Cordeiro:

(...) a *suppressio* é definida pelo mesmo autor como ‘a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de

³⁶⁰ A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 94.

³⁶¹ Da boa-fé no Direito Civil, cit., p. 1241.

³⁶² Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual..., cit., p. 167.

³⁶³ Idem, p. 168.

³⁶⁴ “Mais que a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado” (Anderson Shriber, ob. cit., p. 96).

tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé'. Ou seja, trata-se do caso em que o contratante deixa de exercer, por um certo tempo, determinada posição jurídica a ele garantida pelo contrato, de modo a fazer crer a outra parte que não mais se valerá daquela prerrogativa, de modo que, se posteriormente vier a exigir aquele direito, estará agindo em contrariedade à boa-fé.

Trata-se, pois, da perda de posição jurídico-contratual pelo seu não uso reiterado e prolongado no tempo, como no caso do credor que, mesmo sabendo que o devedor sempre atrasa sua prestação em cerca de quinze dias, nunca lhe cobra os encargos da mora. Tal conduta lhe impede de, de uma hora para outra, começar a cobrar tais encargos, pois se criou para o devedor uma justa expectativa de que aqueles encargos jamais seriam cobrados.

Já a *surrectio*, pode-se assim dizer, equivale a outra face da moeda em relação à *suppressio*. Ela nada mais é do que esta última olhada da óptica do beneficiário, ou seja, vista do ponto daquele que não perde determinada posição jurídico-contratual, mas ao contrário, ganha uma.

Segundo A. M. da R.eMenezes Cordeiro, 'perante um fenômeno de *supressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma vantagem específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo'.

Basta olhar para o caso do credor que sempre deixava o devedor cumprir a prestação com atraso, sob a óptica deste último, no sentido de que ele ganhou permissão para pagar seu débito sempre com quinze dias além do pactuado em contrato. Se o credor vier a cobrar-lhe antes disso, ele poderá se opor alegando ter adquirido posição jurídica (isto é, direito de não pagar até a data referida), em decorrência da conduta reiterada de sua contra-parte, por imperativo da boa-fé³⁶⁵.

Os institutos da *supressio* e da *surrectio* são reiteradamente aplicados pelos Tribunais brasileiros³⁶⁶ e seu efeito é justamente suprimir e criar posições jurídico-

³⁶⁵ Paulo Dóron Rehder de Araujo, *Tratamento contemporâneo do princípio da boa-fé objetiva nos contratos*, cit., pp. 320-321.

³⁶⁶Recentemente, em acórdão didático sobre o tema, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, escreveu: "O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'suppressio')".

"O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa

contratuais subjetivas por meio do comportamento das partes, independentemente de isso contrariar texto expresso do contrato. *Asurrectio*, conforme escreve a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, “reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado”³⁶⁷.

Nos casos de perda de direito contratual por *supressio* ou de criação de posição jurídica mediante *surrectio* não cabe a investigação acerca da forma como se deu o ato deflagrador da *supressio*. Tais figuras jurídicas atuam alterando o enunciado contratual, isto é, criando e extinguindo direitos e obrigações das partes contratantes, independentemente de ser o contrato solene ou não, independentemente de haver cláusula afirmando expressamente que atos de tolerância praticados pelas partes não podem ser interpretados como renúncia a direitos contratuais. A *supressio* e a *surrectio* operam *ipso facto*, não levando em conta a exigência de forma para validade daquela enunciação contratual específica.

O mesmo se diga para a difícil questão da consciência de juridicidade necessária aos negócios jurídicos. Para atuação da boa-fé objetiva nas modalidades já referidas não é preciso investigar se a parte, ao adotar determinada conduta, tinha ou não consciência de que seu comportamento estava a alterar o pactuado quando da formação do contrato. Isso é irrelevante. O que se deve investigar é se a conduta adotada foi capaz de gerar, na contraparte, legítima expectativa quanto ao não exercício de determinada posição jurídico-contratual para o futuro ou quanto à alteração do programa contratual num determinado sentido, sem possibilidade de retorno ao programa inicial. A investigação da consciência subjetiva do autor da conduta dá lugar à análise da expectativa objetivada seu destinatário, alterando-se, dessa forma, o foco, tanto no que se refere ao sujeito (passa-se do autor para a vítima), quanto ao objeto (passa-se da consciência do autor para a expectativa da vítima).

Diante disso, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva, delimitação material do princípio da confiança, prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, é o elemento legitimador da alteração do enunciado contratual mediante comportamento concludente das partes, pois extrai da análise da conduta os aspectos subjetivos da

de que esse não-exercício se prorrogará no tempo” (STJ, REsp 953.389/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.02.2010, DJe 15/03/2010).

³⁶⁷ STJ, REsp 1096639/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 12/02/2009.

declaração negocial, tais como a imposição de forma determinada e a consciência de juridicidade, substituindo-os pela análise dos aspectos objetivos relativos à legitimidade das expectativas criadas nas contrapartes e terceiros.

4.2.3 Formação constante dos contratos de longa duração

A conclusão a que se chega, portanto, a respeito da possibilidade de alteração do enunciado contratual mediante comportamento das partes durante a execução do contrato de longa duração, é de que o contrato de longa duração está em formação constante.

As palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, apoiado em Emilio Betti, são bastante esclarecedoras a esse respeito:

Como observa Betti, um determinado comportamento, conquanto não deliberadamente destinado a dar notícia de seu conteúdo, pode adquirir no ambiente social ‘significado e valor de declaração, na medida em que torna reconhecível, de acordo com a experiência comum, uma determinada tomada de posição a respeito de interesses que afetam a esfera jurídica alheia na interferência com a esfera própria’. O comportamento que permite a dedução lógica acima referida é o que se diz comportamento concludente. Dele, deduz-se declaração que, em contraposição à direta ou explícita, qualifica-se como indireta. ‘O comportamento qualifica-se como concludente enquanto impõe uma conclusão, uma ilação lógica, fundada não na consciência do interessado (que pode até mesmo não se dar conta da concludência do próprio comportamento), mas no espírito de coerência que, de acordo com o ponto de vista comum, deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade (...)’. A conduta é assim, imputada conforme seu significado social, em virtude da expectativa gerada nos interessados, de acordo com uma exigência normativa e não com um fato psicológico³⁶⁸.

Como visto até agora, neste item 3.2. do trabalho, enxergar o comportamento concludente como declaração negocial tácita pura, na esteira do que faz Paulo Mota Pinto³⁶⁹, traz três importantes dificuldades para o tratamento da questão da

³⁶⁸ *Contrato atípico, complexo, com elementos de contrato de know-how, de gestão e de mandato com administração. Indenunciabilidade de contrato com duração determinada. Apuração das perdas e danos a partir da efetiva resilição, e não da anterior denúncia revogada por comportamento concludente do denunciante*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 160.

³⁶⁹ *Declaração Tácita...*, cit., pp. 869-894.

alteração dos contratos mediante comportamento: (i) o caráter receptício da declaração, (ii) a solenidade de certos contratos e (iii) a necessidade de consciência de juridicidade do agente.

A superação dessas dificuldades se faz com a aplicação do princípio da confiança, por meio da boa-fé objetiva, às condutas contratuais. A atuação da boa-fé na tutela da confiança em relação à conduta dos contratantes desloca o foco de análise da vontade do agente para a expectativa gerada no interessado. Há objetivação da análise³⁷⁰, desconsiderando-se os elementos volitivos importantes nas declarações expressas e substituindo-os pelos elementos caracterizadores da legítima expectativa criada no interessado³⁷¹.

Não nos parece de todo errada, como afirmam Clóvis do Couto e Silva³⁷² e também Menezes Cordeiro³⁷³, a qualificação do comportamento concludente como ato-fato jurídico. Como a boa-fé objetiva extirpa do suporte fático os elementos volitivos, não há como dizer ser esse ato uma declaração negocial ordinária (isto é, um negócio jurídico unilateral receptício). As semelhanças entre a prescrição e a *supressio* são muito fortes para ser ignoradas. A prescrição é qualificada como ato-fato jurídico³⁷⁴. Daí porque entendemos que os *facta concludencia* são também atos-fatos jurídicos capazes de alterar o conteúdo do contrato.

Esses atos-fatos, que não têm suporte fático legal específico, mas se enquadram topicamente previstos pela boa-fé objetiva, são a revelação no mundo fenomênico das alterações contratuais produzidas pelas partes ao longo do curso contratual.

Afirmamos assim que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos de longa duração tem uma peculiaridade: a formação constante do contrato. O passar do tempo, a necessidade de adaptações, a leniência ou a tolerância das partes, o

³⁷⁰ Curioso notar que esse movimento é muito semelhante àquele experimentado pela teoria da responsabilidade extracontratual nos últimos cento e vinte anos, em que se evoluiu da culpa para o risco, isto é, da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva (v. Alvin Lima, *Culpa e Risco*, São Paulo, Ed. RT, 1960, pp. 44 e ss.).

³⁷¹ Mais adiante (*infra*, item 8.), abordaremos em detalhe os pressupostos necessários à configuração da legítima expectativa do interessado.

³⁷² *Ob. cit.*, p. 75.

³⁷³ *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., pp. 555 e ss.

³⁷⁴ Nesse sentido, por todos, vide Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. VI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, pp. 147-148; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 436.

estreitamento ou alargamento do relacionamento entre elas, as informações trocadas, tudo isso serve para corrigir o enunciado do contrato até sua extinção. Em suma, o contrato de longa duração é passível de sofrer mutações ao longo do iter temporal de execução e essas mutações são provocadas por condutas das partes capazes de gerar legítimas expectativas nas contrapartes.

No que tange especificamente ao tema de nosso trabalho, essa conclusão tem um impacto muito importante, como é dedutível. Se as partes podem alterar as cláusulas contratuais por comportamento concludente, obviamente podem transformar um contrato por tempo determinado em um contrato por tempo indeterminado ou vice-versa, sem escrever uma palavra sequer no instrumento contratual, regulando-se apenas por comportamentos concludentes capazes de gerar legítimas expectativas sobre seus contratantes.

Demonstramos assim, do ponto de vista da técnica jurídica aplicada ao Direito brasileiro, o que foi afirmado por Ian Macneil ao se referir à dinâmica de formação dos contratos relacionais. Sua formação incompleta pelo consentimento necessariamente limitado chama a aplicação do princípio da boa-fé objetiva para permitir o preenchimento dessas incompletudes por meio de comportamentos concludentes capazes de gerar legítimas expectativas na contraparte. Isso vale inclusive para as cláusulas de prazo.

4.3 Abuso de posição contratual vantajosa e duração do contrato

O contrato de longa duração acaba, em muitos casos, criando uma relação de dependência econômica exagerada de uma parte em relação à outra e isso leva a oportunismo da parte mais forte em relação à parte mais fraca no que diz respeito ao momento de extinção do vínculo, o que desequilibra a relação jurídica causando perdas indevidas à parte mais fraca e enriquecimento sem causa à parte mais forte. Isso se dá tanto em contratos consumeristas, quanto em empresariais. É, portanto, característica marcante do contrato de longa duração o desenvolvimento de relações jurídico-contratuais ditas de dependência³⁷⁵.

Todavia, nem sempre que uma parte contratual esteja em posição jurídica de vantagem em relação à outra será possível dizer que a primeira, ao exercer sua prerrogativa garantida juridicamente, está a cometer ato abusivo, sob pena de se frustrar o próprio instituto do direito subjetivo, que nada mais é que uma posição jurídica de vantagem³⁷⁶.

O contrato serve justamente para criar direitos para as partes, isto é, para colocar as partes em posições jurídicas de vantagem umas em relação às outras. A posição jurídica vantajosa, portanto, é inerente à criação do contrato e o exercício dos poderes decorrentes dessa posição é o que chamamos de execução contratual.

Todavia, o exercício dessas posições vantajosas pode dar margem a abusos de parte a parte. Isso está expresso no artigo 187 do Código Civil, ao prescrever que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³⁷⁵ No âmbito do Direito do Consumidor isso fica claro com a categoria dos contratos cativos de longa duração (v. item 3.4., *supra*). O mesmo se dá nas relações de trabalho, em que o legislador expressamente reconhece essa dependência por meio do tratamento privilegiado do empregado em relação ao empregador na CLT. Vê-se, ainda, essa mesma característica em determinados contratos empresariais como o contrato de representação comercial, o contrato de concessão comercial para o comércio de veículos e o próprio contrato de locação empresarial; em todos eles o legislador se preocupou em coibir determinadas condutas da parte em posição contratualmente mais vantajosa (representado, concedente, locador) para evitar excessivo desequilíbrio na distribuição dos custos contratuais. A esse respeito, escreve Georges J. Virassamy que “*Les contrats de dépendence sont fréquemment utilisés dans la vie contractuelle, dans la vie économique. Ils se sont pas cependant limités à un secteur ou à un domaine de celle-ci, leur donnant une vocation particulière pour tel ou tel type d’activité. Ils sont, au contraire largement employés, sans limitation aucune*” (*Les contrats de dependence*, Paris, LGDJ, 1986, p. 15).

³⁷⁶ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 232.

Para o Código Civil, portanto, os critérios de aferição da abusividade do exercício de posição jurídica de vantagem são abertos, já vistos aqui, tais como a boa-fé, a finalidade ou função econômico-social daquela prerrogativa ou os bons costumes. Mas ao se investigarem direitos subjetivos que tenham por fonte normas contratuais, é preciso ir um pouco mais longe no preenchimento dos conceitos abertos previstos pelo artigo 187 do Código Civil.

É isso o que se pretende investigar aqui: qual é o critério para aferir se o exercício de determinada posição jurídica de vantagem, como a de dar fim unilateralmente a um contrato ou de não prolongar seu vínculo para além do pactuado, há de ser considerada abusiva e, portanto, ilícita.

4.3.1 Equilíbrio e desequilíbrio contratual

As relações contratuais são naturalmente desequilibradas³⁷⁷. Não existe regra ou princípio contratual que obrigue que contratos ofereçam vantagens idênticas ou absolutamente equivalentes para ambas as partes. Todavia, certas circunstâncias objetivas e subjetivas acabam por exacerbar o desequilíbrio natural das relações contratuais, colocando uma das partes em posição que lhe permite simplesmente submeter a contraparte a seu arbítrio exclusivo, seja na formação do contrato, seja na sua extinção.

A medida do equilíbrio contratual é o sinalagma. Conforme pontua Antonio Junqueira de Azevedo,

‘Sinalagma’, em grego, tem o significado de ‘contrato’ e visa especialmente o que se poderia chamar de contrato de troca, mas com **equivalência ou proporcionalidade** entre as prestações (v. Aristoteles, *Ética e Nicômaco*, L. V, n. 5). Já no direito romano, bastava a reciprocidade, **ainda que sem equivalência**; são sinalagmáticos os contratos **do ut des, do ut facias, facio ut des efacio ut facias**³⁷⁸.

³⁷⁷ Se assim não fosse, não haveria contratos. Em um ambiente de mercado, pautado pela concorrência, as partes somente se sentem incentivadas a contratar quando vislumbram alguma vantagem mediata ou imediata. Nas palavras de Lord Ackner, da Câmara dos Lordes inglesa, durante o célebre julgamento do caso *Walford vs Miles*, em 1992, assim como cricket não existe sem uma bola dura, contratos não existem sem uma prévia negociação egoística e dura (v. o nosso *Tratamento contemporâneo...*, cit., p. 333).

³⁷⁸ (Parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 363 (destaques no original).

Além da diferença entre o sinalagma à grega e o sinalagma à romana (muito semelhante ao conceito de *consideration*³⁷⁹ do Direito inglês), em que no primeiro há a necessidade de equivalência de prestações e no segundo basta haver prestações correlatas, mesmo que não equivalentes, há também a distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional.

A dependência ou correlação entre as prestações, explica Orlando Gomes, “pode ser *genética* ou *funcional*. *Genética*, se existe desde a formação do contrato. *Funcional*, se surge em sua execução, o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra”³⁸⁰.

O tratamento do legislador brasileiro para patologias contratuais que comprometam o sinalagma genético ou o sinalagma funcional é diverso. Problemas de desequilíbrio genético são tratados no plano da validade (como é o caso da lesão – artigo 157 do Código Civil –, do estado de perigo – artigo 156 do Código Civil – e das cláusulas abusivas previstas pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor). A consequência do desequilíbrio na formação do contrato, portanto, é a invalidade, absoluta ou relativa, total ou parcial da avença.

E os problemas advindos de desequilíbrio funcional são tratados no plano da eficácia (resolução por onerosidade excessiva prevista pelos artigos 317 e 478 do Código Civil). A consequência legislativa para os casos em que há grave afetação do sinalagma funcional do contrato é a ineficácia da avença, mais propriamente a sua ineficacização a partir do seu desfazimento ou extinção por obra judicial. Em resumo, o Estado entra no contrato para lhe pôr fim.

O desequilíbrio genético é o nascimento de contrato em que não se vislumbra justiça³⁸¹ na programação contratual estabelecida entre as partes, de modo que

³⁷⁹ “Bound up in the concept of consideration were several elements. Most important, from the *quid pro quo* of debt came the idea that there must be an exchange arrived at by way of bargain. To the extent that debt inspired the concept of consideration, there was the notion that there must be a *benefit* to the promisor. To the extent that *assumpsit* inspired it, there was the notion that there must be a *detriment* to the promisee” (E. Allan Farnsworth, William F. Young e Carol Sanger, *ob. cit.*, p. 25, *itálicos no original*). A *consideration* do Direito inglês e norteamericano presume a troca entre os contratantes, é preciso que haja alguma espécie de permuta entre eles (*benefit vs detriment*) para que se forme o contrato, a ideia de troca é patente, assim como a ideia de causa recíproca das obrigações contratuais (a obrigação de um contratante tem por causa a obrigação do outro e vice-versa), tudo em muito semelhante ao conceito de sinalagma.

³⁸⁰ *Contratos*, 26ª ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 85.

³⁸¹ “Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de

uma delas passa a ter vantagens desproporcionais ou desvantagens em excesso. O desequilíbrio funcional, por sua vez, ocorre depois da entabulação do programa contratual original, no momento em que uma circunstância externa ao enunciado do negócio faz surgir para uma das partes posição jurídica desproporcionalmente vantajosa ou demasiadamente prejudicial.

Escreve Georges Ripert que

A obrigação creada pelo contrato não pode, com efeito, ser considerada como voluntariamente aceite senão quando a vontade de poder do devedor é rigorosamente igual à do credor. A diferença entre as necessidades é, então, a única causa da permuta. Cada um obtém o que deseja por um sacrifício de que conhece a importância e a justiça comutativa é, por essa razão, respeitada. Assim devia ser, mas, na realidade, o mecanismo do contrato é bem diferente. A igualdade que aparenta é puramente teórica. Trata-se duma igualdade civil, isto é, de condição jurídica, mas não duma igualdade de forças. O erro do liberalismo na sua própria doutrina é dizer que todo contrato se forma e se executa livremente. Se os dois contratantes não estão em igualdade de forças, o mais poderoso obtém com o contrato um fácil triunfo. Movido pelo interesse, que é o móvel mais frequente das ações humanas, sacrifica o bem de outro à sua própria satisfação³⁸².

Dois são os fatores de maior influência na causação do desequilíbrio contratual: informação e necessidade.

A informação influencia o desequilíbrio genético porque permite à parte melhor informada quanto às consequências da contratação e às características específicas do objeto contratual inserir no acordo de vontades condições que lhe favoreçam sem ter de barganhar ou oferecer contrapartida. Uma vez que a parte mal informada não sabe das consequências da contratação e/ou das características do objeto contratual como a outra, ela não oferecerá resistência e não pedirá compensações para a contraparte, mesmo que seja claramente prejudicada. A informação, portanto, dá poder a uma das partes contratuais

distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade. O princípio do equilíbrio econômico do contrato remete, portanto, a uma definição filosófica de justiça, sintetizada na ideia de ‘meio termo’” (Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato...*, cit., pp. 168-169).

³⁸² *O regimen democrático e o Direito Civil moderno*, trad. J. Cortezão, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 180.

para moldar o contrato da forma que melhor lhe convier, sem ter de oferecer nada em troca para a contraparte.

Isso é facilmente perceptível na tutela das cláusulas abusivas prevista pelo Código de Defesa do Consumidor. O diploma legal proíbe cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos, por exemplo (artigo 51, I). A inserção de tal cláusula em um contrato é o aproveitamento, pelo fornecedor, da falta de informação do consumidor quanto aos direitos que são inerentes ao contrato a celebrar ou quanto à qualidade mínima que pode ser esperada do produto ou serviço a ser consumido por ele.

Por ter mais informação, o fornecedor é alçado a uma posição de vantagem em relação ao consumidor; o que lhe permite, se quiser, estabelecer cláusulas que serão aceitas pelo consumidor sem exigência de contrapartida (ou seja, sem barganha).

A informação, ou melhor, a falta dela, também é fator de desequilíbrio funcional do contrato. Pense-se no caso de resolução do contrato por onerosidade excessiva provocada por fato externo, extraordinário e imprevisível como previsto pelo artigo 478 do Código Civil. Essa hipótese só é possível porque as partes não tinham a informação da possibilidade de ocorrência do tal fato externo, extraordinário e imprevisível. Se soubessem ou pudessem prever a ocorrência de tal fato, colocariam no enunciado contratual norma para lidar com as eventuais consequências que dele pudessem advir. A falta de informação de ambas as partes as levou a não disciplinar essa situação e a ocorrência do fato gerou alteração na condição de uma delas, alçando-a a posição de vantagem exagerada em relação à outra. A manutenção do vínculo, nos termos estabelecidos, a despeito do fato novo ocorrido, e o exercício, pela parte beneficiada, de suas prerrogativas contratuais originalmente pactuadas seria um abuso contra a parte prejudicada, muito embora a parte beneficiada possa não ter nenhuma relação com o fato novo que a colocou em posição excessivamente vantajosa.

Mas nem sempre a falta de informação quanto ao futuro contratual é de ambas as partes. Casos há em que uma das partes tem condições (por experiências prévias, poder econômico etc.) de saber da possibilidade de existência de fato futuro capaz de influenciar no equilíbrio contratual e acaba direcionando o enunciado contratual para lhe favorecer se ou quando da ocorrência de tal fato. Nesses casos, não há regra jurídica

específica para tutelar as consequências do desequilíbrio, de modo que a aferição acerca da abusividade ou não do exercício pela parte beneficiada de suas posições contratuais originalmente pactuadas é relegada a uma análise profunda do que pode ser definido como abuso de posição contratual vantajosa.

A necessidade é também fator de desequilíbrio contratual. No que diz respeito ao desequilíbrio genético, a necessidade do objeto contratual por uma das partes coloca a outra em posição de vantagem na negociação, podendo impor condições e cláusulas que não seriam aceitas pela parte necessitada se não estivesse nesse estado. É essa a lógica do vício de lesão previsto no artigo 157 do Código Civil e do vício de estado de perigo, do artigo 156 do mesmo Código. A imposição de cláusulas manifestamente desfavoráveis à parte necessitada é considerada abusiva e vedada pelo ordenamento.

Da mesma forma se dá no desequilíbrio funcional. A relação contratual que se prolonga no tempo pode acabar gerando acomodações de parte a parte capazes de criar, para uma delas, verdadeira necessidade da manutenção do vínculo contratual, sob pena de grave abalo da personalidade da parte, ou mesmo de sua morte ou extinção. O artigo 473 do Código Civil, em seu parágrafo único, disciplina essa matéria no que diz respeito a vínculos estabelecidos por tempo indeterminado.

A necessidade contratual, seja de constituição, seja de manutenção do vínculo, está muito ligada à ideia de escolha racional entre duas opções mais ou menos onerosas, do ponto de vista dos custos de transação a ser assumidos em uma ou em outra hipótese.

Tome-se o exemplo da não renovação de contrato de plano de saúde, por entender a fornecedora que o risco daquele consumidor determinado tornou-se muito alto com o passar dos anos, o que a leva a rejeitá-lo a partir de certo momento, ou a propor a ele contrato diferente, em condições manifestamente desfavoráveis se comparado com os anteriores.

Se se adotar uma solução pautada pela máxima de eficiência de Pareto³⁸³, o melhor é não haver intervenção estatal, seja via lei, seja via Poder Judiciário, uma vez que

³⁸³ “Ótimo de Pareto” é o critério de eficiência que preconiza a adoção da solução que busque gerar, sempre, o menor custo de transação em termos globais, considerando-se sempre a sociedade como um todo. Seu nome é homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto, que desenvolveu o conceito de eficiência nas economias de troca. Segundo esse critério, os recursos são escassos e, por isso, devem ser sempre administrados da maneira mais eficiente possível. Dessa forma, só é eficiente a norma jurídica que promova

o consumidor terá menos custos de transação ficando no contrato alterado do que saindo dele e tendo de procurar outro prestador de serviços que o atenda, correndo o risco de não encontrar.

Muitos discordarão veementemente dessa solução, dizendo que ela é injusta porque parte do pressuposto de que o consumidor tem de assumir pelo menos um dos custos de transação: (i) ou sai do contrato ou (ii) aceita a alteração proposta. Na verdade, diriam uns, o consumidor não deve assumir custo de transação nenhum, pois tais custos estão inseridos no próprio risco do negócio do fornecedor e não podem ser transferidos para o consumidor como se dele fossem³⁸⁴.

Ao que parece, ao menos no que se refere às relações de consumo, estão corretos os que bradam contra a solução mais eficiente do ponto de vista da Economia dos Custos de Transação. Existe o Código de Defesa do Consumidor e ele expressamente protege o consumidor de transferências inesperadas e não programadas de custos, frustrando as expectativas que foram conscientemente construídas ao longo dos anos.

E mais, o artigo 13 da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) determina a renovação automática dos contratos que versem sobre planos e seguros de saúde. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) é ainda mais enfático e simplesmente veda, em seu artigo 15, parágrafo terceiro, a “discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. É clara, portanto, a opção do legislador, neste caso, pela imputação do risco contratual ao fornecedor. Em outras palavras, isso quer dizer que o legislador entendeu que a assunção do custo de busca de novo contrato pelo consumidor é desvantagem desproporcional que não pode ser imposta a ele. A lei taxou de ilícita, ou abusiva *ex lege*, a conduta do fornecedor.

Quanto aos contratos empresariais, pode-se tomar o exemplo de contrato de fornecimento por tempo indeterminado em que o fornecedor tenha adquirido equipamento novo para dobrar sua capacidade de atender a determinado cliente e este, passados quinze dias do início da operação do novo equipamento, entra em contato com o fornecedor para

solução que gere o menor custo de transação possível, considerando todas as partes envolvidas. R. Pindick e D. Rubinfeld definem eficiência de trocas como a situação em que “ninguém consegue aumentar seu próprio bem-estar sem reduzir o bem-estar de alguma outra pessoa” (*Microeconomia*, 5ª ed., trad. Eleutério Prado, São Paulo, Prentice Hall, 2002, p. 573), ou seja, trata-se da situação em que não há bens subaproveitados; para se utilizar determinada coisa, é preciso que outra pessoa deixe de fazê-lo.

³⁸⁴ Nesse sentido, leia-se José Tadeu Neves Xavier, citando Ricardo Luiz Lorenzetti (*ob. cit.*, p. 39).

lhe propor uma redução do preço do produto fornecido pela metade ou a extinção imediata do contrato.

O fornecedor é colocado diante de uma escolha acerca de quais custos de transação quer assumir: se prefere assumir os custos de transação da descontratação ou reduzir em cinquenta por cento seus ganhos com o contrato. Mais uma vez, do ponto de vista da eficiência de Pareto puramente considerada, pode ser mais eficiente manter o contrato reduzido, pois embora leve mais tempo, ainda assim será possível compensar o custo de aquisição do novo equipamento (a curva de utilidade marginal tornar-se-á menos íngreme, mas um dia chegará ao ponto de compensação do investimento), ao passo que a extinção abrupta do contrato imporá ao fornecedor ter de ir a mercado buscar novo cliente disposto a comprar os produtos, com o risco de não encontrar.

Aqui também a escolha do legislador foi no sentido de considerar demasiado desproporcional a imposição de tais custos de transação ao fornecedor, como se percebe da leitura do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

O desequilíbrio ultrapassou os limites tolerados pelo legislador e ele passou a considerar abusivo o exercício da posição vantajosa que tinha o cliente de pôr fim ao contrato quando quisesse. A norma incidiu para qualificar como abusivo o exercício daquela prerrogativa contratual.

O que se pretende, nesse momento, é apenas chamar atenção para o fato de que o fenômeno é o mesmo em contratos que geram relações de consumo e contratos que não as geram, como é o caso dos contratos empresariais e dos contratos ditos puramente civis. A passagem do tempo aliada à essencialidade³⁸⁵ do objeto contratual gera uma situação de dependência do contratante mais fraco em relação ao contratante mais forte, impondo a ele altos custos de transação para se manter preso ao vínculo contratual.

A lógica que permeia ambas as normas aqui mencionadas (o artigo 13 da Lei nº 9.656/1998, o artigo 15, parágrafo terceiro, da Lei nº 10.741/2003 e o artigo. 463,

³⁸⁵ É preciso esclarecer desde logo que o nosso conceito de essencialidade é mais abrangente e menos protetivo que o “paradigma da essencialidade” de Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, cit., pp. 459-484.

parágrafo único, do Código Civil) é o limite de tolerância do legislador para a imposição de custos de transação a um contratante por ato de outro.

Exercer uma posição contratual sempre significa impor custos ao sujeito passivo daquele direito. Isso é o que se pode chamar de desequilíbrio natural ou lícito das relações jurídico-contratuais.

Ocorre que o sistema jurídico impõe uma margem de tolerância para essa imposição de custos. Essa margem de tolerância é o que distingue o exercício lícito de posição contratual vantajosa do exercício abusivo dessa mesma prerrogativa. A medida da imposição deste desequilíbrio de posições é o objeto atual de nossa investigação.

4.3.2 O exercício abusivo de posição contratual vantajosa

Menezes Cordeiro escreve que o princípio da boa-fé objetiva se concretiza por meio da tutela da confiança. Todavia, essa afirmação, prossegue o autor, não esgota o âmbito regulativo da boa-fé. Há que se destacar, também, o princípio da primazia da materialidade subjacente³⁸⁶.

Ele define esse princípio dizendo que “o Direito visa, através de seus preceitos, a obtenção de certas soluções efectivas”³⁸⁷, não se contentando com condutas que correspondam apenas formalmente aos objetivos jurídicos gerais, mas que na prática não atendam a estes mesmos objetivos. “A boa-fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais, de acordo com as efectivas consequências que acarretam”³⁸⁸. Para o autor, a tutela do abuso de direito é a manifestação da boa-fé mediante a expressão do princípio da materialidade subjacente.

O abuso do direito tem origem na doutrina francesa para designar hipóteses nas quais uma pessoa que tenha agido formalmente nos termos de um direito subjetivo determinado seja, no entanto, condenada por anomalias no seu exercício. A primeira obra que deu relevância ao conceito foi a de Louis Josserand, na qual ele afirmou que para o exercício de determinado direito era preciso respeitar a função que havia justificado a

³⁸⁶ *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 238.

³⁸⁷ *Idem*, p. 238.

³⁸⁸ *Idem*, p. 238.

atribuição daquele direito a seu titular³⁸⁹. A ideia de Josserand era a de que a finalidade do direito subjetivo era capaz de restringir a liberdade de seu exercício.

Marcel Planiol também colaborou para consagrar o instituto ao demonstrar sua preocupação com a aparente contradição em termos, ao afirmar que “*le droit cesse où l’abus commence*”, pois “*un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit*”³⁹⁰.

Muito se discutiu em doutrina ao longo do século XX sobre se a caracterização do abuso do direito demandava a investigação da intenção do agente³⁹¹ ou não, tendo prevalecido a corrente objetivista, para quem basta que o direito seja exercido em contrariedade à sua finalidade social, independentemente da intenção do agente.

O conceito é propositalmente aberto e, nas palavras de Menezes Cordeiro, se concretiza em algumas hipóteses tais como *aexceptio doli*, a vedação de condutas contraditórias como *venire contra factum proprium*, inalegabilidades formais, *supressio* e *surrectio*, *tu quoque* e desequilíbrio no exercício de posições jurídicas³⁹². Essa últimamanifestação interessa em particular ao nosso trabalho.

Assim como Menezes Cordeiro, boa parte da doutrina enxerga no abuso de direito uma violação ao princípio da boa-fé objetiva. Como afirma Stéphane Daimaisin,

*Si ses considérations sont transcrites sur le terrain purement contractuel, on comprend que l’abus de droit n’est pas autre chose que la violation des obligations morales contractuelles qui coexistent avec les obligations structurelles. (...) Dans la majorité des cas (sinon la totalité), le juge reconnaît un abus de droit lorsqu’il a mis en évidence un comportement déloyal ou un comportement laissant présumer une absence de bonne foi*³⁹³.

Todavia, Philippe Stoffel-Munk, em obra monográfica que procura estabelecer uma teoria geral para o tratamento do abuso no contrato, prega uma divisão

³⁸⁹ “*On conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinsèquement irréprochables, pussent justifier toute fin, fût-elle odieuse et inconcevable. C’est précisément contre une telle éventualité que se dresse la thèse de l’abus des droits qui a pour ambition et pour raison d’être d’assurer le triomphe de l’esprit des droits, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement, ce qui est relativement aisé, dans les textes des lois et dans des formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante*” (Luis Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativité - Essai de téléologie juridique*, t. 1, 2^a ed., Paris, Dalloz-Sirey, 2006, p. 34).

³⁹⁰ *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2^a ed., v. II, Paris, LGDJ, 1902, ns. 870 e ss.

³⁹¹ Georges Ripert, *O Regimen Democrático...*, cit., pp. 229-231.

³⁹² *Tratado de Direito Civil Português*, cit., pp. 249-267.

³⁹³ *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 180-181.

entre dois tipos de abusos³⁹⁴. O primeiro tipo seria o abuso de comportamento contratual, encarado como regra de responsabilidade civil, a que a doutrina francesa chama de *faute* que tem marcante carácter subjetivo de investigação, embora o conceito de *faute* contratual não se confunda com a culpa³⁹⁵. Seriam os casos em que há falta ou falha no exercício de um direito contratual, ao que chamaremos de abuso de comportamento.

O segundo é um mecanismo de delimitação do conteúdo do contrato, com intuito de definir qual é a verdadeira prerrogativa que emana daquela previsão contratual específica, ao que chamaremos de abuso de conteúdo.

Na França, o abuso do primeiro tipo dá ensejo, apenas, à indenização por perdas e danos causados à parte abusada; o abuso de segundo tipo, entretanto, é tido como não exercício do direito, sendo a ineficácia a sanção que melhor se amolda à sua tutela. O Código Civil brasileiro contempla ambas as modalidades de abuso. O artigo 187 taxa de ilícito o abuso de direito, embora objetive seus elementos caracterizadores, fugindo do conceito de falta ou *faute* francesas. Mas os artigos 113 e 422 são claras expressões da segunda manifestação do abuso de direito, ao passo que elegem a boa-fé como parâmetro maior de interpretação e exercício dos direitos contratuais.

Ao abandonar a carga de subjetividade que vem com o conceito de *faute*, o Direito brasileiro se aproxima do Direito português, valendo aqui a lição de Menezes Cordeiro na qual ele sublinha três hipóteses de abuso de direito contratual, na modalidade por ele chamada de desequilíbrio no exercício de posições jurídicas:

- *o exercício danoso inútil*: é contrário à boa-fé – e, como tal, abusivo – exercer os direitos de modo inútil, com o objectivo de provocar danos na esfera alheia; o exemplo académico é, hoje ainda, o da chaminé falsa de Colmar;

- *dolo agit petit quod statim redditurus est*: é contrário à boa-fé exigir o que em seguida se deva restituir; recorde-se que a compensação teve origem na *bona fides* precisamente em correspondência com as valorações subjacentes a este brocardo; outras aplicações similares, não cobertas pela faculdade de compensar seriam, hoje, requeridas pela boa-fé sob pena de abuso;

³⁹⁴ *Le abus dans le contrat*, Paris, LGDJ, 2000, p. 13.

³⁹⁵ “A idéia de falta (*faute*) não pode ser correctamente traduzida pela de culpa. Na realidade, a “falta” traduz um misto de culpa e ilicitude que, na sua imprecisão, permite desenvolvimentos muito latos, no campo da responsabilidade civil. (...) Na verdade, a pessoa que actue com ‘falta’ é responsável, mesmo quando se acolha ao exercício formal de um direito” (Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 243).

- a *desproporcionalidade* entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem: tal desproporcionalidade, ultrapassados certos limites, é abusiva, defrontando a boa-fé³⁹⁶.

Das três hipóteses, para a tutela do exercício de posições contratuais vantajosas, a primeira, de exercício inútil de direitos com o intuito de causar danos, e a última, caracterizada pela desproporcionalidade entre vantagem auferida e sacrifício imposto, parecem as mais aplicáveis. A primeira hipótese de Menezes Cordeiro em muito se aproxima do conceito de abuso de comportamento retirado da doutrina francesa. Já a segunda revela o abuso de conteúdo, por nós já referido alguns parágrafos antes.

Dentro da ideia de abuso de conteúdo do direito ou prerrogativa contratual, Philippe Stoffel-Munk escreve que há duas manifestações: (i) abuso de liberdade contratual e (ii) abuso de uma prerrogativa contratual³⁹⁷.

No primeiro grupo estariam os abusos cometidos na fase de formação do contrato, por meio de imposição de cláusulas abusivas ao contratante mais fraco. Para o autor, há basicamente dois tipos de cláusulas abusivas. Existem as cláusulas abusivas por violação da ordem pública de proteção e as cláusulas abusivas por violação da ordem pública de direção.

Na primeira está a tutela do consumidor. A criação legislativa de um estatuto para regular as relações entre fornecedores e consumidores parte do pressuposto de que essa relação é demasiado desigual e que a disparidade de forças inerente a ela cria para a parte mais forte (o fornecedor) uma tentação praticamente irresistível de abusar de sua posição de vantagem e impor ao consumidor cláusulas capazes de criar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações de cada parte contratual.

Ao estabelecer cláusulas desequilibradas a lei presume de *iure et de iure* que o fornecedor está abusando de seu direito de influenciar o conteúdo contratual e taxa essas cláusulas de ilícitas³⁹⁸, haja vista a violação da ordem jurídica de proteção do consumidor.

³⁹⁶ *Idem*, p. 265.

³⁹⁷ *Ob. cit.*, pp. 291-292.

³⁹⁸ Conforme explica Antonio Junqueira de Azevedo, a tutela das cláusulas abusivas no Direito do consumidor brasileiro não se restringiu à definição francesa de abusividade pelo desequilíbrio entre direitos e deveres (incisos IX, X, XI e XIII do artigo 51 do CDC), mas foi além tutelando posições de acordo com o critério alemão de abusividade, qual seja, a boa-fé (incisos IV e VIII), mas não se limitando a essas duas, incluindo como abusivas cláusulas que, por exemplo, atentem contra a proteção ao meio ambiente (inciso

Mas há também as cláusulas consideradas abusivas por violarem a ordem jurídica de direção. Aqui entra em cena o Direito Concorrencial ou Antitruste. O abuso se caracteriza a partir do momento em que o conteúdo do contrato é capaz de provocar restrições à livre concorrência. Assim os abusos de posição dominante, de dependência econômica, de fixação de preços, dentre outros, são considerados ilícitos por violarem a ordem jurídica de direção³⁹⁹.

Paula Andréa Forgioni afirma que a estipulação de cláusulas contratuais contendo previsão contrária à lei antitruste, caracterizando infração à ordem econômica, provoca a nulidade dessa mesma cláusula, por força do que dispõe o artigo 166, II, do Código Civil; isto é, o objeto do contrato, por conta daquela previsão, seria ilícito. E conclui afirmando que não se podem separar as consequências jurídicas do ilícito antitruste e do ilícito contratual, pois “Não existe cláusula contratual válida que infrinja a ordem econômica (cause prejuízo à concorrência e incidência do artigo 20 da Lei 8.884, de 1994, portanto)”⁴⁰⁰.

A tentação do contratante aqui se deve ao fato de ele ocupar, no mercado, posição de dominância ou prevalência, de modo a não poder resistir à possibilidade de impor às suas contrapartes contratos com conteúdo capaz de limitar a livre concorrência sem ter de barganhar por isso. Nesses casos, a lei presume que ele age abusivamente, invalida as cláusulas e ainda estipula sanções administrativas, civis e criminais.

Nos dois casos vistos até aqui, das cláusulas abusivas de consumo e de concorrência, por assim dizer, existe uma diferença de posições jurídicas entre os contratantes. O contratante capaz de impor sua vontade está, em decorrência de circunstâncias exteriores ao contrato (que ainda não se formou), em posição de superioridade ou de vantagem em relação ao outro. Essa diferença de posições subverte a fase pré-contratual de negociação ou barganha e a transforma em uma fase meramente protocolar, na qual o contratante em posição de superioridade impõe a sua vontade e a outra parte aceita essa imposição sem opor resistência.

XIV) e outras (v. *(Parecer) Relação jurídica que não é de consumo. Destinatário final. Cláusula abusiva*, in Estudos e Pareceres de Direito Privado, cit., p. 233).

³⁹⁹ Assim como o CDC traz uma lista de cláusulas abusivas, a Lei n. 8.884/1994 traz, em seus artigos 20 e 21, rol contendo uma série de condutas consideradas abusivas do ponto de vista concorrencial. Sempre que uma dessas condutas for praticada mediante a fixação de cláusula contratual, pode-se dizer que essa cláusula é ilícita porque abusiva em relação à ordem jurídica de direção voltada à proteção da livre concorrência.

⁴⁰⁰ Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 376.

A lei presume a abusividade dessa conduta em certos casos, não por entender que a vontade da parte mais fraca não é livre, mas por uma opção legislativa de proteção de certos grupos humanos determinados (*e.g.* consumidores) ou de promoção de certos valores sociais (*e.g.* livre iniciativa).

Em resumo, pode-se dizer que a ilicitude de sancionar as cláusulas contratuais ditas abusivas advém da presunção legal de que as partes em posição de vantagem não irão resistir à tentação de impor condições especificamente danosas às contrapartes e à sociedade em geral para obter benefício próprio. A caracterização da abusividade, nesses casos, deixa de lado a investigação da intenção ou da culpa do contratante em posição de vantagem, bastando haver a disposição contratual listada na lei para que se dê o abuso e a cláusula seja considerada ilícita.

Ao lado da abusividade no estabelecimento do conteúdo contratual, há a abusividade no exercício de prerrogativas contratuais previamente estabelecidas, que também se relacionam com o abuso de conteúdo contratual.

O abuso de prerrogativa contratual se caracteriza pelo exercício formal de um direito contratualmente previsto, que se revela contrário ao espírito daquela mesma previsão do contrato. Trata-se de conduta formalmente abrangida pela letra ou pelo enunciado do contrato, mas que está fora dos limites autorizados pelo próprio espírito daquela previsão específica ou daquele contrato como um todo.

A letra contratual há de ceder à intenção consubstanciada na declaração de vontade (artigo 112 do Código Civil) para permitir que a função própria daquela previsão específica, assim como do contrato como um todo sirvam de limites internos ao exercício do direito contratualmente estabelecido. O critério para medir a existência ou não de abuso de prerrogativa contratual é a própria finalidade da previsão contratual que fez nascer a prerrogativa sob exame⁴⁰¹.

Para que haja o abuso no exercício de prerrogativa contratual, dois pressupostos se fazem necessários: (i) que o exercício do direito se cubra de aparência de regularidade e (ii) e que o direito exercido seja invocado em contrariedade à sua razão de ser.

⁴⁰¹ Philippe Stoffel-Munk, *L'abus dans le contrat*, cit., p. 496.

Um exemplo bem serve para aclarar o raciocínio. Uma hipótese bastante comum de abuso de prerrogativa contratual se dá na exigência de condutas negativas por conta de cláusulas de não concorrência.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi estabelecida em contrato de trespasse de estabelecimento comercial de salão de beleza cláusula de não concorrência a impedir a vendedora de concorrer com a compradora no mesmo bairro, sem limitação temporal. Após certo tempo, a compradora verificou que a vendedora estava trabalhando em um salão de beleza de outro proprietário, que já estava estabelecido no bairro antes do trespasse⁴⁰².

A compradora foi a juízo para fazer valer sua prerrogativa contratual, ostentando que a vendedora violava cláusula de não concorrência porque trabalhava em salão no mesmo bairro. A decisão judicial foi no sentido de desprover o pedido da compradora, por entender que ele transbordaria a finalidade da própria cláusula, pois o que ela visava impedir era a constituição, pela vendedora, de outro estabelecimento comercial para concorrer com o estabelecimento vendido. Não estaria abrangida na proibição contratual a possibilidade de a vendedora trabalhar em salão de terceiro, pois isso seria impor restrição desproporcional à sua liberdade, uma vez que ela residia no bairro e teria de se deslocar para outra localidade para poder trabalhar.

Um outro exemplo também é útil. Uma construtora de edifícios residenciais colocava em todos seus contratos de venda de apartamentos cláusula que estabelecia venda *ad corpus* do bem, de modo que uma variação de área de até 5% seria tolerada e não daria ensejo a qualquer desconto ou compensação ao comprador. Tal cláusula era repetida aos milhares.

Ocorre que o Ministério Público percebeu que, em todas as vendas, os apartamentos eram entregues com área entre 4% e 5% menor que o previsto no projeto original. O promotor propôs ação civil pública, à qual foi dado provimento, sob a alegação de abuso no exercício, pela construtora, do direito a se valer da margem de tolerância estabelecida nos contratos. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que haveria desvio de

⁴⁰²INDENIZATÓRIA. PERDAS E DANOS. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA INSERIDA EM CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE SALÃO DE CABELEIREIRO. INFRAÇÃO NÃO COMPROVADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (TJ-SP, Apel. com Revisão 994070903510 (4927024300), Celina Dietrich e Trigueiros Teixeira Pinto, 1ª Câmara de Direito Privado B, j. em 06.04.2009).

finalidade da cláusula contratual, uma vez que ela estava sendo usada para, na verdade, aumentar em 5% a margem de lucro da construtora em seus empreendimentos⁴⁰³.

Como se vê, em ambos os exemplos retirados da jurisprudência, os tribunais consideraram abusivo o exercício de determinada prerrogativa contratual em razão da finalidade daquela mesma prerrogativa. No primeiro caso, o julgador estabeleceu uma finalidade limitada para a cláusula de não concorrência, restringindo sua abrangência para a hipótese específica de criação de novo estabelecimento comercial pela vendedora.

No segundo caso, o julgador notou que a cláusula de margem de erro na área construída estava sendo empregada pelo construtor em finalidade completamente diferente daquela para a qual foi concebida. A cláusula foi concebida para adequar o contrato à realidade das técnicas construtivas (eventualmente pode haver diferença de um ou dois metros quadrados entre a área total projetada e a área total efetivamente construída de um apartamento), bem como para dar certa margem ao construtor para fazer certas adaptações mínimas ao projeto original de modo a aumentar a eficiência da obra e do próprio contrato. Todavia, o construtor estava usando essa prerrogativa que lhe era garantida contratualmente para atingir fim diverso deste, qual seja, para economizar materiais e mão de obra na exata medida da tolerância contratual, entregando sempre

⁴⁰³ Civil. Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor. Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva.

- A referência à área do imóvel nos contratos de compra e venda de imóvel adquiridos na planta regidos pelo CDC não pode ser considerada simplesmente enunciativa, ainda que a diferença encontrada entre a área mencionada no contrato e a área real não exceda um vigésimo (5%) da extensão total anunciada, devendo a venda, nessa hipótese, ser caracterizada sempre como por medida, de modo a possibilitar ao consumidor o complemento da área, o abatimento proporcional do preço ou a rescisão do contrato.

- A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual.

- O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva.

- Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC.

- O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento.

- Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória.

- Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem.

- Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual.

Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 436853/DF, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 27.11.2006, p. 273).

apartamentos no limite máximo da tolerância, sem ter de dar o respectivo desconto pela diferença a menor de área construída. A cláusula que fora concebida para dar flexibilidade e eficiência ao contrato estava sendo empregada para simplesmente aumentar a margem de lucro do construtor em 5%.

Em resumo, portanto, pode-se dizer que o abuso no exercício de prerrogativa contratual vantajosa se caracteriza por um desvio de finalidade, isto é, pelo uso da cláusula contratual para atender finalidade diversa daquela originalmente pactuada pelas partes contratantes. Como se vê, a importância da função individual do contrato aqui é bastante importante.

Definir o que vem a ser a finalidade concreta de uma cláusula contratual não é tarefa simples. Na verdade, é a mais básica e a mais difícil das tarefas, pois passa pela interpretação teleológica daquela proposição contratual e da extração, pelo intérprete, da *ratio* contratual e da *ratio* específica da cláusula sob análise. Philippe Stoffel-Munk afirma que são três os elementos a guiar o intérprete na tarefa de extração da finalidade concreta da cláusula contratual: (i) o texto da cláusula, (ii) o contexto contratual e (iii) a finalidade da operação econômica⁴⁰⁴.

Já tivemos oportunidade de escrever sobre a interpretação dos contratos⁴⁰⁵ e ali, inspirados em Emilio Betti, afirmamos que a interpretação se divide em duas fases: a fase recognitiva e a fase integrativa. A primeira fase é aquela em que o intérprete se vale dos elementos “arqueológicos” do negócio para lhe extrair sentido. Seu parâmetro normativo no Direito brasileiro é o artigo 112 do Código Civil (vide *supra*, 1.1.). A segunda fase é aquela em que o intérprete, após esgotar os elementos que o próprio contrato lhe fornece, passa a se valer de elementos normativos externos para preencher vazios contratuais (o artigo chave desse tipo de interpretação contratual é o artigo 113 do Código Civil).

Faz-se referência a elementos “arqueológicos” da fase recognitiva não por acaso. O trabalho do intérprete aqui é muito semelhante ao do arqueólogo que resgata fragmentos de cerâmicas, ossos, ornamentos e tecidos em um sítio arqueológico e a partir desses elementos tenta reconstruir a realidade de uma comunidade, de uma nação etc. O primeiro elemento de que o intérprete se vale é o texto da cláusula contratual. Esse é o

⁴⁰⁴ *L'abus dans le contrat*, cit., p. 539.

⁴⁰⁵ Paulo Dóron Rehder de Araujo e Kleber Luiz Zanchim, *Interpretação do contrato: o problema e o processo*, cit., pp. 364-366.

mais explícito e mais facilmente acessível. Além dele, o contexto é relevante. Tudo isso para reconstruir o momento histórico em que o contrato surgiu, e a partir daí saber qual era a vontade comum das partes e se ela se manteve ou foi alterada por suas condutas ao longo da execução da avença.

Contexto é o que chamamos de circunstâncias negociais⁴⁰⁶ ou circunstâncias relevantes⁴⁰⁷. Essas circunstâncias são o que dá a exata medida do significado de determinada cláusula contratual. Em outras palavras, é a partir da análise das circunstâncias que se torna possível saber se o direito alegado e exigido pela parte contratual está em consonância com a finalidade do contrato como um todo e com a própria finalidade daquela prerrogativa contratual.

A busca pela finalidade do contrato confunde-se com a busca pela sua causa, como já afirmamos⁴⁰⁸. Isso se refere, em nossa opinião, à matéria afeta ao princípio da função social do contrato.

Não restam dúvidas de que o conceito de abuso de direito, tal como previsto pelo artigo 187 do Código Civil, faz referência a dois dos ditos “novos princípios” do

⁴⁰⁶ “Para atender à intenção das partes – primeira fase –, é preciso analisar todo o material posto na declaração, e não somente a linguagem empregada pelos contratantes. O sentido literal da linguagem é sempre um ponto de partida para a interpretação, tão necessário quanto **insuficiente**. As palavras alteram seu significado conforme o contexto em que se inserem. O referido art. 112 impõe ao juiz e às partes que levem em conta o **conjunto das cláusulas contratuais** (interpretação lógico-sistemática) – e, depois, em seguida, numa segunda fase, as **circunstâncias do caso concreto**, que formam a moldura da declaração contratual”.

(...)

“Dentre as circunstâncias relevantes para os fins de uma interpretação contratual, merecem atenção o tempo e o lugar da celebração do contrato, a **qualidade das partes contratantes** (especialmente nos negócios jurídicos *intuitu personae*), o comportamento das partes anterior e posterior à celebração do contrato, a qualidade do bem objeto da prestação, o **tipo contratual adotado** e o **fim ou causa concreta do contrato**. No que diz respeito a este último elemento já tivemos oportunidade de conceituar o fim do negócio jurídico como ‘o resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos dele decorrentes, se concretizassem’, isto é, ‘fim do negócio’ é o efeito último, ‘o efeito dos efeitos do negócio’ (*Negócio jurídico e declaração negocial. Noções gerais e formação da declaração negocial*, tese para concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo [São Paulo] [s.c.p.], 1986, pp. 107, 108, 125). **Somente o fim concreto dá o melhor entendimento das cláusulas negociais**”. (Antonio Junqueira de Azevedo, *Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato intuitu personae a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso de personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, cit., pp. 222-223 (negritos e itálicos do original).

⁴⁰⁷ Assim as chamam os Princípios UNIDROIT 2004, que no artigo 4.3 prescrevem: “Na aplicação dos artigos 4.1 e 4.2, devem ser consideradas todas as circunstâncias, incluindo (a) as negociações preliminares entre as partes; (b) as práticas estabelecidas entre as partes; (c) a conduta das partes subsequente à formação do contrato; (d) a natureza e o escopo do contrato; (e) o significado comumente atribuído a termos e expressões peculiares no meio comercial envolvido; (f) usos e costumes” (João Baptista Villela *et al.*, *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais/2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 126-127).

⁴⁰⁸ Item 4.1. *supra*.

contrato. Fala expressamente em boa-fé e fala em fim econômico ou social, para referir-se à função individual, econômica e social.

Quando afirmamos que a finalidade do contrato é parâmetro para se saber se o contratante age ou não em abuso de sua prerrogativa contratual, estamos, assim como Enzo Roppo, dizendo que “Concluir um contrato significa (...) realizar uma operação econômica reconhecida e tutelada pelo direito”⁴⁰⁹. Logo, “poderemos dizer que o *contrato funciona* – isto é, realiza adequadamente tal operação – só enquanto a medida e a qualidade dos efeitos por ele produzidos correspondam às expectativas e aos projectos da autonomia privada”⁴¹⁰.

O abuso do direito é um desvio da função social do contrato na medida em que leva à produção de efeitos contratuais que não correspondem às expectativas e aos projetos comuns das partes quando de sua formação ou execução regular. Compreender quais são essas expectativas e projetos é tarefa do intérprete, que tem de se valer das circunstâncias negociais para parametrizar sua análise e concluir, de forma segura, se era possível ter uma determinada expectativa sob as circunstâncias existentes naquele caso concreto.

Há, pois, dois parâmetros muito claros para a caracterização do abuso no exercício de prerrogativas contratuais: a função social, revelada a partir da análise de circunstâncias negociais específicas; e os limites da boa-fé objetiva⁴¹¹.

Quanto à boa-fé objetiva, as sugestões de Menezes Cordeiro⁴¹² (quais sejam, o exercício danoso inútil e a desproporção entre a vantagem auferida e o sacrifício imposto) parecem bastar como parâmetros de aplicação. Sempre que o exercício da prerrogativa contratual cause dano inútil à parte contrária, estar-se-á diante de conduta abusiva. Da mesma forma haverá abuso sempre que houver grande desproporção entre a vantagem auferida por quem exerce a prerrogativa e o sacrifício imposto a quem se sujeita a seu exercício.

⁴⁰⁹ Enzo Roppo, *O Contrato*, cit., p. 211.

⁴¹⁰ *Idem*, pp. 219-220.

⁴¹¹ “Dos três casos de abuso previstos no texto legal, considerando que os ‘bons costumes’ dizem respeito a comportamentos conforme uma ética de ordem ou sexual ou doméstica ou posta por códigos deontológicos e que o ‘fim econômico ou social’ é ínsito nas próprias posições jurídicas, pensamos que, em última instância, ‘os limites limites da boa-fé’ constituem o caso mais importante de ‘abuso de direito’ (*rectius*, ‘abuso de posição jurídica’)” (Antonio Junqueira de Azevedo, *Acordo de acionista com cláusula de preferência na aquisição de ações...*, cit., p. 234).

⁴¹² *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 265.

De outra banda, o abuso por desvio da finalidade econômica ou social da prerrogativa depende de atividade hermenêutica séria, tomando por parâmetro principal as circunstâncias negociais. Uma circunstância particularmente reveladora de abusos no exercício de posições contratuais vantajosas é a posição de dependência econômica de uma das partes ou de posição dominante de outra. É com base nessa circunstância negocial específica que o ordenamento tutela casos de cláusulas abusivas em matéria de consumo ou de proteção à livre concorrência. A lei parte do pressuposto de que o consumidor é economicamente dependente do fornecedor e taxa como abusivas diversas de suas condutas no processo de formação do contrato. A mesma regra vale para os casos de violação dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994. A lei parte do pressuposto de que quem pratica aquelas condutas está em posição dominante e taxa como abusivas, isto é, ilícitas as suas condutas.

Se a dependência econômica é circunstância negocial de grande relevância para a configuração do abuso de direito na formação do contrato, acreditamos que isso também ocorra na sua extinção. É por essa razão que, uma vez estabelecidos, com algum grau de profundidade, os limites caracterizadores do conceito de abuso de posição jurídico contratual, iremos estudar as implicações da presença de dependência econômica em uma relação contratual e suas consequências na caracterização do abuso no exercício da prerrogativa de pôr fim ao vínculo contratual.

4.3.3 A noção de dependência econômica como parâmetro interpretativo do exercício abusivo de posição contratual vantajosa e sua repercussão para a duração do contrato

Georges Ripert escreveu que

A intervenção do legislador no jogo contratual em favor duma das partes é infinitamente mais delicada que a sua intervenção a favor dos fracos. Ela só pode, com efeito, exercer-se em proveito dum à custa do outro, e, para escolher, é preciso descobrir antecipadamente qual dos dois é o fraco, a proteger⁴¹³.

O princípio do equilíbrio contratual e a tutela do exercício não-abusivo de posição contratual de vantagem são claramente manifestações da intervenção legislativa ou

⁴¹³ *O regimen democrático e o Direito Civil moderno*, cit., p. 179.

estatal no jogo contratual para a proteção do contratante mais enfraquecido. Como adverte Ripert, essa intervenção não pode se dar sem o devido cuidado.

Daí porque é importante ter bem claro o conceito de dependência econômica no contrato, porque é a partir da definição desse conceito que se pode compreender quem é o fraco na relação contratual e então empregar o ferramental jurídico existente para protegê-lo dos abusos cometidos pela parte mais forte. Em outras palavras, é a partir da definição de dependência econômica no contrato que será possível calibrar o critério de aferição da abusividade no exercício de posição contratual vantajosa, notadamente no que diz respeito a seu prazo e a sua extinção.

Não há como falar de dependência econômica sem fazer referência a Georges J. Virassamy, que em tese defendida na década de 1980 na França propugnou pela criação de uma categoria contratual nova, baseada justamente no conceito de dependência econômica. Os “contratos de dependência”, como os chamou Virassamy, são contratos dos mais diversos da vida jurídica (tais como contratos de trabalho, de distribuição, de franquia, de concessão comercial, de arrendamento rural etc.), mas marcados por uma característica comum (a dependência econômica de um contratante para com o outro) que lhes destaca e lhes impõe um tratamento jurídico especial⁴¹⁴.

Embora não seja imune a críticas⁴¹⁵, a categoria de Virassamy é bastante ilustrativa porque permite bem compreender o papel que o conceito de dependência econômica exerce em relação ao direito contratual e seu ferramental teórico-legal, haja vista ser este um conceito “importado” do Direito Antitruste que precisa ser aplicado pelo intérprete e pelas partes contratuais⁴¹⁶.

A noção de dependência econômica deriva de dois conceitos do Direito Econômico, quais sejam: (i) o poder econômico e (ii) a posição dominante.

⁴¹⁴*Les contrats de dependence*, cit., pp. 131-132.

⁴¹⁵Ricardo Luis Lorenzetti afirma que a criação de uma categoria contratual para tratar desse fenômeno (na expressão usada por ele: “contrato de dominación”) é exagerada e carece de substrato legislativo. Como não há norma legal que considere essa classificação ela seria inútil. Todavia, reconhece o autor argentino que não há como negar a existência, nesses contratos, de um componente de subordinação técnica e econômica que deve ser levado em conta no momento da interpretação e da aplicação de algumas previsões contratuais, notadamente as relativas à extinção do contrato e aos direitos que têm a parte subordinada econômica e tecnicamente no caso de término do vínculo contratual (*Tratado de los contratos*, cit., pp. 524-525).

⁴¹⁶Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit., pp. 377-378.

Poder econômico é o que resulta da posse dos meios de produção⁴¹⁷. Qualquer pessoa que tenha em sua posse determinado meio de produção terá poder econômico em relação aos demais. Em última análise, o poder econômico resulta da própria ideia de propriedade privada dos meios de produção. É ele, portanto, o meio pelo qual se revela a dependência econômica. Há poder sem dependência, mas não há dependência sem poder⁴¹⁸.

A posição dominante, nas palavras de Paula Andréa Forgioni, se dá nos casos em que o agente possui independência e indiferença no mercado entremarcas, isto é, ele detém o poder absoluto de controle de preços e de exclusão da concorrência⁴¹⁹. A diferença entre a posição dominante e a dependência econômica é que o agente em posição de vantagem na situação de dependência econômica não precisa dominar o mercado como um todo, basta que tenha “independência e indiferença em relação a outro agente econômico específico (ou mesmo sobre um grupo deles, mas que não chegam necessariamente a constituir um mercado relevante em separado)”⁴²⁰.

Assim, o poder econômico fundamenta a dependência econômica e a posição dominante é o equivalente da dependência econômica na relação entre uma parte e todos os demais agentes daquele mercado relevante.

A legislação europeia é bastante pródiga ao tratar do conceito de dependência econômica. Há previsões específicas sobre os pressupostos de sua caracterização na Alemanha, no parágrafo 20, 2, da Lei Antitruste germânica (GWB); na França, introduzida pela ordenança de 1º de dezembro de 1986, que em seu artigo 8º dispôs expressamente sobre ela, e atualmente no artigo L420-2 do *Code du Commerce*; na Itália, mediante previsão do artigo 9º da Lei nº 192/1998; e em Portugal, no artigo 7º da Lei nº

⁴¹⁷ Benjamin M. Shieber, *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, São Paulo, RT, 1966, p. 03.

⁴¹⁸ “Alguns autores, sob o argumento de que à posição de poder econômico de um dos contratantes corresponde a posição de dependência econômica do outro, acreditam ser possível a analogia para aplicação dos dispositivos relativos aos consumidores nas relações entre profissionais. Parte da doutrina, no entanto, alerta que, conquanto complementares, os conceitos de abuso de poder econômico e de dependência econômica não se confundem, não sendo cabível, portanto, a analogia. Mas é inegável que, ainda que não sejam sinônimos, os dois conceitos estão intimamente interligados. Deve-se ter em mente, apenas, que o poder econômico é somente uma das possíveis fontes de dependência, restando evidente que a verdadeira fonte jurídico-concorrencial da coerção na relação entre parceiros comerciais é a dependência econômica” (Marina Dubois Fava, *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 2010, p. 112).

⁴¹⁹ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 347.

⁴²⁰ *Idem*, p. 348.

18/2003⁴²¹. No Brasil não há norma, nem no Direito Privado, nem no Direito Concorrencial a tratar do tema especificamente, embora ela seja pressuposto de alguns artigos de lei, como já afirmamos aqui (item 4.3.2., *supra*).

No tocante aos textos legais estrangeiros, cumpre destacar o artigo 8º da ordenação francesa de 1º de dezembro de 1986, que embora revogado, foi fundamental na caracterização do conceito de dependência econômica pela doutrina, pois elegeu como pressuposto a inexistência de solução equivalente ou de alternativa contratual para a parte dependente (*“solution equivalente”*).

Pelo texto francês, fica caracterizada a dependência econômica em uma relação contratual determinada se o contratante mais fraco não tiver alternativa caso seu contrato seja extinto pela parte mais forte, ficando obrigado a fechar as portas de seu estabelecimento. Tal fórmula foi repetida pela legislação italiana com a expressão *“alternative soddisfacenti”* e na lei portuguesa, com o adágio “alternativa equivalente”. O mote caracterizador da dependência econômica, para as leis continentais europeias, é a ausência de alternativa equivalente de contratação pela parte mais fraca, o que a coloca em posição inferior de barganha em relação à parte mais forte, sendo obrigada a aceitar condições contratuais iníquas para manter vivo o vínculo contratual.

Na doutrina nacional, Calixto Salomão Filho, referindo-se ao conceito como pressuposto para caracterização do ilícito concorrencial de negociação compulsória, enxerga três hipóteses de dependência econômica⁴²², a saber: (i) dependência de sortimento, que se refere à impossibilidade de o agente em posição de inferioridade se valer de produto semelhante ao oferecido pelo agente em posição de prevalência, seja por razão de marca, de grupo de marcas ou de diferentes gêneros de produtos; (ii) dependência empresarial, que se dá mediante a longa duração da relação contratual, impondo altos custos de saída (*sunk costs*) para o contratante em posição de inferioridade; (iii) dependência conjuntural, que decorre do aproveitamento de período de crise (escassez) de determinado produto pelo agente em posição de vantagem⁴²³.

⁴²¹Para uma análise detalhada de cada um dos textos legais vide Paula Andréa Forgioni (*Contrato de Distribuição*, cit., pp. 361-375) e Marina Dubois Fava (*Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais...*, cit., pp. 108-110).

⁴²²Esclareça-se que para Calixto Salomão Filho (*Direito concorrencial: as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 204-214) a dependência econômica divide-se em absoluta e relativa. É absoluta quando se estende a todos os agentes daquele mercado relevante (posição dominante); e relativa quando se refere a apenas um ou alguns dos agentes (dependência econômico-contratual).

⁴²³*Idem*, pp. 215-216.

Paula Andréa Forgioni acrescenta à lista a situação de poder de compra, em que o fornecedor fica sujeito ao enorme poder de compra do distribuidor, que por ter um grande mercado consumidor, adquire produtos em larga quantidade e com condições francamente desfavoráveis aos fornecedores, que, por sua vez, não podem deixar de vender para aquele distribuidor sob pena de não acessarem determinados mercados consumidores específicos (v.g. o caso dos hipermercados brasileiros e os pequenos fornecedores de produtos e víveres)⁴²⁴.

Após detida análise das principais obras brasileiras e portuguesas sobre o conceito e a definição de dependência econômica, Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi fixa a origem da situação de dependência econômica em quatro “fatos geradores” distintos: (i) poder de compra, (ii) marca do produto, (iii) conjunturas econômicas e (iv) relação contratual entre as partes⁴²⁵. Nas quatro hipóteses, a única que se relaciona com o contrato é a última, haja vista nas três primeiras não ser preciso haver contrato entre as partes para se enxergar dependência econômica. Nessas três, o desequilíbrio não decorre do contrato.

Prosseguindo na análise, Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi afirma existirem três pressupostos para a caracterização da dependência econômica contratual ou relacional⁴²⁶: (i) existência de relações contratuais duradouras e incompletas, (ii) investimentos específicos para a execução do contrato e (iii) ausência de alternativas equivalentes⁴²⁷.

De logo já nos salta uma característica importante. É assente na doutrina especializada a afirmação de que a dependência econômica é inerente aos contratos de longa duração. Ela é uma circunstância negocial que normalmente surge da interação das partes contratuais no tempo. Muitas vezes, a dependência surge independentemente de as partes (seja o contratante beneficiado, seja o contratante prejudicado com a situação) a quererem. Como afirma Paula Andréa Forgioni, “a dependência econômica é em si um *fato*, não reprimido pelo direito”⁴²⁸.

⁴²⁴ *Contrato de Distribuição*, cit., pp. 350-351.

⁴²⁵ *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 2007, p. 55.

⁴²⁶ Como prefere denominar Paula Andréa Forgioni (*Contrato de Distribuição*, cit., pp. 348-351).

⁴²⁷ *Ob. cit.*, p. 61.

⁴²⁸ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 348.

Muito embora a dependência econômica seja um fato com o qual os contratantes têm de lidar, afirma George Virassamy que estes mesmos contratantes podem trabalhar o enunciado contratual para aumentar a dependência econômica de uma parte pela outra⁴²⁹. Uma forma apontada pelo autor é a estipulação de cláusula de exclusividade. O contratante que se submete à exclusividade fica fora do mercado, com possibilidades de se relacionar apenas dentro do limitado âmbito da exclusividade. Outra forma é a estipulação de cláusulas de não concorrência, que impedem o contratante dependente de se restabelecer caso o contrato termine.

Todavia, a cláusula contratual capaz de voluntariamente aumentar a dependência econômica que mais nos interessa é a cláusula de prazo. Ao definir um período contratual muito curto ou muito longo a parte economicamente em vantagem impõe condição de dependência à outra parte. Prazos demasiadamente curtos colocam o contratante mais fraco em estado de absoluta pressão, pois ele terá de se desdobrar e ficar sempre alerta, correndo o risco de não renovação a qualquer momento. Já prazos muito longos têm o efeito de retirar aquele agente do mercado por muito tempo, fazendo com que o contratante perca boa parte de seus contatos em outros mercados e com outros clientes, dedicando-se quase que exclusivamente ao contratante de prazo mais alongado.

O limite do abuso de dependência econômica ao se estabelecerem cláusulas de prazo relaciona-se sobremaneira com o princípio da função social do contrato e já foi por nós enfrentado nesse trabalho (item. 4.1.4., *supra*). O limite mínimo é a duração útil do contrato. O limite máximo é a duração justa. A aferição da abusividade para um lado ou para outro dependerá das curvas de utilidade marginal do contrato ao longo do tempo, como já nos referimos, nos valendo da lição de Ricardo Luis Lorenzetti.

Por fim, para concluir essa rápida análise sobre o conceito de dependência econômica no contrato, cumpre tecer breves comentários acerca do conceito de subordinação contratual, que nas palavras de Georges Virassamy é o corolário da dependência econômica. Para esse autor, todos os contratos ditos “de dependência” revelam, em maior ou menor grau, uma relação de subordinação entre os contratantes. A subordinação é, para Virassamy, o elemento revelador indubitável da dependência econômica⁴³⁰.

⁴²⁹ *Les contrats de dependence...*, cit., pp. 146-148.

⁴³⁰ *Idem*, p. 151.

O autor a divide em duas. Existe a subordinação jurídica, como é a do empregado em relação ao empregador, e existem subordinações técnicas ou econômicas. Como já tivemos a oportunidade de escrever, a subordinação jurídica implica a transferência para alguém do poder de dirigir a atividade a ser realizada pelo subordinado. Ela confere três poderes ao subordinante em relação ao subordinado: (i) poder de organização (definir o que vai ser feito e quando), (ii) poder de controle (fiscalização das atividades realizadas e dos resultados alcançados) e (iii) poder disciplinar (aplicação de reprimendas e sanções)⁴³¹.

A dependência econômica é muito grande quando se vislumbra a subordinação jurídica nos termos apresentados. Mas ela ainda existe se houver apenas subordinação técnica ou econômica. Basicamente, o que ocorre nesses casos é a diminuição do poder de organização da parte mais forte da relação, haja vista que a parte mais fraca tem margem maior para organizar sua própria atividade do que um empregado (v.g. distribuidor, franqueado, concessionário etc.), compensada pela diminuição ou supressão do poder disciplinar. Todavia, o poder de controle da parte mais forte pela parte mais fraca (mais notado pelo poder de fiscalização das atividades e dos resultados) permanece quase igual.

Assim, embora não haja relação de emprego em todos os casos em que se vislumbre dependência econômica contratual, é preciso notar que em quase todos os contratos entre profissionais ou interempresariais ver-se-á algum grau de subordinação (muitas vezes compensado pela transferência do *know-how*, como na franquia; ou pelo licenciamento de marca famosa, como no caso da concessão ou da distribuição). Essa subordinação é o elemento revelador (porém, não suficiente) do estado de dependência econômica em que se encontra uma das partes contratantes.

Mas e no caso dos contratos de consumo, há subordinação entre fornecedor e consumidor? A resposta para essa pergunta é um sonoro não.

A dependência econômica nas relações de consumo tem as mesmas características da dependência econômica em relações empresariais ou civis, com um traço definidor: ela é presumida pela lei. O conceito de hipossuficiência jurídica, técnica ou econômica do consumidor é exatamente a expressão da qual se valeu o legislador para

⁴³¹ Paulo Dóron Rehder de Araujo, *Contrato de Representação Comercial*, in Wanderley Fernandes [org.], *Contratos de Suporte da Atividade Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 312.

afirmar haver relação de dependência econômica nos contratos de consumo de longa duração.

A grande diferença entre as relações que são de consumo e as que não são é mais prática do que teórica. Nas relações de consumo não é preciso demonstrar a dependência econômica efetiva. Basta caracterizar o vínculo consumerista e pronto⁴³², pois o poder econômico do fornecedor é muito maior que o do consumidor, por definição. Assim, havendo relação de longa duração e sendo esta de consumo, já há dependência econômica. Se não houver alternativa equivalente de produto ou serviço para o consumidor, estar-se-á diante do que Cláudia Lima Marques chamou de contrato cativo de longa duração (vide item 3.4., *supra*), cuja principal característica é a exacerbada dependência econômica.

Os pressupostos caracterizadores da dependência econômica (com exceção da subordinação que, para nós, é elemento revelador e não pressuposto caracterizador, ou seja, é sintoma e não causa), quando se fazem presentes na relação de consumo, transformam o mínimo legal de dependência econômica em uma dependência muito maior, chamando uma postura mais defensiva do intérprete e do julgador em caso de conflito contratual.

Mas é preciso deixar claro que a dependência econômica é exatamente o conceito que permite tratar contratos de longa duração empresariais, civis e de consumo de forma semelhante no que se refere à tutela de seu abuso. Pois como ela é inerente a todos os contratos de longa duração, sejam eles de consumo ou não, por meio dela é sempre possível revelar conduta ilícita de uma parte em relação a outra, por abuso de posição jurídico-contratual de vantagem.

É essa a razão de enxergarmos na dependência econômica um elemento calibrador da teoria do abuso de posição contratual dominante. Sendo um fato da vida que surge, em certos casos, por conta da configuração contratual escolhida pelas partes (contrato de longa duração), aliada a mais dois pressupostos caracterizadores

⁴³² Não se está aqui afirmando que a hipossuficiência é um critério absoluto e objetivo. Há graus diferentes de hipossuficiência que devem ser aferidos pelo julgador quando da aplicação das normas do Código protetivo. Todavia, mesmo que em grau mínimo, sempre será possível falar em hipossuficiência jurídica do consumidor, pois isso é pressuposto teórico (não legal, uma vez que o critério para definir quem é consumidor é conceito de destinatário final, apenas) da própria existência do Direito do Consumidor.

(investimentos não recuperáveis – *sunk costs* e custos idiossincráticos⁴³³ – e ausência de alternativas equivalentes), a dependência econômica é capaz de revelar critério seguro para aferição de conduta abusiva da parte no que se refere à extinção do contrato, que é o tema de nosso particular interesse.

Qualquer parte contratual tem o direito de pôr fim a um contrato por tempo indeterminado. Qualquer parte contratual tem o direito de não renovar um vínculo contratual com prazo. O que torna o exercício desse direito abusivo?

Como já dissemos anteriormente, é a contrariedade à boa-fé no que diz respeito ao equilíbrio no exercício da prerrogativa contratual (não causar dano injusto à outra parte e não haver manifesta desproporção entre a vantagem auferida por quem exerce a prerrogativa e o prejuízo sofrido por quem suporta esse exercício) ou o desvio da finalidade econômica ou social da prerrogativa exercida (finalidade esta que é medida mediante a análise de circunstâncias negociais do contrato concreto, com máximo destaque para a situação de dependência econômica, que influi decisivamente deslocando o ponto de vista hermenêutico⁴³⁴ para próximo da parte dependente, tornando mais fácil a configuração do abuso), ou seja, é a aplicação do artigo 187 do Código Civil.

Nem sempre onde há dependência econômica haverá abuso. Todavia, estando presentes seus pressupostos caracterizadores, a margem de liberdade do exercício de posição jurídico-contratual pela parte em vantagem, mormente no que se refere à extinção do vínculo por ato unilateral, será limitada na proporção da dependência. Quanto mais dependente for a parte em desvantagem, menor será a margem de exercício desses direitos, haja vista o deslocamento do ponto de vista hermenêutico do intérprete para próximo da parte dependente.

Por isso diz-se ser a dependência econômica critério de calibração na análise da abusividade da conduta do contratante em posição vantajosa.

Terminemos com um exemplo. No caso de aferição da abusividade da conduta, na hipótese de Menezes Cordeiro, de desproporção entre a vantagem contratual auferida pela parte em vantagem e o sacrifício imposto à parte em desvantagem. Qual é a medida dessa desproporção a ponto de tornar o ato de término do contrato abusivo? A

⁴³³ Oliver E. Williamson, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, in *Journal of Theoretical Economics*, cit., p. 88.

⁴³⁴ Sobre o conceito e a utilidade do ponto de vista hermenêutico na interpretação contratual, vide o nosso *Interpretação dos Contratos...*, cit., p. 317.

resposta é a dependência econômica. Quanto mais economicamente dependente for a parte em desvantagem, menor terá de ser a desproporção, pois como sua dependência é muito grande, o desfazimento do vínculo pela parte em vantagem, simplesmente porque quer aumentar em 10% ou 20% o valor a receber de taxas contratuais iniciais soa muito desproporcional se comparado com o fato de que não haverá alternativa equivalente para a parte em desvantagem, cabendo a ela encerrar suas atividades se for pessoa jurídica ou ficar desguarnecida quanto a uma prestação essencial, se for pessoa física.

4.4 A aplicação dos “novos princípios contratuais” aos contratos de longa duração e a prorrogação compulsória dos contratos a prazo

No item 3.5. deste trabalho, ao definirmos, por meio das obras doutrinárias que nos serviram de baliza, os aspectos categoriais capazes de permitir falar em contratos de longa duração como uma classificação contratual coerente e útil, fixamos, ao lado de nossas conclusões, três questionamentos intermediários voltados à solução de nosso questionamento principal nessa tese. A resposta a esses três questionamentos foi o objeto deste item 4.

Recapitulando para não nos perdermos, os três questionamentos referidos resumem-se no seguinte:

- (i) considerando-se a função específica dos contratos de longa duração, é possível, em certos casos, prorrogar-lhes o prazo para atender exatamente essa função?
- (ii) uma vez que os contratos de longa duração têm estrutura própria, marcada pela incompletude do consentimento dado no momento inicial de sua formação a possibilitar uma interação constante entre as partes, é possível, mediante o comportamento e a tutela das expectativas contratuais criadas, promover a alteração da classificação de um contrato por tempo determinado para por tempo indeterminado?
- (iii) em se percebendo a tendência inerente aos contratos de longa duração de criar situação de desequilíbrio contratual pela produção de dependência econômica de uma das partes contratantes para com a outra, em que casos pode-se dizer com nível razoável de segurança que o exercício de determinada prerrogativa contratual pela parte em posição vantajosa é abusivo e, por consequência, ilícito?

Para responder a cada um dos questionamentos nos valem os “novos princípios contratuais”.

Empregamos a função do contrato (que para nós não é apenas social, mas também individual e econômica) e as lições de Jaques Ghestin, Marc Billiau e Ricardo

Luis Lorenzetti para concluir que cada contrato tem uma duração útil e uma duração justa. Tais conceitos se definem pela curva de utilidade marginal que o contrato de longa duração tem para cada uma de suas partes contratantes. Essas curvas tendem a ser antagônicas nos contratos de longa duração bilaterais, isto é, que envolvem interesses contrapostos a despeito de serem relacionais, aumentando ao longo do tempo em relação a uma das partes e diminuindo ao longo do tempo em relação à outra.

O ponto de intersecção das curvas é o que marca a duração ótima do contrato a atender sua função social e econômica. Trata-se da duração útil da avença. Um contrato que tenha prazo inferior a esse tempo é um contrário que não atende à sua função econômico-social. É um contrato inútil.

A função individual é atendida sempre que a curva ultrapassa patamar que permita ao contratante não sofrer perdas excessivas pelo desfazimento do contrato em determinado tempo, isto é, não ter transferido para ele, de uma hora para outra, excessivos custos de transação decorrentes da extinção do contrato, os quais chamaremos de “c”. O excesso na atribuição desses custos de transação se mede pela relação entre ele e outras duas grandezas: (i) as vantagens auferidas por este mesmo contratante ao longo da duração do contrato, que chamaremos de “v” e (ii) o ganho de eficiência que o outro contratante terá com o fim do vínculo, que chamaremos de “g”.

Deve-se somar a relação entre “c” e “v” com a relação entre “c” e “g”. Se o resultado dessa operação for maior que um, os custos são excessivos e a duração justa do contrato ainda não foi atingida para aquela parte; se for menor, os custos são assumíveis, tendo o contrato atingido sua duração justa. É sempre bom lembrar que embora a representação matemática facilite o raciocínio, a determinação das grandezas “c”, “v” e “g” está longe de ser simplesmente numérica, razão pela qual não se pode falar em uma fórmula matemática propriamente, e sim em uma ponderação entre grandezas.

Eis a fórmula para facilitar a compreensão: Se $\frac{c}{v} + \frac{c}{g} > 1$ = duração justa; se $\frac{c}{v} + \frac{c}{g} < 1$ = duração injusta.

Destarte, respondendo ao primeiro questionamento colocado, pode-se afirmar que a tutela das funções do contrato pode sim dar margem à prorrogação de prazos contratuais previamente fixados pelas partes.

Quanto ao segundo questionamento, relativo à possibilidade de o comportamento das partes levar à alteração do prazo contratual pactuado ou mesmo na transformação de um contrato inicialmente pactuado com prazo em contrato por tempo indeterminado, concluímos, mediante a aplicação do princípio da boa-fé objetiva como fonte autônoma não negocial de imposição de deveres e obrigações contratuais, que isso será possível desde que o comportamento da parte seja capaz de fazer surgir na contraparte legítima expectativa de que a cláusula de prazo contratual mudou, isto é, desde que o homem médio (eis o critério objetivo de boa-fé), se colocado no lugar da parte afetada pelo comportamento concludente, também confiaria na conduta da outra parte como reveladora da alteração da cláusula de fixação do termo contratual, haja vista as circunstâncias do caso⁴³⁵.

Por último, no que se refere ao terceiro questionamento, pode-se afirmar que o abuso no exercício de prerrogativa contratual, como a não renovação de vínculo contratual, somente se configura havendo ofensa à boa-fé ou desvio quanto à função econômica ou social da prerrogativa exercida, nos termos do artigo 187 do Código Civil, deixando-se de lado, por ora, a questão dos bons costumes por nos parecer pouquíssimo aplicável à espécie.

O padrão de aferição do abuso são as circunstâncias negociais do contrato em concreto. Uma circunstância que ganha especial relevância nesse aspecto é a dependência econômica de uma parte pela outra. Uma das funções das circunstâncias negociais é deslocar o ponto de relevância hermenêutico para uma parte ou para outra. Em se configurando a dependência econômica, o ponto de relevância hermenêutico desloca-se sensivelmente para a parte dependente, para influenciar em razão diretamente proporcional a qualificação da conduta contratual como abusiva. Isso quer dizer que quanto maior for a dependência econômica, maior é a possibilidade de o exercício de posição contratual de vantagem ser abusivo, seja por desequilíbrio entre a vantagem gerada pelo exercício e o sacrifício imposto pela parte dependente, seja pela prevalência da função individual do contrato e de sua duração justa para a parte dependente em contraponto à duração útil do contrato.

⁴³⁵Mais adiante, quando formos falar especificamente dos pressupostos ensejadores do direito de prorrogação compulsória dos contratos a prazo, discutiremos a necessidade ou não de investimento ou prejuízo da parte do contratante confiante.

Dessa forma, a aplicação do conceito de abuso de direito ao exercício de prerrogativas contratuais permite, sim, falar em exercício abusivo de direito de não renovação de contrato, sendo que a dependência econômica de uma das partes contratantes em relação à outra é fator de primordial importância na aferição da abusividade dessa conduta. Quanto maior for a dependência, maior a chance de a não renovação se caracterizar como abusiva.

A conclusão geral a respeito de tudo o que levantamos até agora é, pois, a de que os novos princípios contratuais, quando aplicados especificamente aos contratos de longa duração, categoria essa estrutural e funcionalmente diferente das demais categorias contratuais, são totalmente compatíveis com a assertiva de que é possível um contrato ter cláusula de prazo prevista em seu bojo, mas sejam suas partes obrigadas a se vincular por tempo diferente do originalmente pactuado, seja por decorrência da função emprestada a este contrato, da boa-fé objetiva ou do desequilíbrio contratual provocado pelo exercício abusivo de posições contratuais vantajosas por uma das partes da relação contratual.

Do ponto de vista categorial e principiológico, portanto, atingimos nosso objetivo, respondendo aos três questionamentos intermediários propostos de forma afirmativa. Resta, pois, ao menos do ponto de vista estritamente teórico, confirmada a nossa hipótese.

Cumpre-nos, agora, testar essa nossa hipótese empiricamente, mediante a análise da aplicação de nossas assertivas na prática contratual, isto é, na vida de quem faz e de quem julga contratos.

Depois disso, caberá ainda uma investigação acerca da possibilidade de moldarmos as conclusões a que chegamos aqui sob um parâmetro mais seguro de concretização do direito, mediante a aplicação do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil para as situações que pretendemos solucionar.

Só então teremos concluído o trabalho de corretamente demonstrar os pressupostos ensejadores da aplicação da solução de prorrogação compulsória de contratos a prazo.

- PARTE II -

ASPECTOS PRÁCTICOS

5. Texto e contexto contratual – análise empírica da realidade

5.1. A sondagem e seus dados – estatística descritiva

Estatística descritiva “é a parte da Estatística que procura somente descrever e avaliar um certo grupo, sem tirar quaisquer conclusões ou inferências sobre um grupo maior”⁴³⁶. Foi com base nessa definição que decidimos fazer uma sondagem de opinião com os alunos do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito dos Contratos da Escola Paulista de Direito (EPD) e do curso de pós-graduação *lato sensu* em Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (*GVLaw*), em São Paulo e em Campinas, durante segundo semestre de 2009.

Para a execução desta parte do trabalho contamos com a colaboração dos coordenadores dos cursos de pós-graduação acima referidos, Professores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce (EPD) e Professores Wanderley Fernandes e Flávio Maia (*GVLaw*).

Além disso, foi imprescindível para a execução deste trabalho a ajuda da Professora Maria Ignez de Assis Moura, da Universidade Federal de Uberlândia – MG, responsável pela compilação e tratamento dos dados estatísticos.

Inicialmente, pedimos aos alunos que respondessem o seguinte questionário:

QUESTIONÁRIO INVESTIGATIVO DA REALIDADE CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA¹

Prof. Paulo Dóron Rehder de Araujo

Nome : _____

Turma*: _____ Escola*: _____

Data*: _____

1. Considerando (1) como muito curto e (5) como muito longo, como você classifica o tamanho do texto (clausulado) dos últimos cinco contratos com os quais você teve contato ultimamente.

(1) (2) (3) (4) (5)

2. Considerando (1) como instantâneo e (5) como com prazo de mais de cinco anos, como você classifica o prazo dos últimos cinco contratos com os quais você teve contato ultimamente.

(1) (2) (3) (4) (5)

⁴³⁶ Luiz Alexandre Peternelli, *Estatística Descritiva*, in *INF 162*, disponível em http://www.each.usp.br/rvicente/Paternelli_Cap2.pdf, acesso em 15.01.2011.

3. Considerando (1) como baixa/pouco distante e (5) como alta/muito distante, como você classifica a diferença/distância entre o texto do contrato e a realidade da relação entre os contratantes nos últimos cinco contratos com que você teve contato ultimamente.

(1) (2) (3) (4) (5)

4. Considerando (1) como muito baixo e (5) como alto/satisfatório, como você classifica a o nível de segurança (previsibilidade/certeza) dos últimos cinco contratos com os quais você teve contato ultimamente.

(1) (2) (3) (4) (5)

5. Considerando (1) como péssimo e (5) como muito bom, como você classifica o nível de lealdade dos contratantes durante a negociação, a execução e o término dos últimos cinco contratos com os quais você teve contato ultimamente.

(1) (2) (3) (4) (5)

* itens de preenchimento obrigatório

¹ Este questionário se presta para fins exclusivamente didático-científicos. Os nomes das pessoas que o preencherem não será divulgado nem publicado. Os resultados da pesquisa poderão ser utilizados em trabalhos científicos e, eventualmente, publicados em livro ou artigo científico. O preenchimento deste questionário é opcional e qualificado como liberalidade de quem o preenche, não gerando qualquer espécie de direito autoral à pessoa que o preencher.

O questionário contém cinco perguntas objetivas cuja resposta envolve análise quantitativa de um tema contratual por parte de quem a responde. Para cada pergunta há cinco alternativas de resposta, numeradas de 01 a 05, sendo 01 a resposta que se refere à menor quantidade e 05, a resposta que se refere à maior quantidade.

Nosso objetivo aqui é apenas fazer um pequeno e despretensioso teste empírico acerca de algumas constatações e afirmações teóricas, das quais partimos na primeira parte da tese, para saber se elas se confirmavam na prática.

As respostas e os dados apresentados a seguir não querem ser a prova ou a generalização da percepção de todos os operadores do Direito sobre a realidade contratual. Muito menos que isso, os dados demonstram apenas a opinião de um grupo de pessoas que trabalham diariamente escrevendo, interpretando e analisando minutas de contratos na capital e no interior de São Paulo.

Pedimos a elas que nos dissessem sobre a realidade dos contratos com que lidam. Queríamos saber se as realmente partes cumprem o que escrevem, se são leais entre si, se o texto contratual é muito longo ou muito curto, se os prazos das avenças são longos ou curtos. O objetivo era averiguar se essas pessoas questionadas têm percebido um distanciamento entre o que se escreve e o que se cumpre nos contratos, bem como saber se consideram que o paradigma de flexibilização da relação contratual presente no Código

Civil de 2002 trouxe sensação de insegurança e imprevisibilidade aos novos contratos celebrados sob sua égide ou não.

Participaram da sondagem setenta e dois alunos de pós-graduação em Contratos, todos advogados, sendo 28 (38,89%) do gênero masculino e 40 (55,55%) do gênero feminino. Houve quatro (5,56%) pessoas cujo gênero não foi identificado.

Na Tabela 1 abaixo estão demonstradas as frequências, percentagens e resultados totais relativos às respostas emitidas à primeira questão do questionário, cujo teor é: “Como você classifica o tamanho do texto (clausulado), dos últimos cinco contratos, com os quais você teve contato ultimamente?”.

Respostas	Frequências	Porcentagens
1	01	1,39%
2	02	2,78%
3	34	47,21%
4	22	30,56%
5	13	18,06%
Total	72	100,00%

O gráfico abaixo ajuda a visualizar os resultados:

Para 1,39% das pessoas, os últimos cinco contratos com que elas tiveram contato tinham clausulados muito curtos. 2,78% responderam que o tamanho do texto dos contratos era curto. Para 47,21%, o tamanho do texto era médio ou normal. Já 30,56% acharam os textos contratuais longos e 18,06% das pessoas que responderam que os contratos eram muito longos.

O maior número de respostas (48,62%) foi considerando o texto dos contratos longo ou muito longo. E apenas 4,17% consideraram os clausulados curtos ou muito curtos.

Na tabela 2, estão demonstradas as frequências e percentagens e resultados totais relativas às respostas anotadas à questão “Como você classifica o prazo dos últimos cinco contratos, com os quais você teve contato, ultimamente?”.

Respostas	Frequências	Porcentagens
1	04	5,56
2	16	22,21
3	28	38,89
4	11	15,28
5	13	18,06
Total	72	100,00

O gráfico ajuda a enxergar os resultados:

O maior número de respostas foi no sentido de prazos contratuais normais ou médios (38,89%). Todavia, é maior o número de pessoas que consideraram longos ou muito longos os prazos dos últimos cinco contratos que viram (33,34%) do que aquelas que acharam os prazos curtos ou muito curtos (27,77%).

Na tabela 3 estão demonstradas as frequências, percentagens e resultados finais das respostas dadas à questão “Como você classifica a diferença/distância entre o texto do contrato e a realidade da relação entre os contratantes, nos últimos cinco contratos com que você teve contato ultimamente?”.

Respostas	Frequências	Porcentagens
1	07	9,72
2	24	33,33
3	20	27,78
4	13	18,06
5	08	11,11
Total	72	100,00

Na análise gráfica, o resultado é esse:

Para um terço das pessoas questionadas, a distância entre o que foi escrito no contrato e o que as partes fazem é curta. Apenas 11,11% das pessoas acham que é muito longa a distância entre o texto e a realidade contratual. Mas somando-se as respostas “03” (distância média), “04” (distância grande) e “05” (distância muito grande), tem-se que para a maioria dos questionados (57,05%) há distância considerável entre o que as partes escrevem no contrato e o que elas efetivamente fazem durante a execução da avença. Todavia, para um terço dos respondentes (33,33%), a distância é curta.

Passando-se para a tabela 4, temos os dados para a pergunta “Como você classifica o nível de segurança (previsibilidade/certeza), dos últimos cinco contratos, com os quais você teve contato, ultimamente?”.

Respostas	Frequências	Porcentagens
1	03	4,17
2	09	12,50
3	30	41,66
4	27	37,50
5	02	2,78
Sem resposta	01	1,39
Total	72	100,00

No gráfico em colunas:

Para a grande maioria dos questionados (79,16%), o nível de segurança foi médio ou alto nos últimos cinco contratos com que tiveram contato. O nível é baixo ou muito baixo para apenas 16,67% dos respondentes.

Para finalizar, os dados da questão cinco, cujo enunciado é “Como você classifica o nível de lealdade dos contratantes, durante a negociação, a execução e o término dos últimos cinco contratos com os quais você teve contato ultimamente?”.

Respostas	Frequências	Porcentagens
1	01	1,39
2	14	19,44
3	26	36,11
4	22	30,56
5	07	9,72
Sem respostas	02	2,78
Total	72	100,00

A análise gráfica é a seguinte:

Mais uma vez, o maior número de respostas classifica o nível de lealdade dos contratantes como médio (36,11%). Mas 40,28% dos respondentes entendem que o nível de lealdade dos contratantes é alto ou muito alto e apenas 20,73% consideram ser o nível de lealdade baixo ou muito baixo.

5.2. Breves apontamentos sobre os dados levantados

Algumas das suspeitas, opiniões e premissas teóricas das quais partimos acerca da realidade contratual foram confirmadas por essa sondagem, de modo que consideramos ter ela atingido o objetivo para o qual foi realizada.

No item 3.2., *supra*, com base em Ian Macneil, escrevemos haver clara tendência de multiplicação de contratos com textos extremamente longos, haja vista a maior complexidade das relações contratuais hodiernas e a tendência de as partes quererem prever todos os critérios e regras necessários para disciplinar eventuais conflitos entre elas no próprio enunciado do contrato⁴³⁷. No Brasil, isso de daria muito provavelmente pela influência dos profissionais norte-americanos, acostumados e admiradores de longas minutas contratuais.

A própria globalização e a internacionalização da economia brasileira teriam colaborado para a adoção, pelos profissionais brasileiros, de técnicas de redação e confecção contratuais “importadas” dos países de tradição jurídica anglo-saxã.

Por isso colocamos a questão número um no questionário. Para saber a opinião dos profissionais do mercado de advocacia contratual sobre a extensão dos textos que eles e os clientes deles vêm assinando ultimamente.

O maior número de respostas considerou os textos normais (“médios”). Poucas foram as respostas que consideraram os textos curtos ou muito curtos. Somadas, as respostas “longos” ou “muito longos” ultrapassam o número de respostas “médios” ou normais.

O “empate técnico” entre os que consideraram os textos normais e aqueles que os consideraram longos ou muito longos, quando comparado ao pequeno número de respostas considerando os textos curtos ou muito curtos, aponta para a percepção clara de que os textos dos contratos têm aumentado de tamanho. Com os dados estatísticos de que dispomos é possível afirmar, no que diz respeito ao grupo questionado, ou seja, com base na realidade e não apenas em especulações teóricas, que há mesmo um caminhar dos contratos brasileiros para textos mais longos, provavelmente porque esses textos pretendem preencher ou dar concretude às cláusulas gerais (abertas) existentes na lei contratual atualmente.

As partes contratantes e os profissionais que elas contratam para as assessorar nas negociações e confecções de contratos estão preocupadas em escrever mais, provavelmente para dar preenchimento e concretude a normas como os artigos 113, 187, 317, 421, 422 e 478 do Código Civil.

⁴³⁷ Aquilo que Antonio Junqueira de Azevedo chamou de paradigma da “fuga do juiz” (*O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, cit., p. 58).

Menos conclusivas são as respostas à questão dois, que buscou investigar o prazo de duração dos contratos. Se dividirmos as respostas em três grupos – (i) prazos muito curtos e curtos, (ii) prazos médios ou normais e (iii) prazos longo ou muito longos – teremos números de respostas mais ou menos iguais para os três grupos, isto é, praticamente um terço dos respondentes acha que os prazos eram curtos, um terço pensam que os prazos eram longos e um terço pensam que os prazos são médios.

Inserimos essa pergunta nos questionários aplicados com o objetivo de testar a afirmação, feita por Ian Macneil e Cláudia Lima Marques, por exemplo, de que a tendência contratual contemporânea é de estabelecimento de relações duradouras em substituição das relações curtas de troca que dominavam o direito contratual no passado⁴³⁸.

Definitivamente, para os profissionais que responderam ao questionário essas afirmações dos teóricos não se confirmam no dia-a-dia contratual. Há contratos de longo prazo, isso é verdade. Mas eles convivem em mesmo número com contratos de curto prazo e com contratos de prazo médio. A nossa sondagem não revelou uma tendência de alongamento dos prazos contratuais.

Talvez, se tivéssemos dados de sondagem semelhante feita há trinta anos e comparássemos seus resultados com os nossos, pudéssemos concluir que o número de respostas indicando prazos longos aumentou. Como não temos esses dados estatísticos do passado, isso não passa de mera especulação.

A certeza que temos, somente, é a de que, na percepção de nossos respondentes, um terço dos contratos feitos por eles tinham prazos longos ou muito longos. Isso não pode deixar de ser ressaltado, pois revela uma importante presença de contratos de longa duração entre os contratos rotineiramente feitos pelas pessoas. Desconhecer sua natureza e suas peculiaridades, portanto, leva à incapacidade de lidar com um terço da realidade contratual atual.

A terceira questão se preocupou com a distância entre o que as partes escrevem nos instrumentos contratuais e aquilo que elas efetivamente fazem ao longo da relação contratual. A pergunta serve para testar afirmações como a de Paula Andréa Forgioni⁴³⁹ ou a de Ane-Sophie Lavefve Laborderie⁴⁴⁰ no sentido de que, nos contratos de longa duração, há um distanciamento natural entre texto e realidade contratual, causado pela necessidade de constantes e cíclicas adaptações que o enunciado contratual precisa ter para que a relações jurídica continue mantendo seu nível ótimo de utilidade para as partes.

As respostas confirmaram as hipóteses teóricas. Mais da metade (57,05%) dos questionários foram preenchidos considerando existir uma distância considerável

⁴³⁸Vem itens 3.2. e 3.4., *supra*.

⁴³⁹*Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, cit., p. 202-208.

⁴⁴⁰*La pérennité contractuelle*, cit., p. 11-14.

(média, longa ou muito longa) entre aquilo que se escreve e aquilo que se cumpre em matéria de contratos. De fato, ao menos no que diz respeito à nossa sondagem, há uma percepção clara por parte dos profissionais que lidam com contratos sobre a importância das condutas das partes após a celebração ou assinatura dos instrumentos contratuais, na medida em que tais comportamentos se tornam mais distantes daquilo que foi originalmente pactuado.

Os acertos verbais (meros “combinados de boca”), as expectativas criadas por comportamentos reiterados, a alteração mesma do enunciado contratual mediante comportamento concludente, tudo isso tem base na realidade, pois existe, na opinião daqueles que responderam ao nosso questionamento, uma distância relevante entre texto e comportamento das partes em um contrato.

A sondagem confirmou a importância de buscarmos meios e regras jurídicas capazes de lidar com essa realidade mutante dos contratos na atualidade. É esse, sem dúvida, o objetivo deste trabalho.

A pergunta quatro foi colocada para no questionário para testar a mudança de paradigma jurídico provocada pelo Código Civil de 2002 e seu impacto sobre o Direito das Obrigações, especialmente no capítulo dos contratos. Houve muitos brados, quando da entrada em vigor do Código, a respeito da insegurança jurídica que sua redação provocaria, com previsão de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e o aumento do poder dos juízes. Afirmavam que isso provocaria um aumento da sensação geral de insegurança jurídica⁴⁴¹.

Nossa sondagem oferece resultado que desmente totalmente essas afirmações. Quase 80% das pessoas perguntadas afirmaram que o nível de segurança jurídica (previsibilidade/certeza) dos contratos é médio, alto ou muito alto. Apenas 20% disseram que o nível é baixo ou muito baixo. Sem extrapolar os limites de nossa sondagem, podemos concluir que, para as pessoas que a responderam, o Código Civil de 2002 não impactou negativamente no sentimento geral de segurança contratual. É muito mais provável que tenha ocorrido o oposto, com o aumento da sensação de segurança. O que nos leva a afirmar nesse sentido é o resultado estatístico das respostas oferecidas à questão número cinco.

Nessa última pergunta, quisemos saber se os profissionais de contratos consideravam as partes contratantes leais ou desleais umas com as outras. Basicamente, queríamos saber se o princípio da boa-fé objetiva era aplicado espontaneamente pelas partes em suas relações contratuais ou se somente os tribunais o haviam adotado como regra contratual imperativa.

⁴⁴¹ Um exemplo pode ser visto no texto, por nós já citado aqui, de Rachel Sztajn sobre a função social do contrato (*Função Social do Contrato e Direito de Empresa*, cit, passim).

As respostas causaram certa surpresa. Aproximadamente 36% das respostas apontou para um nível médio de lealdade, que é exatamente o nível exigido pela lei. Mais surpreendente é o número de respostas que apontaram ser alto o nível de lealdade: 30%. Somem-se os quase 10% que disseram ser muito alta a boa-fé praticada entre as partes e temos 75% de respostas apontando para níveis ótimos de lealdade contratual.

Pelo menos na percepção das pessoas que responderam ao questionário, o princípio da boa-fé objetiva nos contratos é auto aplicável, sendo espontaneamente respeitado pela grande maioria das partes contratuais, embora introduzido oficialmente na lei civil há menos de dez anos. Para essas pessoas, a afirmação de que o Brasil é o país da “lei de Gerson”, como já se disse inúmeras vezes no passado, vai perdendo razão de ser.

No que interessa especificamente ao tema da prorrogação compulsória de contratos a prazo, os resultados da sondagem, analisados sempre dentro do espectro das pessoas que responderam aos questionários e sem generalizar as conclusões, revelam uma tendência de contratos mais complexos, mais preocupados com o futuro. Isso significa que tais avenças têm chance maior de conter em seu bojo regra disciplinando mais detalhadamente a extinção do vínculo por decurso do tempo e, eventualmente, prevendo quais os pressupostos para o prolongamento do contrato ou para a interrupção do vínculo.

Os contratos de longa duração ocupam, de acordo com a sondagem, um terço das relações. Dessa forma, de cada três conflitos contratuais, um envolverá um contrato dessa categoria, razão pela qual conhecer seus caracteres específicos e as regras e princípios a eles aplicáveis torna-se imprescindível.

O ambiente institucional, isto é, o mercado⁴⁴² não se tornou menos previsível e nem menos seguro com a inserção, em 2003, das cláusulas gerais de boa-fé, função social e equilíbrio contratual pelo Código Civil. A flexibilidade agregada aos contratos os funcionalizou sem comprometer a estrutura para a qual foram criados.

Da mesma forma, a lealdade contratual é praticada largamente e as expectativas contratuais geradas são, normalmente, atendidas.

Todavia, nenhum resultado da sondagem é mais importante para nós do que a confirmação da hipótese teórica de que a realidade da relação entre as partes se distancia do texto contratual quanto mais longo é o contrato. Isso porque essa premissa teórica é central para nós. Nossa tese somente se justifica se tivermos como pressuposto o fato de que nem tudo que é originalmente escrito em um contrato é de fato levado a efeito pelas partes ao longo de sua execução.

⁴⁴² Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, 5ª Ed., Bari, Laterza, 2004.

Com base na sondagem, podemos afirmar, pautados pela realidade, que isso é verdade e, portanto, há margem para, mediante comportamento concludente e criação de expectativas, haver repactuação das regras contratuais inicialmente estabelecidas, adaptando-se o vínculo a novas situações ou corrigindo-se eventuais abusos praticados antes e durante a vigência dos pactos.

Essa é, sem dúvida, a maior revelação de nossa despretensiva investigação empírica da realidade contratual contemporânea.

Nesse momento, portanto, nos é dado afirmar que nossos estudos empíricos caminham para confirmar as premissas teóricas que fixamos na Parte I deste trabalho. Conceitos jurídicos flexíveis são bem recebidos pelo mercado. Os contratos de longa duração ocupam um terço das relações jurídico-contratuais. A lealdade entre os contratante é um valor cultivado dia-a-dia pelas partes contratuais. E as pessoas estão preocupadas em disciplinar suas relações contratuais, mas, ao mesmo tempo, não desprezam o fato de que a conduta das partes é capaz de alterar o que está escrito.

6. A jurisprudência sobre interrupção de relações contratuais de longa duração inicialmente pactuadas a prazo

Neste capítulo faremos a análise de decisões judiciais que trataram da interrupção do vínculo por rescisão do contrato. Extinção por resolução do contrato não será objeto de análise, por fugir do tema que nos propusemos a enfrentar.

O capítulo será dividido em quatro subcapítulos. No primeiro trataremos de decisões judiciais envolvendo relações de consumo em geral⁴⁴³. No segundo, olharemos para um contrato de consumo específico: o seguro de vida. No terceiro, a análise será de decisões envolvendo contratos empresariais⁴⁴⁴. No quarto, olharemos para um conjunto específico de decisões da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça envolvendo contratos de distribuição de bebidas.

O objetivo dessa divisão é compreender se existe ou não uma tendência de decisões no mesmo sentido ou em sentido oposto quando comparamos julgados envolvendo relações de consumo e relações empresariais. Já a análise de decisões sobre contratos específicos de seguro de vida e de distribuição de bebidas tem por objetivo testar as hipóteses estabelecidas nas análises dos contratos de consumo e empresariais em geral, para sabermos se os Tribunais mantêm uma linha coerente ou não.

Dentro dos subcapítulos, os acórdãos estão organizados por Tribunal, vindo primeiro os julgados que de alguma forma são favoráveis à manutenção de efeitos contratuais para além do termo originalmente pactuado pelas partes e depois os que decidem de forma contrária a esta tese. Cada acórdão analisado está numerado, totalizando quarenta acórdãos. A análise de cada um dos julgados deu origem a uma ficha contendo o resumo do conflito, seus fundamentos e outras informações relevantes⁴⁴⁵. Nos casos em que se considerou ilícita a interrupção do vínculo, a primeira linha da ficha de análise está pintada de cinza. Nos acórdãos em que o entendimento foi pela licitude da interrupção do vínculo, a primeira linha da ficha está pintada de preto.

⁴⁴³ Relações jurídicas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seus artigos 2º e 3º.

⁴⁴⁴ Contratos em que ambas as partes enquadram-se na definição legal de empresário prevista pelo art. 966 do Código Civil.

⁴⁴⁵ Para a explicação sobre o modelo da ficha e o método de pesquisa (limites temporais, tribunais pesquisados, palavras-chave de pesquisa etc.), ver a introdução.

Ao final de cada tópico, apresentaremos sucintas conclusões acerca dos resultados da análise dos julgados. Ao final deste capítulo, buscaremos apresentar uma conclusão geral acerca do entendimento jurisprudencial sobre a interrupção de vínculos contratuais contratados inicialmente a prazo.

6.1. Contratos de consumo em geral

O primeiro grupo de julgados de que nos ocuparemos trata de contratos de consumo em geral. Foram analisados 10 acórdãos proferidos pelo STJ, TJMG, TJRS e TJRJ.

A seguir estão as fichas contendo os dados e o resumo de cada uma das decisões. Ao final, nossas conclusões.

6.1.1. Fichas-resumo dos acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO Nº 01
Natureza do caso: Contratual – Contrato de prestação de serviços médicos.
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 193.584/RJ
Data do julgamento: 29/03/2005
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor Constituição Federal: art. 5º, XXXII Lei de Introdução ao Código Civil: art. 6º
Doutrina: MARQUES, Cláudia Lima, <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i> , 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 271.
Jurisprudência: Não houve referência.
Ementa: “Contrato de prestação de serviços médicos. Execução continuada. Renovação na vigência do CDC. Aplicabilidade. Princípio da irretroatividade das lei. Violação. Não ocorrência. I - Tendo sido o contrato renovado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, embora o pacto inicial tenha ocorrido em 1985, não há como afastar a incidência das disposições nele previstas. II - Recurso especial não conhecido.”
Síntese dos fatos: São partes litigantes: SEMIC – Serviços Médicos Indústria e Comércio S/C Ltda. (recorrente) e Bartolomeu Lucas Picon (recorrido). Trata-se de recurso especial interposto pela SEMIC com o objetivo de combater o acórdão proferido em sede de apelação pelo TJRJ que reconheceu a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor a contrato renovado em sua vigência, mas iniciado antes de sua promulgação. Bartolomeu Picon havia celebrado com a empresa recorrente, no ano de 1985, contrato de prestação de serviços médicos com prazo de 24 meses, automaticamente renovável, havendo cláusula que possibilitava a denúncia por qualquer dos contratantes. Após quatro renovações sucessivas, no ano de 1993, o contrato foi extinto, por iniciativa da prestadora, sem qualquer motivo, após notificação. Alega o recorrido que aresiliação é ilegal por violar regras consumeristas, que se aplicariam ao contrato em virtude do fato de sua última renovação ter sido

concluída na vigência do CDC. Tais regras dizem respeito à abusividade de cláusulas de denúncia imotivada de contratos que tenham, pela relevância de seu conteúdo, a expectativa de manutenção de seus efeitos, tais como contratos de seguro e de prestação de serviços médicos.
Resultado de julgamento: Recurso Especial não conhecido.
Fundamentos principais do acórdão: os ministros da Terceira Turma do STJ não conheceram do RESP. Ainda assim, o relator teceu argumentação no sentido de que, mesmo que fosse conhecido o recurso em questão, seria a ele negado provimento, na medida em que foi reconhecida a aplicabilidade do CDC ao contrato, não merecendo reforma, deste modo, a decisão em sede de apelação que deu razão ao ora recorrido Bartolomeu Picon.
Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 02
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Saúde Coletivo
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 602.397/RS
Data do julgamento: 21/06/2005
Legislação mencionada: Lei 9.656/98: art. 13 Código de Defesa do Consumidor: art. 51, IV e § 1º, I e II.
Doutrina: RIZZARDO, Arnaldo et. al., <i>Planos de Assistência e Seguros de Saúde</i> , Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 60-62. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto in <i>Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde</i> , São Paulo, Saraiva, 2000, p. 47-48.
Ementa: “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELA SEGURADORA. LEI 9.656/98. É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido.”
Síntese dos fatos: Partes litigantes, de um lado DNMS Factoring Ltda., como mandatária dos segurados (recorrente), e de outro Sul América AETNA Seguros e Previdência S/A (recorrida). O recurso interposto pela DNMS teve o objetivo de hostilizar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de apelação, que reconheceu lícita a extinção de contrato de seguro de saúde coletivo por meio de mera notificação quando os segurados não anuísssem com novas cláusulas impostas pela seguradora. Insatisfeita com a decisão do tribunal estadual, a DNMS recorreu ao STJ alegando violação à Lei federal 9.656 e ao CDC. Tal violação se daria na medida em que tais leis reconhecem como abusivas cláusulas de rescisão unilateral de contratos de seguro saúde por razões que não sejam vinculadas à fraude ou a inadimplemento dos prêmios. Alega também que ao extinguir o contrato, a seguradora priva os segurados da proteção contra infortúnios, que não poderia ser reconstituída de imediato, tendo em vista que a contratação de um novo plano de saúde implicaria em um novo período de carência, a que os segurados estariam vulneráveis.
Resultado de julgamento: recurso provido
Fundamentos principais: a Terceira Turma do STJ reformou o acórdão que decidiu a apelação para reconhecer a nulidade da cláusula de rescisão unilateral do contrato em

comentossob os seguintes argumentos: tal cláusula fere a confiança dos consumidores e segurados; o conteúdo do contrato tem relevância tal que não pode ser extinto por mera denúncia imotivada; há patente ofensa ao artigo 13 da Lei federal 9.656/98 e, finalmente, a cláusula em tela gerava excessiva vantagem para a seguradora em detrimento dos segurados, o que viola o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.
Relator: Ministro Castro Filho
Voto divergente: não houve.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO Nº 03
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Plano de Saúde
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação Cível nº 2.0000.00.414681-2/000
Data do julgamento: 18/03/2004
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 51, IV e 54.
<p>Doutrina: foram citados trechos das seguintes obras:</p> <p>GOMES, Orlando. <i>Contratos</i>. 18ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1999. p.22.</p> <p>MARQUES, Claudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i>. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p.101.</p> <p>LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade V. <i>Seguro Saúde</i>. São Paulo. LEJUS.2000. p.183.</p> <p>BITTAR, Carlos Alberto. <i>Reparação civil de danos morais</i>. 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p.31.</p> <p>ZAMBONI, Guido. <i>Corso di Diritto Administrativo</i>. 6ª edição, 1950, v.1, p.269.</p> <p>Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados, todos proferidos pelo próprio TJMG:Apelação Cível: nº 271.562-4, julgada em 09/02/1999, relatada pela Desembargadora Vanessa Verdolin;Apelação Cível: nº 300.048-6, julgada em 01/03/2000, relatada pelo Desembargador Alvimar de Ávila.</p>
<p>Ementa: “PLANO DE SAÚDE - RELAÇÃO DE CONSUMO - CONTRATO – FUNÇÃO SOCIAL - CANCELAMENTO UNILATERAL E DESMOTIVADO DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - CONDUTA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA. 1) O contrato que envolve relação de consumo deve ser interpretado em razão de sua função social. 2) Os contratos de planos de saúde sujeitam-se ao Código de Defesa do Consumidor, sendo nulas as cláusulas que ofendam a boa-fé e a equidade, ao estabelecerem restrições a direitos fundamentais inerentes à natureza do ajuste, mesmo que tais limitações estejam expressas com destaque no instrumento. 3) A cláusula contratual que prevê a rescisão unilateral e desmotivada do contrato de seguro saúde por parte da seguradora colide com a proteção consumerista. 4) O desconforto provocado pela eventual rescisão contratual do plano de saúde não pode ser convertido em indenização por danos morais, visto que se discutem direitos e obrigações, condutas constitucionalmente previstas.”</p>
<p>Síntese dos fatos: São partes litigantes Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. (apelante) e Geraldo Magela Parreiras e outros (apelados).A Unimed prestava serviços de saúde ao grupo do qual é parte o Sr. Magela. O contrato de prestação de serviços médicos foi resiliado de forma unilateral e imotivada, por iniciativa da cooperativa médica. Inconformados com a ruptura do contrato, os segurados ajuizaram ação declaratória de nulidade da rescisão contratual com pedido</p>

de antecipação de tutela para a manutenção do contrato em seus termos originais, o que foi concedido. Além do pedido de manutenção do contrato em suas disposições originais, os ora apelados pleitearam também indenizações por danos materiais e morais. A sentença de primeiro grau considerou abusiva e nula a cláusula que autorizava a rescisão unilateral por parte da cooperativa, determinando, desta forma, a manutenção do contrato. Foram deferidos também os pedidos de indenização por danos morais e materiais. Inconformada com a sentença, a Unimed apelou, pleiteando a declaração de validade da cláusula de rescisão unilateral, bem como o afastamento da condenação por danos morais.
Resultado de julgamento: Recurso parcialmente provido, com o afastamento da condenação por danos morais.
Fundamentos principais do acórdão: com o afastamento da condenação por danos morais, o acórdão de apelação proferido pelos desembargadores da Quinta Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais reitera a nulidade da cláusula de rescisão unilateral, tendo como efeito a manutenção da avença em seus termos originais.
Relator: Desembargador Elias Camilo
Voto divergente: não houve

ACÓRDÃO Nº 04
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 2.0000.00.508165-8/000
Data do julgamento: 01/09/2005
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigo 51, IV, XI e § 1º, III.
Doutrina: MARQUES, Claudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i> . 4ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p.88.
Jurisprudência: Apelação cível nº 70006464176, do TJRS, julgada em 02/03/2005, relatada pelo Desembargador Ney Wiedemann Neto; Apelação cível nº 70008644031, do TJRS, julgada em 20/10/2004, relatada pelo Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira; Apelação cível nº 414.681-2, do extinto Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais, julgada em 18/03/2004, relatada pelo Desembargador Elias Camilo; Apelação cível nº 362.690-6, do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, julgada em 21/08/2002, relatada pela Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto.
Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA ABUSIVA. - A cláusula que faculta à Seguradora rescindir unilateralmente o contrato por meio de mera notificação é abusiva, ainda que igual direito seja conferido ao consumidor, pois importa em afronta à boa-fé objetiva e à equidade e estabelece vantagem excessiva à fornecedora, tendo em vista as peculiaridades do contrato de seguro. - O contrato em espécie é firmado com o propósito de perdurar no tempo, indefinidamente, e, após anos de contribuição, o consumidor não detém qualquer interesse em rescindir o ajuste, mas, sim, em vê-lo efetivamente cumprido”.
Síntese dos fatos: As partes litigantes são Sul América Seguro Saúde S.A. (apelante) e

<p>José Afonso de Sá e outros (apelados). Desde o ano de 1996, havia entre as partes contrato de seguro que era renovado anualmente. No ano de 2003, antes de vencido o prazo contratual, a seguradora notificou os segurados de sua intenção de não renovar o vínculo. Indignados, os segurados propuseram ação declaratória de nulidade da cláusula que permitia a não renovação da apólice. A sentença de primeiro grau julgou a ação procedente e, em virtude disso, a seguradora interpôs recurso de apelação com o objetivo de reformar a sentença.</p>
<p>Resultado de julgamento: recurso não provido, mantendo-se a sentença em todos os seus fundamentos, ou seja, decidiu-se pela obrigação da seguradora em renovar o contrato de seguro saúde em grupo.</p>
<p>Fundamentos principais do acórdão: os desembargadores da Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entenderam por negar provimento ao apelo da seguradora, na medida em que reconheceram a abusividade da cláusula que permitia a rescisão unilateral por frustrar uma série de deveres laterais inerentes aos contratos de longa duração, principalmente os que encontram amparo no Código de Defesa do Consumidor. Entenderam que tal dispositivo contratual, bem como a forma como foi operada a notificação configuraram violações aos deveres de informação, de boa-fé objetiva, de transparência e de equidade, além de frustrarem expectativas legítimas dos segurados. Argumentaram que o contrato de seguro tem por característica essencial o seu prolongamento no tempo, na medida em que o interesse dos contratantes é materializado pela segurança advinda da continuidade da relação contratual.</p>
<p>Relator: Desembargadora Heloísa Combat</p>
<p>Voto divergente: não houve.</p>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ACÓRDÃO Nº 05
<p>Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro Saúde em Grupo</p>
<p style="text-align: center;">2 TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</p>
<p>Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 70008644031</p>
<p>Data do julgamento: 20/10/2004</p>
<p>Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigos 46, 51 <i>caput</i> e inciso IV e Lei Federal nº 9.565/1998.</p>
<p>Doutrina: MARQUES, Claudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i>. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 425 e 527-543; MACHADO, Mauro Conti. e BOTTESIN, Maury Ângelo. <i>Lei dos planos e seguros de saúde</i>, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.13; NUNES, Luiz Antônio Rizzato. <i>Comentários à lei de plano e seguro saúde</i>, São Paulo, Saraiva, 1999, p.51-52.</p>
<p>Jurisprudência: foram mencionados os seguintes julgados, todos do TJRS, relatados pelo Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Lima: Apelação cível nº 70004127205, julgada em 09/10/2002; Apelação cível nº 70007940430, julgada em 23/06/2004; Apelação cível nº 70007942998, julgada em 23/06/2004; Apelação cível nº 70007943228, julgada em 23/06/2004.</p>
<p>Ementa: “PLANO DE SAÚDE. DENÚNCIA UNILATERAL DO CONTRATO PELA</p>

SEGURADORA. ALEGAÇÃO DA REQUERIDA DE QUE O TÉRMINO DO CONTRATO DECORREU DO TERMO PACTUADO PELAS PARTES. I INEFICÁCIA DA RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA DE VIGÊNCIA DA QUAL NÃO TEVE CIÊNCIA A AUTORA. INCIDÊNCIA DO ART. 46 DO CDC. II À SEGURADORA É VEDADA A RESCISÃO UNILATERAL DO PLANO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE PERMITE O DESFAZIMENTO UNILATERAL DO CONTRATO PELA DEMANDADA, EM FACE DO DISPOSTO NOS INCISOS IV E XV DO ART. 51 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. III IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.565/98. NÃO OBSTANTE, EMBORA INAPLICÁVEL AOS CONTRATOS ANTERIORES, A LEI Nº 9.565/98, POR SER ESPECÍFICA, IMPÕE UMA NOVA LEITURA AO ART. 51, IV, DO CDC, QUE É GENÉRICO, PORQUANTO POSITIVOU O QUE DEVE SER CONSIDERADO COMO OBRIGAÇÃO INÍQUA, ABUSIVA, DESVANTAJOSA E INCOMPATÍVEL COM A BOA-FÉ OU A EQUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA”.

Síntese dos fatos: Aspartes litigantes são Antipasti Produtos Alimentícios Ltda. (apelante) e Bradesco Saúde S/A (apelada). Havia entre as partes, desde o ano de 1997, contrato de seguro de reembolso de despesas médico-hospitalares “multiempresa”. Neste acordo, eram segurados os funcionários da Antipasti. No ano de 2002, a apelante recebeu uma carta da Bradesco Seguros informando que não mais renovaria o contrato, com fulcro em cláusula prevista na avença. Diante disso, a Antipasti, na qualidade de mandatária dos segurados moveu ação declaratória de nulidade da cláusula, na medida em que nunca tivera ciência de sua existência, juntamente com ação cautelar, processada em apenso, com o objetivo de manutenção do contrato. Sustentou a Bradesco Saúde que a rescisão ocorreu integralmente de acordo com os termos do contrato, em razão do término de vigência da apólice. Num primeiro momento, o pedido cautelar foi provido, mas, em sentença, tanto o pedido principal quanto o cautelar foram julgados improcedentes. Diante da sentença de primeiro grau, a Antipasti interpôs recurso de apelação.

Resultado de julgamento: recurso provido.

Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Sexta Câmara Cível do TJRS em dar total provimento à apelação. Sustentaram a decisão pelos seguintes argumentos: a carta que informava a intenção de não renovação do contrato não apontava nenhuma causa para tal ato e o argumento da apelada de que a renúncia de renovação não configurou rescisão unilateral e sim resolução por adimplemento do termo final não prospera, na medida em que os segurados não tiveram ciência dessa cláusula à época da contratação. Argumentam também que é aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, principalmente para se reconhecer a hipossuficiência da apelante, pois representante dos segurados. Diante deste regramento, a extinção do vínculo teria se operado de forma irregular tendo em vista que foram descumpridos deveres previstos no art. 6º do CDC, notadamente, o dever de informar. Salientam ainda os desembargadores que já há entendimento firmado na Sexta Câmara de que são abusivas todas as chamadas “cláusulas de liberação de vínculo”. Deste modo, ao reconhecerem que a cláusula sobre a qual se ampararia o direito da seguradora de romper o contrato é do tipo de liberação de vínculo, entendem os julgadores ser ela nula de pleno direito. Finalmente, argumentam que há abusividade na extinção também pelo fato de tal ato gerar extrema vantagem à seguradora, em detrimento de grande desvantagem para os segurados, o que é expressamente vedado pelo CDC. Diante destes argumentos, deram provimento aos pedidos principal e cautelar, declarando nula a rescisão e determinando a continuidade

do contrato por tempo indeterminado.
2.1 RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE LIMA
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 06
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro Saúde em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Tipo e número do recurso: Apelação Cível nº 70006464176
Data do julgamento: 02/03/2005
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigos 3º, §2º e 51, IV e XV.
Doutrina/ Jurisprudência: Apelação Cível nº 70008644031, TJRS, julgada em 20/10/2004, relatada pelo Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.
Ementa: “ <i>Apelação cível. Plano de saúde. Rescisão unilateral. Decretação da nulidade da cláusula contratual que determina possibilidade de rescisão unilateral pelo plano de saúde, forte no art. 51, incisos IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor, posto que abusiva. Determinada a manutenção do contrato por prazo indeterminado. Apelo provido</i> ”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Dalva Alves da Silveira (apelante) e Bradesco Seguro Saúde S/A (apelada). Havia contrato de seguro saúde entre as partes desde o ano de 1998. Um determinado dia, a segurada recebeu uma notificação da seguradora afirmando que não iria proceder à renovação da avença. Considerando tal iniciativa de não renovação ilegal e desmotivada, a segurada ingressou com ação declaratória de nulidade da rescisão, com pedido de tutela antecipada para a manutenção do contrato. Em sua contestação, a Bradesco Saúde alegou que não havia qualquer irregularidade na não renovação, tendo em vista que estava previsto no contrato a possibilidade de extinção quando do final da vigência da apólice. Alegam que como o contrato tinha prazo determinado, ao ser alcançado tal prazo, não havia mais obrigação de manutenção do vínculo. A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, condenando a segurada aos ônus de sucumbência. Irresignada com a sentença, segurada interpôs a apelação, reiterando os argumentos da petição inicial.
Resultado de julgamento: recurso provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Sexta Câmara Cível do TJRS em dar integral provimento ao apelo, pelos seguintes argumentos: a cláusula que, em tese, permitiria à seguradora não renovar o contrato não estava prevista na proposta que a segurada assinou. Deste modo, por nunca ter tido ciência da existência de tal dispositivo, ele não produz efeitos sobre a contratante. Sustentam ainda que a falta de justa causa na não renovação do pacto deve ser entendida como conduta abusiva, na medida em que contratos como o de seguro têm como característica essencial o seu prolongamento temporal o que faz com que as “rescisões” abruptas sejam permitidas somente em casos extremos como o inadimplemento recorrente de uma das partes. Por fim, sustentam a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato e afirmam que a conduta da seguradora violou importantes normas deste diploma legal, tais como a que prevê o dever de informação e a boa-fé objetiva. Deste modo, determinam a manutenção do contrato em seus termos originais por tempo indeterminado.

Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 07
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro Saúde em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 70006144794
Data do julgamento: 11/05/2006
Legislação mencionada: foi feita referência genérica ao Código de Defesa do Consumidor.
Doutrina/ Jurisprudência: Apelação Cível Nº 70004905394, TJRS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgada em 26/02/2003;Apelação Cível Nº 598081073, TJRS, Relator: Carlos Alberto Bencke, julgada em 18/06/1998;Agravo de Instrumento Nº 70000753327,TJRS, Relator: Osvaldo Stefanello, julgado em 03/05/2000;Apelação Cível Nº 70009542226, Relator: Artur Arnildo Ludwig, julgada em 13/04/2005.
Ementa: “ <i>APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO SAÚDE EM GRUPO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NEGATIVA À RENOVAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA SEGURADORA POR INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA CONSIDERADA DE RISCO. ABUSIVIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Configura-se abuso no exercício de direito seguradora que, após anos de contratualidade com os segurados, invoca cláusula autorizadora da negativa de renovação do mesmo, justamente quando mais necessitam da assistência. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA</i> ”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Cláudio Hauenstein e Reni Wietholter Hauenstein (apelantes) e Companhia de Seguros Aliança do Brasil (apelada). Havia entre as partes contratos de seguro de vida com inicial período de vigência de um ano, renovável por igual período. Trinta dias antes do prazo para extinção contratual, os apelantes recebem notificação da seguradora afirmando que suas apólices não seriam renovadas em virtude do fato de terem os segurados atingido idade que os colocaria em uma distinta faixa de cobertura, cujo prêmio era maior daquele que habitualmente pagavam. Deste modo, a seguradora não renovou as apólices originais e migrou automaticamente os segurados para outro plano com prêmio mais caro, que seria reajustado anualmente em função da idade dos segurados.Em virtude de tal conduta da seguradora, os segurados moveram ação declaratória de nulidade da cláusula que permitia a não renovação das apólices e a automática migração dos segurados para outro plano que traria a eles maiores desvantagens.Em primeiro grau os pedidos foram julgados improcedentes, razão pela qual os segurados interpuseram a apelação em comento.
Resultado de julgamento: recurso provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Sexta Câmara Cível do TJRS em acolher o apelo dos segurados, argumentando que como tais contratos são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a estipulação que permitia à seguradora não renovar o contrato e migrar as partes para outro mais desvantajoso, sem que estas pudessem discutir o pactuado viola os deveres de informação, lealdade e boa-fé objetiva, o que as torna abusivas e nulas de pleno direito. Argumentam também que a possibilidade de a seguradora alterar unilateralmente os acordos cria uma situação de extrema vantagem a ela em detrimento de extrema

desvantagem aos segurados, o que é expressamente vedado pela lei consumerista. Finalmente afirmam que o argumento de alteração do contrato, qual seja, a idade dos segurados, é ilegal por frustrar expectativas legítimas de cobertura securitária e gastos com tais contratos. Deste modo, ao acolherem o apelo para determinar a manutenção do contrato em seus termos originais, bem como a inversão do ônus de sucumbência.
Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil
Voto divergente: não houve.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACÓRDÃO Nº 08
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Fornecimento de Conexão de Internet
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 2005.001.20459
Data do julgamento: 14/09/2005
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigo 4º.
Doutrina/ Jurisprudência: não foi mencionada qualquer obra doutrinária ou precedente jurisprudencial.
Ementa: “ <i>CIVIL. INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. Prestadora de serviços de conexão com a Internet. Rescisão unilateral de contrato sem prévia comunicação. Inexistindo motivos justificáveis para a interrupção dos serviços de forma abrupta, tem o fornecedor a obrigação de informar ao consumidor, com antecedência e precisão, sobre as mudanças e conseqüências que dela advirão. Dano moral. Procedência. "Quantum" indenizatório que foi fixado dentro dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade</i> ”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes TVA Sistema de Televisão S/A (apelante) e Paulo Roberto Pinheiro (apelado). Havia entre as partes contrato de fornecimento de conexão de internet que foi abruptamente extinto pela TVA sem motivo aparente e sem aviso prévio regular. Indignado com o corte do fornecimento da conexão de internet, o consumidor moveu contra a fornecedora ação de indenização por danos morais, na medida em que além de ter a TVA procedido à rescisão contratual desmotivada e abruptamente, ela continuou a enviar cobranças à residência do consumidor meses depois de extinto o vínculo. A sentença de primeiro grau acolheu grande parte dos pedidos do consumidor, razão pela qual a TVA interpôs a apelação em tela, sustentando a legalidade da extinção do contrato e a inexistência de situação que ensejasse indenização por danos morais.
Resultado de julgamento: recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do TJRJ em negar provimento à apelação da fornecedora de serviços de internet na medida em que concordaram com o julgador de primeiro grau no que tange à ilegalidade e abusividade da extinção do vínculo, feita de forma repentina e sem causa justificativa, tendo em vista que o consumidor estava plenamente em dia com suas obrigações. Deste modo, entendem que a quebra do vínculo por iniciativa do fornecedor representa um desrespeito ao consumidor que justifica inclusive o pleito indenizatório a título de danos morais. O contrato, entretanto, não foi mantido, por não haver pedido nesse sentido.
Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 09
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Concessão de Crédito
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
Tipo e número do recurso: Agravo de Instrumento nº 2007.002.21515
Data do julgamento: 27/11/2007
Legislação mencionada: não houve qualquer referência à legislação.
Doutrina: não houve menção a nenhuma obra ou autor.
Jurisprudência: Apelação cível nº 2007.001.09207, TJRJ, julgada em 28/08/2007 e relatada pelo então Desembargador Luis Felipe Salomão.
<p>Ementa: “<i>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR QUE A AGRAVANTE RESTABELEÇA O CRÉDITO DO CHEQUE ESPECIAL. INSTITUIÇÃO QUE NÃO PODE SER OBRIGADA A CONTRATAR AD INFINITUM. ANÁLISE PERIÓDICA DOS RISCOS QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO OU O CANCELAMENTO DO CRÉDITO. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO DO AGRAVO.</i>”</p> <p><i>Inicialmente deve ser ressaltado que ninguém pode ser obrigado a manter um contrato ad infinitum, ante a liberdade de contratar que é inerente a cada contratante, isto é, ante a possibilidade conferida a cada parte de firmar ou não contratos. Assim, podem as instituições bancárias, periodicamente, realizar a análise dos riscos na concessão e na manutenção dos créditos para efeito de determinação do cancelamento dos mesmos. Cancelamento que tem por fim prevenir um maior endividamento. Eventuais prejuízos decorrentes dessa rescisão unilateral do contrato que deve ser objeto de ressarcimento quando do julgamento do mérito da ação ajuizada. Decisão interlocutória que se reforma. Provimento do agravo”.</i></p>
<p>Síntese dos fatos: São partes litigantes Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A (apelante) e Jacqueline da Silva Moreira (apelada). A apelada é correntista do Unibanco e tinha limite de cheque especial. Tal limite de crédito foi cancelado de forma unilateral pela instituição bancária, com prévia notificação à correntista. Indignada com tal cancelamento, a correntista moveu ação declaratória de nulidade de cancelamento de crédito com pedido de tutela antecipada de restabelecimento do limite de cheque especial contratado. O pedido cautelar foi acolhido em primeiro grau por decisão interlocutória, o que ensejou a interposição por agravo em comento, por parte da instituição bancária.</p>
Resultado de julgamento: Recurso provido
<p>Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Nona Câmara Cível do TJRJ em dar provimento ao agravo de instrumento sustentado pelos seguintes argumentos: houve regular notificação da rescisão do contrato de concessão de crédito, por meio de cartas enviadas à correntista subscritas pelo gerente da conta corrente. O banco não pode ser obrigado a contratar <i>ad infinitum</i>, pois isso violaria o princípio da liberdade contratual, um dos esteios do Direito Civil. Finalmente, a redução do limite de crédito é benéfica à própria correntista, na medida em que diminuiria as suas possibilidades de endividamento futuro.</p>
Relator: Desembargador Carlos Santos de Oliveira
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 10	
Natureza do caso:	Contratual – Contrato de Seguro Saúde Coletivo
Tribunal:	Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
Tipo e número do recurso:	Apelação cível nº 2006.001.08760
Data do julgamento:	11/07/2006
Legislação mencionada:	menção genérica à Lei nº 9.659/1998
Doutrina/ Jurisprudência:	não houve menção.
Ementa:	<p><i>“SEGURO SAÚDE EMPRESARIAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. REAJUSTE DE MENSALIDADES. LEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo. Contrato coletivo de prestação de serviços de assistência médica-hospitalar, dirigido a grupos específicos e limitados de pessoas, financiados com os recursos de seus filiados ou associados, não estando sujeitos às mesmas regras que os planos de saúde que são contratados por pessoa física. Contrato celebrado em 1997, e portanto antecedente à Lei n. 9.659/98, prevalecendo, no caso, as cláusulas contratuais que prevêm a possibilidade de rescisão por qualquer das partes, mediante aviso prévio, estando assente o entendimento de que em se tratando de contrato de seguro-saúde do tipo coletivo, não há vedação à denúncia unilateral da seguradora. De igual modo, no que tange ao índice de reajuste das mensalidades, por se cuidar de plano coletivo, que não está sujeito às regras ditadas pela Agência Nacional de Saúde, e sim à previsões contratuais, não revestidas, na hipótese, de qualquer abusividade. Recurso desprovido”.</i></p>
Síntese dos fatos:	<p>São partes litigantes Ética Empresa Imobiliária Ltda. (autora e apelante) e Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. (ré e apelada). A autora tinha contrato de assistência médica e hospitalar coletiva desde 1997. Em 1999, celebrou novo contrato para adaptar a relação à Lei nº 9.656/1998. O contrato foi renovado anualmente até 2004, quando foi a autora notificada da intenção da ré de reajustar o valor dos prêmios por parâmetro diverso do que ocorria anteriormente. A autora contranotificou não concordando com os índices de correção. A ré, então, recusou-se a renovar o contrato, valendo-se de cláusula contratual que a autorizaria a agir dessa forma. A autora propôs ação ordinária e ação cautelar. Na cautelar pediu a manutenção forçada do vínculo até decisão final do processo. A liminar foi deferida. Na ordinária pedia a declaração da nulidade da cláusula de reajuste contratual e da cláusula autorizadora da não renovação. Ambas as ações foram julgadas improcedentes em primeira instância. A autora interpôs recurso de apelação.</p>
Resultado de julgamento:	Recurso negado, por unanimidade.
Fundamentos principais do acórdão:	<p>Os desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do TJRJ entenderam que a cláusula autorizadora de não renovação e a cláusula de correção monetária do contrato eram lícitas, pelos seguintes fundamentos: a comunicação da não renovação foi feita com trinta dias de antecedência, conforme previa o contrato. Ademais, como o contrato foi celebrado em 1997, prevalecem as cláusulas contratuais que prevêm a possibilidade de rescisão por qualquer das partes, mediante aviso prévio, estando assente o entendimento de que em se tratando de</p>

contrato de seguro-saúde do tipo coletivo, não há vedação à denúncia unilateral da seguradora, por não se aplicar a Lei nº 9.656/1998. Quanto ao índice de reajuste das mensalidades, afirmaram que ao plano coletivo não se aplicam as regras da Agência Nacional de Saúde, mas as previsões contratuais. Tais previsões não podem ser consideradas, portanto, abusivas pois visam simplesmente restabelecer a paridade entre prestação e contraprestação contratual.
Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib
Voto divergente: não houve.

6.1.2. Conclusões parciais

Dos dez julgados analisados, oito deles tratam de contratos envolvendo planos ou seguros de saúde em grupo. Em todos eles não há aplicação direta da Lei nº 9.656/1998, que tem norma específica sobre a interrupção dos vínculos contratuais anuais, no sentido de proibir tal interrupção por ato unilateral e desmotivado da seguradora. Na falta da norma específica, tiveram os julgadores de se valer do Código de Defesa do Consumidor para solucionar as questões que foram colocadas.

O primeiro ponto merecedor de nota são as duas decisões do STJ. A 3ª e a 4ª Turmas do Tribunal Superior aplicaram o CDC aos casos e afirmaram ser nulas cláusulas contratuais ou atos jurídicos que levavam à extinção de vínculo contratual contratado a prazo, isto é, afirmaram que a não renovação do contrato pela parte mais forte da relação jurídica era abusiva, e portanto, vedada, mantendo as partes vinculadas e obrigadas entre si.

A mesma tendência existe nos Tribunais Estaduais. Tanto em Minas Gerais como no Rio Grande do Sul, as decisões (que faziam referência a várias outras no mesmo sentido) consideraram abusiva a ruptura do vínculo contratual mediante não renovação, a despeito de, em muitos casos, ter havido notificação com aviso prévio e existir cláusula contratual prevendo expressamente tal possibilidade.

Em quase todos os julgados a não renovação, embora sem motivação jurídica expressa, transparecia vontade de reajuste do preço do contrato pelo fornecedor.

O argumento utilizado por todos os julgados pode ser resumido assim: a interrupção do contrato de “assistência à saúde” (seguro, plano ou outra modalidade), sem justa causa (denúncia vazia), é vedada porque coloca o consumidor em posição de extrema desvantagem, pois ele se vê, de uma hora para outra, sem a segurança fornecida pelo contrato. Vários julgados mencionam a desequilíbrio de posições causado pela não

renovação: extrema desvantagem para o consumidor e vantagem para o fornecedor, que não mais terá de oferecer os serviços por aquele preço.

Quatro dos julgados fazem referência ou citam textualmente Cláudia Lima Marques. Esse não é um dado irrelevante. Significa que a teoria da autora (analisada aqui no item 3.4., *supra*) sobre os contratos cativos de longa duração influencia os juízes. Apesar de relativamente nova, a teoria da professora gaúcha “caiu nas graças” do Poder Judiciário e foi empregada para fundamentar as decisões orientadas à abusividade da não renovação do vínculo contratual.

O fato de ter havido diversas renovações sucessivas, antes da comunicação de não renovação, também serviu de fundamento a alguns dos acórdãos.

Boa parte dos julgados, inclusive os dois do STJ, determinaram a manutenção do contrato, isto é, sua prorrogação compulsória, por tempo indeterminado ou mesmo eternamente, se a situação das partes não se alterar.

O fato de serem todos contratos de “assistência à saúde” em grupo cuja maioria tinha como estipulantes empresários não impediu a aplicação do CDC, seja porque os autores das ações eram os próprios segurados, seja porque, nos casos em que os estipulantes dos contratos litigavam, o interesse do segurado, destinatário final da assistência contratada, era levado em conta a despeito de se tratar, formalmente, de uma lide interempresarial.

Um único julgado, do TJRJ, entendeu ser válida cláusula autorizadora da não renovação.

Foi no TJRJ que encontramos, também, dois julgados sobre contratos que não se referiam à saúde. Em um caso envolvendo fornecimento de sinal de internet e em outro envolvendo contrato de abertura de crédito (“cheque especial”), duas decisões em sentido oposto foram tomadas.

No primeiro, o Tribunal entendeu ser abusiva a ruptura do contrato pela prestadora dos serviços, por não ter dado ao consumidor o tempo necessário para se adaptar à nova situação decorrente da extinção do vínculo. Foi relevante para a decisão a ausência de justificativa da fornecedora para extinguir o contrato.

Já no caso do crédito de cheque especial, o Tribunal concluiu que era lícito da parte do Banco extinguir o vínculo, mediante aviso prévio, porque tal contrato traria

consigo a condição implícita de revisões contínuas, ao longo do tempo, o que facultaria à instituição financeira reavaliar se a correntista continua digna de receber o crédito ou não. Ademais, argumentaram os Desembargadores cariocas que a medida de interrupção *ad nutum* do vínculo era protetiva ao consumidor, evitando-se assim um maior endividamento de sua parte.

Das dez decisões analisadas, portanto, apenas duas consideraram lícita a interrupção do vínculo contratual. Para as oito restantes, a extinção do termo contratual originalmente fixado pelas partes não foi suficiente para se pôr fim à relação jurídica, tendo-se determinado sua manutenção ou, no mínimo, o ressarcimento das perdas decorrentes do término do contrato.

Dessa forma, podemos concluir que, no que se refere a contratos de consumo, notadamente aos contratos de assistência à saúde a que não se aplicam a Lei nº 9.656/1998, a tendência da jurisprudência é de prorrogar compulsoriamente os vínculos contratuais, com fundamento (i) no Código de Defesa do Consumidor, na (ii) colocação do consumidor em posição de extrema desvantagem e (iii) nas expectativas criadas pelas renovações sucessivas ocorridas no passado.

6.2. Contratos de seguro de vida

Passando aos contratos de seguro de vida, que preferimos estudar em separado haja vista a grande polêmica envolvendo sua prorrogação compulsória ou não, vamos olhar para quinze julgados dos seguintes tribunais: STJ, TJMG, TJRJ e TJSP.

Lembre-se, mais uma vez, que os julgados favoráveis à prorrogação compulsória dos contratos têm a primeira linha de sua ficha-resumo pintada de cinza. Já nos contrários ao prolongamento forçado do vínculo, a primeira linha está pintada de preto.

6.2.1. Fichas-resumo dos acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO Nº 11
Natureza do caso: Contratual – Contrato de seguro de vida
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 1.140.339/RS
Data do julgamento: 15/10/2009
Legislação mencionada: Súmulas 282 e 386 do STF Código de Processo Civil, art. 535 Súmulas 5 e 7 do STJ
Doutrina/ Jurisprudência: Referências aos seguintes julgados: AgRg no AI nº 517.952/MG e REsp nº 773.227/PR, ambos do próprio STJ.
Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. CLÁUSULA DE NÃO RENOVAÇÃO. ABUSIVIDADE. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 05 E 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Apesar da oposição de embargos de declaração pela recorrente, infere-se que o recurso integrativo não versou sobre os arts. 421, 757 e 796 do Código Civil de 2002, razão pela qual incidem as súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 3. Para que se enfraquecessem as razões do aresto impugnado no sentido de que a rescisão unilateral do contrato de seguro é uma atitude abusiva da seguradora, far-se-ia necessária a interpretação de cláusulas contratuais, bem como a incursão no conjunto fático-probatórios da demanda, providências vedadas em sede especial por obediência às súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.

4. <i>Conforme destacado na decisão agravada, não restou demonstrada a similitude fática entre os casos confrontados e a situação concreta posta a desate, o que torna impossível o conhecimento do recurso também pela alínea "c".</i>
5. <i>Agravo regimental desprovido”.</i>
Síntese dos fatos: São partes litigantes: Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A. (agravante) e Jean Maxime Emile Lefebvre (agravado). Trata-se de agravo regimental interposto pela Sul América com o objetivo de combater a decisão proferida, em sede de agravo denegatório de seguimento de recurso especial, pelo Ministro Fernando Gonçalves, que reconheceu ser o contrato de seguro de vida uma avença de trato sucessivo, cuja renovação automática da apólice é da própria natureza do negócio. Reconheceu, assim, que cláusulas que prevejam a possibilidade de não renovação, por parte da seguradora, são abusivas. O agravado havia contratado com a agravante seguro de vida, o qual previa cláusula de não renovação por parte da seguradora. A seguradora, fazendo uso desta disposição contratual, optou por não renovar a apólice do segurado, não apresentando para tal ato qualquer justificativa. Com isto, o segurado, Jean Maxime Emile Lefebvre moveu ação declaratória de nulidade da cláusula de não renovação, que foi julgada procedente em primeira instância, com este julgamento confirmado pelo TJRS e pelo STJ, resultando na manutenção forçada do contrato de seguro, nos moldes originalmente contratados, por tempo indeterminando.
Resultado de julgamento: Agravo Regimental desprovido, com manutenção forçada do contrato de seguro mantida.
Fundamentos principais do acórdão: os ministros da Quarta Turma do STJ decidiram por não prover o Agravo Regimental, por ser a matéria ventilada no recurso impassível de devolução ao STJ, em razão das súmulas 5 e 7. Ainda assim, o relator teceu argumentação no sentido de que, mesmo que o julgamento alcançasse a matéria de fundo, ele não traria melhor sorte ao agravante, já que é de entendimento assente naquele órgão que a rescisão unilateral e imotivada do contrato de seguro é atitude abusiva da seguradora, sendo, portanto, conduta nula. Assim sendo, houve manutenção do contrato, em razão da confirmação dos julgamentos anteriormente proferidos no caso.
Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Voto divergente: não houve.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO Nº 12
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Embargos Infringentes nº 1.0024.06.076131-9/004
Data do julgamento: 13/03/2008
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 6º e 51, XV, parágrafos 1º e 2º; Constituição Federal: arts. 5º, XXXII e 170, V.
Doutrina: foram citados trechos das seguintes obras: LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. <i>Aplicação do Código de Defesa do Consumidor</i> . Editora RT. 2003.p.33-35; BARROSO, Luís Roberto. <i>Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito</i> . Rio de Janeiro. Revista de Direito Administrativo. Volume 240: abril-junho de 2005.

p.21;

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Editora RT. 3ª Edição, 1999. p.141-145;

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 10ª Edição. 1984. p.43;

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Coimbra. Livraria Almedina. 2ª Edição. 1973. p. 196;

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 4º Volume. 16ª Edição. p. 204-205;

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro. Livraria Editora Politécnica. 1952. p.229-258;

COELHO, Fábio Ulhôa. *Os Valores do Direito Comercial e a Autonomia do Judiciário*. Brasília. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Número 2 - outubro de 2006, p.86;

Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados:

Apelação Cível nº 220.126-9, TJMG, julgado em 23.10.1996; Apelação Cível nº 233.177-1, TJMG, julgado em 12.09.1997; Recurso Especial nº 355.060/RS, STJ, julgado em 28.03.1994; Apelação Cível nº 280.300-1, TJSP, RT 662/133; Recurso Especial nº 187.492/SP, STJ, 08.03.1999; Apelação Cível nº 70022702724, TJRS, julgado em 23.01.2008 e Apelação Cível nº 70021992664, TJRS, julgado em 12.12.2007.

Ementa: “*EMBARGOS INFRINGENTES - CONTRATO DE SEGURO - RENOVAÇÃO ANUAL - RECUSA DA SEGURADORA - CANCELAMENTO - ABUSIVIDADE. A atividade securitária está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no seu artigo 3º, §2º. Configura prática abusiva o cancelamento unilateral de contrato em vigor (art. 51, XI, do Código de Defesa do Consumidor). A conduta da seguradora embargada, mais do que ilegal, é inconstitucional, porque atenta contra a vulnerabilidade do consumidor (Art. 5º, inc. XXXII, da CF/1988), o princípio da boa-fé e a justa confiança depositada na seguradora contratada. A cláusula pacta sunt servanda não é absoluta, não podendo prevalecer cláusula contratual que propicie enriquecimento sem causa de empresa seguradora. O direito, como princípio universal de operar, domina, com a moral, todas as ações humanas e, portanto, também as que tendem à satisfação das necessidades e à aquisição dos bens materiais. Domina todos os motivos humanos e, portanto, também os de natureza egoística e utilitária. Numa palavra, o direito domina a Economia (Giorgio Del Vecchio). V.v. Vencido o prazo de duração de contrato de seguro de vida em grupo e tendo a seguradora manifestado, em tempo hábil, sua intenção de não renová-lo, não é cabível impor-lhe essa renovação”*

Síntese dos fatos: são partes litigantes: José Maria Rabelo (embargante) e Sul América Seguros Vida e Previdência S.A. (embargada). A embargada manteve contrato de seguro com o embargante desde 1991, renovando-o até 2005. Em fevereiro de 2006, a seguradora comunicou o segurado de sua intenção de não renovar o contrato nos termos originais, propondo alteração de cláusulas. Alegou a seguradora que a renovação da avença havia se tornado inviável, tendo em vista que o segurado havia atingido faixa etária de maior sinistralidade. Diante de tal situação, o segurado moveu ação ordinária cujo objetivo era a manutenção do contrato de seguro nos termos originalmente contratados. A demanda foi julgada procedente em primeira instância. Houve apelação da seguradora, com provimento não unânime do recurso. Com isso, o

segurado opôs embargos infringentes para tentar reverter o resultado da apelação, tentativa esta que foi bem sucedida, resultando na renovação do contrato, em suas condições originais.
Resultado de julgamento: Recurso provido, vencidos a relatora e o terceiro vogal.
Fundamentos principais do acórdão: Os embargos infringentes foram providos por três votos a dois, vencidos os desembargadores Valdez Leite Machado e Evangelina Castilho Duarte, cujos votos se comentará a seguir. Os desembargadores Antônio de Pádua, Hilda Teixeira da Costa e Rogério Medeiros deram provimento ao recurso argumentando que um contrato de seguro de vida que perdurava por mais de quinze anos gerou no segurado uma expectativa legítima de cumprimento do ajuste, em todos os seus termos. Assim sendo, não seria lícita, nem moral, a conduta da seguradora de suprimir abruptamente tal expectativa, justamente por ocasião do envelhecimento do segurado, que é quando este mais necessitaria de se precaver, por meio de um contrato de seguros. Deste modo, entenderam pela renovação compulsória do contrato de seguro de vida, em seus termos originais, embasados no que o Des. Rogério Medeiros chamou de “princípio da proteção da confiança do consumidor” e no princípio da boa fé objetiva.
Relator: Desembargadora Evangelina Castilho Duarte (voto vencido).
Voto divergente: da própria relatora e do Des. Valdez Leite Machado, que votaram pelo não acolhimento dos embargos infringentes, sob o argumento de que todos os contratos podem ser revistos ou reajustados de acordo com alterações econômico-sociais que gerem algum tipo de desequilíbrio no sinalagma. Afirmam que o fato de o segurado ter atingido idade que representa maior sinistralidade autoriza a seguradora a negociar novos termos contratuais, por se tornar maior o risco a ser segurado, não havendo, portanto, qualquer ilicitude na conduta de não renovação do contrato em suas disposições originais. Alegam também que, por força do princípio da autonomia privada, diretriz maior do direito contratual, nenhuma das partes de um negócio pode ser forçada a nele se manter vinculado quando já é expressa a sua vontade de vê-lo desfeito.

ACÓRDÃO Nº 13
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0701.06.139094-7/002(1)
Data do julgamento: 09/06/2009
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 6º, V, 51, IV e 54, <i>caput</i> ; Código Civil de 2002: Arts. 422 e 757
Doutrina/ foram citados trechos das seguintes obras: PEREIRA, Caio Mário da Silva. <i>Instituições de Direito Civil</i> . Volume III. 11ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004. p.453. NERY Jr., Nelson. <i>Código Civil Anotado e Legislação Extravagante</i> . 2ª Edição. São Paulo. RT. 2003. p.339.
Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados: Recurso Especial nº 602.397/RS, STJ, julgado em 21.06.2005 e Apelação Cível nº 1.0024.06.206521-4/002, TJMG, julgado em 30.08.2007.
Ementa: “AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO - ADITIVO CONTRATUAL - AUMENTO DAS MENSALIDADES SOB PENA DE NÃO-RENOVAÇÃO - ABUSIVIDADE -

<i>VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA.- Embora a conduta da seguradora, consistente na não renovação de apólice de seguro de vida, seja respaldada por cláusula contratual, tal disposição implica violação da boa-fé objetiva, justamente por frustrar a expectativa dos segurados de, a longo prazo ou indefinidamente, garantir a vida contra riscos indeterminados.- Assim, por se tratar de contrato de adesão cujo escopo principal é a continuidade no tempo, não há como se admitir a validade de cláusula que permita a não renovação do contrato pelo segurador. Afinal, é decorrência lógica da boa-fé objetiva a proibição do venire contra factum proprium, ou seja, a vedação da conduta da parte que entra em contradição com conduta anterior, como ocorre no caso do segurador que, para se livrar do risco assumido, opta, subitamente, pelo aumento das mensalidades, sob pena de não renovar a apólice que, por anos, era renovada automaticamente”.</i>
Síntese dos fatos: são partes litigantes: Sul América Seguros Vida e Previdência S.A. (apelante) e Fazenda Santa Elza (apelada). A Fazenda Santa Elza era estipulante de seguro de vida em grupo, prestado pela Sul América. Esta, no curso da execução do contrato, reajustou os valores das mensalidades de forma injustificada. Inconformada com tal conduta, a Fazenda Santa Elza ajuizou ação de revisão contratual cumulada com consignação em pagamento, pleiteando a manutenção das taxas inicialmente avençadas. A ação foi julgada procedente, razão pela qual a Sul América interpôs recurso de apelação.
Resultado de julgamento: Negaram provimento ao recurso
Fundamentos principais do acórdão: Os Desembargadores da 18ª Câmara Cível do TJMG negaram provimento à apelação interposta pela seguradora e determinaram a manutenção dos termos contratuais originalmente avençados, amparados nos seguintes argumentos: afirmam que o risco de aumento no número de sinistros não justifica, por si só, o aumento no valor do prêmio. Acrescentam ainda que tais reajustes desequilibram a relação contratual, provocando onerosidade excessiva ao consumidor, o que viola também a boa fé objetiva.
Relator: Desembargador Elpídio Donizetti
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 14
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0342.07.090179-4/003(1)
Data do julgamento: 01/04/2008
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Art. 3º, parágrafo 2º Código de Processo Civil: Art. 20, parágrafos 3º e 4º.
Doutrina: foi citado trecho da seguinte obra: MARQUES, Cláudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i> . Editora RT. 3ª Edição, 1999. p.394-396;
Jurisprudência: foi citado trecho do seguinte julgado: Apelação Cível nº 1.0024.06.218915-4/002, TJMG, julgada em 11.08.2007.
Ementa: “ <i>CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. O contrato de seguro em exame, sendo de trato sucessivo, pressupõe continuidade no tempo e, estando as condições</i>

<i>iniciais mantidas, não deve ser rescindido unilateralmente pela seguradora, a menos que incidam inevitavelmente fatores não previsíveis no momento da contratação, capazes de alterar de forma significativa o equilíbrio contratual. Impossível, portanto, a recusa unilateral por parte da seguradora da renovação do contrato de seguro de vida. Apelação não provida”.</i>
Síntese dos fatos: são partes litigantes: AGF Brasil Seguros S.A. (apelante) e Fábila Maria de Macedo Aidar e outro (apelados). Os apelados mantinham com a AGF Seguros, há mais de 10 anos, seguro de vida, renovado anualmente. Pouco tempo antes do vencimento do prazo do contrato, a seguradora os notificou de seu desinteresse na renovação da avença, sem apresentar qualquer justificativa. Diante disto, os segurados ajuizaram ação de cumprimento de contratual, requerendo a manutenção do contrato de seguro de vida nos termos e condições inicialmente contratadas. A ação foi julgada procedente, razão pela qual a seguradora interpôs o recurso de apelação ora analisado.
Resultado de julgamento: negaram provimento ao recurso
Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 10ª Câmara Cível do TJMG entenderam pelo não provimento do apelo da seguradora, sob o seguinte fundamento: afirmam os julgadores que a conduta da seguradora violou a boa fé objetiva e as normas consumeristas ao quebrar expectativa legítima de renovação do contrato, que vinha sendo reforçada há mais de 10 anos. Sustentam também que rompimentos abruptos, imotivados e unilaterais de contratos de consumo são abusivos e, portanto, nulos. Finalizam afirmando que o contrato de consumo é de trato sucessivo, pressupondo continuidade no tempo, devendo suas condições iniciais de contratação ser mantidas, a não ser que incidam fatores não previsíveis no momento da contratação, que sejam capazes de alterar significativamente o equilíbrio contratual.
Relator: Desembargador Cabral da Silva
Voto divergente: não houve

ACÓRDÃO Nº 15
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0145.07.413817-6/001(1)
Data do julgamento: 17/12/2008
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 2º e 3º Código Civil de 2002: art.760.
Doutrina/Jurisprudência: não foram feitas menções a obras doutrinárias ou a julgados.
Ementa: “ <i>APELAÇÃO - SEGURO DE VIDA - NEGATIVA DE RENOVAÇÃO - PREVISÃO CONTRATUAL - NOVA APÓLICE EM SUBSTITUIÇÃO - DESVANTAGEM PARA O SEGURADO - BOA-FÉ CONTRATUAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - SUPREMACIA -NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - POSSIBILIDADE. A cláusula que sujeita o segurado à nova apólice, em condições desvantajosas, contraria a boa-fé contratual, a dignidade do contratante, e a função social do contrato, especialmente quando gera ingresso em outro plano de seguro disponível no mercado que além de oneroso, poderá inviabilizar eventual recusa diante do risco, notoriamente mais acentuado, em razão de sua idade”.</i>

<p>Síntese dos fatos: são partes litigantes: Rubens Frederico de Araújo (apelante) e Companhia de Seguros Minas Brasil (apelada). O apelante era beneficiário de seguro de vida em grupo cujo prêmio foi descontado de seu salário por longo período de tempo. A seguradora enviou-lhe notificação informando que não havia mais interesse na renovação do contrato, nos termos originalmente contratados, facultando ao segurado a possibilidade de contratação de nova apólice, com cobertura diferente e reajuste de 2.000% (dois mil por cento). Indignado com a postura da seguradora, o segurado moveu ação de obrigação de fazer, requerendo a manutenção do contrato de seguro de vida, nos moldes originalmente contratados, por considerar extremamente injusto o fato de ter pago prêmio regularmente por anos a fio e ser privado de qualquer tipo de cobertura em virtude do fato de ter alcançado a chamada “idade de risco”. A demanda foi julgada improcedente em primeira instância, razão pela qual o segurado interpôs o recurso de apelação ora analisado.</p>
<p>Resultado de julgamento: Deram provimento ao recurso.</p>
<p>Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 11ª Câmara Cível entenderam pelo provimento do apelo interposto pelo segurado, apoiando-se nos seguintes argumentos: afirmam que, por se tratar de contrato bilateral, não pode a seguradora impor a substituição da avença por outra em que é patente a perda de muitas garantias anteriormente firmadas, colocando o segurado em posição extremamente desvantajosa, sob o mero argumento de readequação da carteira de seguros. Sustentam ser injusto o fato de o segurado ser privado de qualquer tipo de cobertura, após o pagamento de inúmeras e sucessivas mensalidades, pois isto abala expectativas legítimas do segurado e atenta contra o princípio da segurança jurídica.</p>
<p>Relator: Desembargador Afrânio Vilela</p>
<p>Voto divergente: não houve.</p>

ACÓRDÃO Nº 16
<p>Natureza do caso: Contratual – Contrato de Vida</p>
<p>Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais</p>
<p>Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0701.08.214173-3/001(1)</p>
<p>Data do julgamento: 26/11/2008</p>
<p>Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 6º, IV e V, 51, XI e 54, parágrafo 2º; Código Civil de 2002: arts. 795.</p>
<p>Doutrina: não foram feitas menções a obras doutrinárias.</p>
<p>Jurisprudência: foi mencionado o seguinte julgado: Apelação Cível nº 1.0702.07.358545-8/003, julgada em 26.03.2008.</p>
<p>Ementa: “<i>APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO - RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA - RESCISÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O contrato sinalagmático de seguro de vida tem por objeto a segurança futura do(s) beneficiário(s), e por isto de ser precedido de sólida base em estudos atuariais por parte das seguradoras que não os pode rescindir unilateral e injustificadamente</i>”.</p>
<p>Síntese dos fatos: são partes litigantes: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. (apelante) e Fausto Guaritá Sabino (apelado). As partes mantiveram, por longo tempo, contrato de seguro de vida. Certa feita, a seguradora notificou o Sr. Fausto Guaritá Sabino informando-o de reajuste no seu prêmio, que seria devido em razão de incremento no risco causado pela nova faixa etária atingida pelo segurado.</p>

Inconformado com os reajustes, que entendia indevidos, o segurado moveu ação consignatória depositando em juízo o valor do prêmio inicialmente contratado e requerendo a declaração da nulidade do reajuste e a conseqüente manutenção do contrato em seus termos originais. A ação foi julgada procedente em primeira instância. Não satisfeita com o resultado do julgamento, interpôs a seguradora o recurso em tela.
Resultado de julgamento: Negaram provimento ao recurso.
Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 12ª Câmara Cível do TJMG entenderam pelo não provimento do apelo interposto pela seguradora, sob o seguinte fundamento: o princípio da boa fé, que lastreia as relações de consumo, implica no repúdio a condutas como a da seguradora de modificar, unilateralmente, regras contratuais em uma relação continuada, gerando excessiva desvantagem ao segurado e frustrando suas expectativas de continuidade.
Relator: Desembargador Nilo Lacerda
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 17
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro contra Acidentes Pessoais
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0024.06.218976-6/002(1)
Data do julgamento: 17/09/2008
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: arts.757 e 1.443.
Doutrina: foram citados trechos das seguintes obras: GOMES, Orlando. <i>Contratos</i> . Rio de Janeiro. Editora Forense. 10ª Edição. 1984. p.415; TEPEDINO, Gustavo. <i>Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República</i> . Volume II. 2006. p. 561;
Jurisprudência: foi citado trecho do seguinte julgado: Apelação Cível: nº 1.0056.03.065024-8/001, TJMG, julgado em 05.12.2006.
Ementa: “ <i>SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS. RENOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO FORNECEDOR MANTER OS MESMOS TERMOS VIGENTES. NOVOS PLANOS ADEQUADOS AO CONTEXTO ATUAL. COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. NÃO ADESÃO. RESCISÃO DO VÍNCULO. POSSIBILIDADE - VOTO VENCIDO. O contrato de proteção à pessoa contra risco de acidente pressupõe a obrigação do segurador de garantir o risco assumido, enquanto vigente o pacto. Todavia, não se vê no teor do ajuste inicial a eternidade imutável de suas cláusulas, admitindo-se por isso modificações posteriores a fim de ser mantido o equilíbrio contratual. Advindo o termo final do contrato sem que o consumidor, embora devidamente notificado, opte pelas novas propostas fornecidas pela seguradora adaptadas à conjectura atual, é lícita a não renovação do contrato. V.v.: A seguradora não pode sujeitar o segurado a aderir a nova apólice, cujas condições lhe sejam altamente desvantajosas, contrariando os princípios da boa-fé contratual, dignidade da pessoa humana e da função social do contrato, especialmente ao implicar na rescisão da relação contratual, quando o ingresso em outro plano de seguro disponível no mercado além de mais onerosa, poderá inclusive ser inviabilizada por eventual recusa do risco, notoriamente mais acentuado, em razão de sua idade”.</i>

Síntese dos fatos: são partes litigantes: Aparecida Mendes Vieira (apelante) e Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. (apelada). A apelante era beneficiária de seguro coletivo contra acidentes pessoais, prestado pela apelada. Esta, não mais interessada em renovar o contrato quando a segurada completou 53 anos de idade, notificou antecipadamente a apelada, dando o contrato por extinto quando do implemento de seu prazo final. A segurada, inconformada com a extinção, ajuizou ação cujo objeto era a manutenção do contrato em suas condições originais. A ação foi julgada improcedente, razão pela qual a segurada interpôs o recurso de apelação.
Resultado de julgamento: Recurso não provido, vencido o vogal.
Fundamentos principais do acórdão: Os Desembargadores Selma Marques e Fernando Caldeira Brant decidiram por negar provimento à apelação, sustentado seus votos no argumento de que a não renovação do negócio decorre de exercício de direito expressamente previsto no contrato, tendo agido a seguradora de boa fé, ao informar o segurado com antecedência de sua intenção de não mais prolongar a avença.
Relator: Desembargadora Selma Marques
Voto divergente: voto do vogal, Desembargador Afrânio Vilela, que afirmou ter razão a segurada em pleitear a manutenção do contrato, por ter sido a conduta da seguradora abusiva, ao rescindir um contrato sem apontar à segurada qualquer justificativa razoável para tanto. Ressaltou o julgador que a extinção operada pela apelada é atentatória às normas consumeristas e à boa fé objetiva por frustrar expectativa da segurada de renovação do negócio, no momento em que mais passaria a precisar da cobertura securitária.

ACÓRDÃO Nº 18
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0024.06.101066-6/006(1)
Data do julgamento: 06/11/2008
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 51, XI Código de Processo Civil: Art. 330,I
Doutrina/ foram citados trechos das seguintes obras: NERY Jr., Nelson. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 9ª Edição. São Paulo. Editora RT. 2006. p.523; MARQUES, Cláudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i> . Editora RT. 3ª Edição, 1999. p.394-396.
Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados, todos proferidos pelo próprio TJMG: Apelação Cível nº 1.0024.06.218980-8/002, julgada em 01.03.2008; Apelação Cível nº 1.0024.06.196473-0/002, julgada em 09.08.2009; Apelação Cível nº 1.0701.06.165367-4/002, julgada em 10.05.2008; Apelação Cível nº 1.0024.06.207862-1/002, julgada em 10.01.2008 e Apelação Cível nº 1.0024.06.218985-7/003, julgada em 07.06.2007.
Ementa: “ <i>PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - VIGÊNCIA ANUAL - NÃO RENOVAÇÃO - POSSIBILIDADE - COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO SEGURADO. - Sendo o magistrado o destinatário da prova, não há se falar em cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, feito em consonância ao disposto no art. 330 do</i>

<i>CPC, uma vez reconhecida a dispensabilidade da dilação probatória eis que o feito encontra-se maduro o suficiente para julgamento. - É impossível compelir a seguradora a renovar ad aeternum o contrato de seguro de vida, sob as mesmas condições inicialmente pactuadas, haja vista que a rescisão do contrato é prerrogativa das partes, não podendo ser considerada direito do segurado, exigindo-se, todavia, para a sua validade, a comunicação do desinteresse pela renovação, mediante aviso prévio de trinta dias, anterior ao vencimento do contrato”.</i>
Síntese dos fatos: são partes litigantes: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. (apelante) e ABC - Associação Brasileira de Consumidores (apelada). A apelada moveu ação civil pública contra a seguradora, em que obteve a procedência dos seguintes pedidos: (i) declaração do direito dos segurados, representados pela entidade, de manterem ou renovarem os contratos de seguro de vida e acidentes pessoais nos termos até então pactuados; (ii) determinação à seguradora de retomada, nas condições originais, de todos os contratos que haviam sido unilateralmente cancelados por ela; (iii) determinação à seguradora de comunicação dos itens acima a todos os consumidores que foram obrigados a aderir a novas modalidades do contrato. Diante da prolação desta sentença, a seguradora interpôs recurso de apelação com objetivo de reverter o julgamento acima descrito.
Resultado de julgamento: Deram provimento ao recurso.
Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 17ª Câmara Cível do TJMG deram provimento, por unanimidade, ao apelo da Sul América Seguros, sustentando os seguintes argumentos: afirmaram os julgadores que o contrato de seguro é temporário, anual e contém previsão expressa e bilateral de não renovação, inexistindo no ordenamento brasileiro qualquer regra que preveja a obrigação de um contratante ser mantido numa avença quando os termos nela constantes não mais lhe interessam. Sustentaram, ainda, que não há qualquer ilicitude na não renovação de contratos após o advento do termo final, quando esta é precedida de notificação pela parte denunciante. Finalmente, argumentaram que as cláusulas de reajuste por faixa etária, previstos nos contratos objeto da demanda, são indispensáveis à higidez do contrato, uma vez que o seguro não pode ter um prêmio mensal congelado, em face ao incremento do risco do segurando, não sendo, portanto, abusivas.
Relator: Desembargadora Irmair Ferreira Campos
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 19
Natureza do caso: Contratual – Contrato
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0024.06.104672-8/002(1)
Data do julgamento: 08/10/2009
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: Arts. 6º, V e 51; Código Civil de 2002: arts. 774, 796. Constituição Federal: art. 5º, XXXII, 170, V e 48 das Disposições Transitórias;
Doutrina/ foram citados trechos das seguintes obras: MARQUES, Cláudia Lima. <i>Contratos no Código de Defesa do Consumidor</i> . Editora RT. 3ª Edição, 1999. p.394-396;

<p>ALVES, Jones Figueiredo. <i>Novo Código Civil Comentado</i>. 5ª Edição. São Paulo, Saraiva. 2006.p.634.</p> <p>ROSENVALD, Nelson. <i>Direito Civil - Parte Geral</i>. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2006.p.484.</p> <p>Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados, todos proferidos pelo próprio TJMG:</p> <p>Apelação Cível: nº 1.0024.06.101066-6/006, julgada em 06.11.2008; Apelação Cível nº 1.0024.06.196473-0/002, julgada em 09.08.2008; Apelação Cível nº 1.0701.06.165367-4/002, julgada em 10.05.2008; Apelação Cível nº 1.0024.06.207862-1/002, julgada em 10.01.2008; Apelação Cível nº 1.0024.06.218985-7/003.</p>
<p>Ementa: “<i>CONTRATOS DE SEGURO EM GRUPO. VIGÊNCIA ANUAL. RENOVAÇÃO NOS MOLDES ANTERIORES. DESINTERESSE. NOTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE INEXISTENTE. 1- Inexistindo nas contratações qualquer estipulação expressa de que futura contratação teria que dar-se nos mesmos moldes e condições da antiga, não possui o autor direito à sua pretensão. 2- É impossível compelir a seguradora a renovar ad aeternum o contrato de seguro de vida, sob as mesmas condições inicialmente pactuadas, haja vista que a rescisão do contrato é prerrogativa das partes, não podendo ser considerada direito do segurado, exigindo-se, todavia, para a sua validade, a comunicação do desinteresse pela renovação, mediante aviso prévio de trinta dias, anterior ao vencimento do contrato</i>”.</p>
<p>Síntese dos fatos: são partes litigantes: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A.(apelante) e José Eduardo Cabral dos Santos (apelado). Havia entre as partes contrato de seguro de vida, que foi reajustado pela seguradora em virtude do fato de ter o segurado alcançado idade mais avançada. Inconformado com os aumentos impostos pela seguradora, José Eduardo Cabral dos Santos ajuizou ação requerendo a manutenção do contrato nos termos originalmente pactuados. A ação foi julgada procedente em primeira instância, razão pela qual a seguradora interpôs o recurso de apelação ora analisado.</p>
<p>Resultado de julgamento: Deram provimento ao recurso, vencida a revisora.</p>
<p>Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores FranciscoKupidlowski e Nicolau Masselli, da 13ª Câmara Cível do TJMG, entenderam pelo provimento do apelo da seguradora, sustentando os seguintes argumentos: afirmaram os julgadores que o reajuste efetuado pela Sul América é amparado por normas da SUSEP, que ressaltam a possibilidade de aumento no prêmio quando o segurado atinge idade com maior índice de sinistralidade. Afirmam também que o congelamento do prêmio, determinado por sentença, implicaria em desequilíbrio contratual, que não poderia ser suportado pela seguradora, em virtude do incremento do risco. Finalizam seus votos defendendo a tese de que não é possível forçar as partes de um contrato a executá-lo, por tempo indeterminado, segundo seus termos iniciais, pois alterações circunstanciais podem forçá-lo a ser revisto ou revogado.</p>
<p>Relator: Desembargador Francisco Kupidlowski</p>
<p>Voto divergente: da revisora, Desembargadora Cláudia Maia, que entendeu pelo não provimento da apelação, sustentando a tese de que a conduta da seguradora violava, ao mesmo tempo, normas consumeristas e a boa fé objetiva, por representar a quebra de uma expectativa legítima do consumidor (segurado) de manutenção do contrato nos termos inicialmente ajustados. Afirmar a revisora que a apelante não comprovou</p>

qualquer incremento no risco sendo o reajuste por ela implementado completamente abusivo e injustificado, gerando excessiva desvantagem ao consumidor.

ACÓRDÃO Nº 20	
Natureza do caso:	Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal:	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso:	Apelação nº 1.0702.06.323317-6/002(1)
Data do julgamento:	02/02/2010
Legislação mencionada:	Código de Defesa do Consumidor: Art. 39, V. Código Civil de 2002: arts. 760 e 770. Circular nº 302 da SUSEP: Art.108.
Doutrina:	foram citados trechos das seguintes obras: ALVIM, Pedro. <i>Contrato de Seguro</i> . 2ª Edição. P. 514; TZIRULNIK, Ernesto. <i>Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro</i> . 2ª Edição. p.38; GONÇALVES, Carlos Roberto. <i>Direito Civil Brasileiro</i> . Volume III. Saraiva. 2004. p.20; FILOMENO, José Geraldo Brito. <i>Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto</i> . 8ª Edição. Editora Forense Universitária. 2005. p.17; FORNACIARI Jr., Clito. <i>O Novo Agravo: Um Retrocesso</i> . Editora Forense. p.66.
Jurisprudência:	foram citados trechos dos seguintes julgados: Apelação Cível nº 1.0342.06.079458-9/001, TJMG, julgada em 26.06.2007; Apelação Cível nº 2.0000.00.459783-3/000, TJMG, julgada em 01.02.2005; Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.430265-8/000, TJMG, julgado em 15.05.2004; Apelação Cível nº 1.0701.06.165367-4/002, TJMG, julgada em 22.04.2008; Apelação Cível nº 1153902-0/0, TJSP, julgada em 28.04.2009; Apelação Cível nº 2004.027543-4, TJSC, julgada em 28.06.2005.
Ementa:	“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO CONTRATUAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - SEGURO DE VIDA - CONTRATO RENOVADO SUCESSIVAMENTE EM CONTINUAÇÃO - NOTIFICAÇÃO DOS SEGURADOS - NOVAS OPÇÕES PARA RENOVAÇÃO - POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE CLÁUSULAS OU CESSAÇÃO DA AVENÇA. - Nos termos dos artigos 1.448 do Código Civil/ 1916, reproduzido no artigo 760 do atual, o contrato de seguro é obrigatoriamente estabelecido com prazo determinado. - Embora renovado, pode, qualquer das partes, manifestar vontade de renovação, ou não e, ao seu término, fixar novas bases contratuais”.
Síntese dos fatos:	são partes litigantes: Américo Antônio Zardo Neto e outros (apelantes) e Sul América Seguros de Vida e Previdência e outra (apeladas). Os apelantes mantinham com as apeladas seguro de vida com diversas garantias. A seguradora, por intermédio da corretora, notificou os apelantes de sua falta de interesse na renovação do contrato em seus moldes originais, propondo nova contratação, menos vantajosa aos apelantes. Inconformados com a alteração no panorama contratual, Américo Antônio Zardo Neto, Carlos Augusto Guimarães Guilherme e Luiz Fernando Pucci ajuizaram ação ordinária de manutenção do contrato, com pedido de antecipação de tutela. Em cognição sumária foi concedida medida liminar que, entretanto, foi

revogada com a prolação da sentença. Diante disto, os segurados interpuseram o recurso de apelação ora analisado.
Resultado de julgamento: negaram provimento ao recurso.
Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 9ª Câmara Cível do TJMG entenderam pelo não provimento do apelo dos segurados, sustentando a seguinte tese: afirmam os julgadores que as alterações propostas pela seguradora refletem uma alteração circunstancial no perfil dos segurados que, por incrementar o risco suportado pela seguradora, implica em incremento inexorável do prêmio a ser pago. Afirmam que manter congelado o valor das mensalidades resultaria em desequilíbrio contratual e excessiva onerosidade para a seguradora. Finalmente, sustentam que não se pode forçar, por via judicial, uma parte a manter um vínculo contratual quando este não mais lhe interessa.
Relator: Desembargador Osmando Almeida
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 21
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação nº 1.0024.06.207871-2/001(1)
Data do julgamento: 23/09/2009
Legislação mencionada: não houve menção específica à legislação.
Doutrina: foi citado trecho da seguinte obra: ALVES, Jones Figueiredo. <i>Novo Código Civil Comentado</i> . 5ª Edição. São Paulo, Saraiva. 2006.p.634.
Jurisprudência: foram citados trechos dos seguintes julgados, todos proferidos pelo próprio TJMG: Apelação Cível nº 1.0145.07.378196-8/001, julgada em 26.03.2008; Apelação Cível nº 1.1045.07.415317-5/001, julgada em 15.10.2008; Apelação Cível nº 1.0024.07.669231-8/001, julgada em 12.02.2009 e Embargos Infringentes nº 1.0024.06.196473-0/003, julgados em 18.03.2009.
Ementa: “ <i>DIREITO CIVIL - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - TERMO TEMPORAL DO PACTO - SEGURADORA - RENOVAÇÃO - MOLDES ANTERIORES - DESINTERESSE - NOTIFICAÇÃO - ADEQUAÇÃO DO PLANO - POSSIBILIDADE E NECESSIDADE - ABUSIVIDADE - INEXISTÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. Nenhuma das partes contratantes deve ser obrigada a permanecer vinculada a um laço obrigacional que deixou de ser conveniente, desde que, não havendo quebra de contrato, seja respeitado o prazo de vigência do acordo e as cláusulas estipuladas pelas partes, inclusive quanto à forma de rescisão. Não há que se falar em qualquer procedimento discriminatório, uma vez que o único objetivo da seguradora é manter o equilíbrio financeiro da carteira de clientes. No caso específico do seguro de vida, normal que a senilidade do segurado constitua incremento ao risco de ocorrência do evento gerador da indenização, que é a morte. Não se vislumbra conduta ilegítima da seguradora que, atentando-se aos termos do contrato, comunica ao segurado a sua intenção em não renovar a apólice nos moldes anteriores, quando do término da avença</i> ”.
Síntese dos fatos: são partes litigantes: Marli Zacarias Mendes (apelante) e Sul

América Seguros de Vida e Previdência S.A. (apelada). De 1999 a 2006, mantiveram as partes contrato de seguro de vida que era anual e automaticamente renovado. Em julho de 2006, entretanto, a seguradora notificou a segurada, informando-a de que o contrato, nos moldes inicialmente contratados, seria extinto em setembro de 2006. No mesmo documento, a seguradora facultava à segurada a possibilidade de efetuar nova contratação de apólice com diferentes coberturas e prêmio de maior valor. Inconformada com tal situação, a segurada ajuizou ação em que requereu a renovação do seu contrato de seguro, nos termos e condições inicialmente contratados. A demanda foi julgada improcedente em primeira instância, razão pela qual a segurada interpôs o recurso de apelação.
Resultado de julgamento: Negaram provimento ao recurso
Fundamentos principais do acórdão: Os desembargadores da 16ª Câmara Cível do TJMG entenderam pelo não provimento do apelo interposto pela segurada, sob o seguinte fundamento: afirmam os julgadores que o fato de a apólice de seguro ter sido renovada anualmente, por longo período, não implica necessariamente na obrigatoriedade de novas prorrogações. Sustentam também que a não renovação não caracteriza conduta abusiva, se o segurado é previamente notificado e se a seguradora prova a inviabilidade da manutenção do contrato frente a novas circunstâncias. Finalizam afirmando que a autonomia privada é soberana no que tange ao Direito Contratual, razão pela qual não se pode impor a uma parte a manutenção de um vínculo contratual quando a esta falta a vontade de mantê-lo.
Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza
Voto divergente: não houve

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACÓRDÃO Nº 22
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 2007.001.35579
Data do julgamento: 02/10/2007
Legislação mencionada: foi feita menção genérica ao Código de Defesa do Consumidor.
Doutrina/ Jurisprudência: não houve qualquer referência a obra doutrinária ou precedente jurisprudencial.
Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - Seguros de vida. Rescisão unilateral. - Segurado com 71 anos de idade. - Recusa na renovação do contrato. Sentença de procedência do pedido para obrigar as seguradoras à renovação dos contratos. Reconhecimento de ocorrência de danos morais. Fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais.) Preliminares de prescrição, falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva da 2ª Apelante. Rejeição. - Alegação de contrato adesivo, seguro garantia de operação financeira, que se extingue com o término da obrigação principal. - Aplicação do CDC. - Verificado desequilíbrio contratual. Necessidade de observância do princípio da razoabilidade, com a redução da verba indenizatória para R\$ 6.000,00 (seis mil reais). - Reforma parcial da sentença. - REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Companhia de Seguros Aliança do Brasil

<p>(primeira apelante), BB Corretora de Seguros e Administradora de Bens S/A (segunda apelante) e Acyr Siqueira de Castro (apelado). O segurado havia contratado com as empresas apelantes dois contratos de seguro de vida no ano de 1999. No ano de 2005, a primeira apelante cancelou um dos contratos, lançando débitos somente do segundo e, posteriormente, a segunda apelada cancelou o segundo contrato quando seu prazo se esgotou. Tal fato ocorreu quando o segurado tinha completado 71 anos de vida. Diante disso, o segurado ingressou com ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais, pleiteando a renovação dos contratos e a reparação do prejuízo moral que sofrera ao perceber que sua cobertura securitária havia sido cancelada sem justificativa ou advertência. Nas contestações as rés alegaram que não houve ato ilícito, na medida em que estavam apenas cumprindo disposições contratuais, o que não ensejaria indenização e que o pedido do segurado de renovar a avença era juridicamente impossível, tendo em vista que os contratos já estavam concluídos. A sentença de primeiro grau acolheu os pedidos do autor, determinando a renovação do contrato e fixando o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) como indenização pelos danos morais advindos do cancelamento. Os réus apelaram.</p>
<p>Resultado de julgamento: Recursos parcialmente providos, com rejeição das preliminares invocadas.</p>
<p>Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Quarta Câmara Cível do TJRJ em rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica do pedido, assim como a alegação de prescrição levantada pelas apelantes, dando provimento ao apelo somente para a redução do <i>quantum</i> indenizatório, de R\$10.000,00 para R\$6.000,00 (seis mil reais). Deste modo, a sentença de primeiro grau permaneceu praticamente inalterada. Sustentaram os julgadores que a forma como se deu o cancelamento dos contratos foi abusiva e avessa às leis consumeristas, na medida em que não houve justa causa, nem comunicação prévia da rescisão. Afirmam também que a conduta das apeladas viola a boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato. Assim, reiteram parcialmente o dispositivo da sentença monocrática, determinando a renovação do contrato.</p>
<p>Relator: Desembargador Sidney Hartung Buarque</p>
<p>Voto divergente: não houve.</p>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO Nº 23
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 1078801009
Data do julgamento: 03/08/2009
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigo 5º, V; Código Civil de 2002: artigos 422 e 757; Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98).
<p>Doutrina: RODRIGUES, Silvio. <i>Direito Civil – dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade</i>, Volume 3, 30ª edição, Saraiva, São Paulo, 2007, p.332.</p> <p>Jurisprudência: Apelação cível nº120271105, TJSP, julgada em 26/05/2009 e relatada pelo Desembargador Carlos Nunes; Apelação cível nº 116240909, relatada pelo Desembargador Manuel Justino Bezerra Filho.</p>

Ementa: “ <i>SEGURO DE VIDA - Renovação automática por vinte e seis anos - Expectativa de manutenção - Rescisão - Propostas inviáveis ao segurado - Inadmissibilidade - Risco assumido pela seguradora durante anos quando o sinistro era remoto - Código de Defesa do Consumidor - Abusividade - Código Civil/2002 - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Recurso provido</i> ”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Leandro Marani (apelante) e Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A (apelada). Houve entre as partes, por mais de 26 anos, contrato de seguro de vida, que foi rescindido pela seguradora, de forma abrupta, sob o argumento de escoamento do termo final da avença. Indignado com tal imposição da seguradora, o segurado moveu ação declaratória de nulidade da cláusula contratual que permitia a não renovação. Houve tentativas de conciliação entre as partes, que restaram infrutíferas, haja vista que as propostas feitas pela seguradora eram economicamente inviáveis para o segurado, que pugnou pela manutenção do contrato em seus termos e parâmetros de reajuste originais. Em primeiro grau, a sentença não acolheu o pedido do segurado, razão pela qual este interpôs a apelação ora apresentada.
Resultado de julgamento: Recurso provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Trigesima Quinta Câmara de Direito Privado do TJSP em dar provimento ao apelo do segurado, respaldados pelos seguintes argumentos: de que é abusiva a não renovação operada pela seguradora no momento em que o segurado entra na faixa etária com maior ocorrência de sinistralidade, violando o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Planos de Saúde, aplicada analogicamente. Além disso, a conduta de não renovar contrato que já vigia por 26 anos configura abuso de direito, por frustrar expectativa legítima do segurado de dar continuidade à avença. Finalmente, as propostas de conciliação também se mostraram abusivas, na medida em que forçariam uma situação de desequilíbrio contratual. Deste modo, reformam a sentença de primeiro grau, determinando a manutenção do contrato, de acordo com suas cláusulas originais.
Relator: Desembargador Melo Bueno
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 24
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº1116723001
Data do julgamento: 23/06/2009
Legislação mencionada: Constituição Feral, artigo 5º, III; Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, XI
Doutrina: TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. <i>O contrato de Seguro</i> , 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p.97; WALD, Arnoldo. <i>Curso de Direito Civil – Obrigações e Contratos</i> , 14ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.184. Jurisprudência: foram citados os seguintes julgados: Agravado de Instrumento nº113690204, TJSP, julgada em 19/02/2008 e relatada pelo Desembargador Antônio Rigolin; Apelação cível nº 114396500, TJSP, julgada em 16/12/2008 e relatada pelo Desembargador Sebastião Flávio; Apelação cível nº115502607, TJSP, julgada em 23/06/2008 e relatada pelo Desembargador Clóvis Castelo.

Ementa: “DECLARATÓRIA - NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - APÓLICE COM VIGÊNCIA ANUAL - COMUNICAÇÃO PRÉVIA DA SEGURADORA ACERCA DO SEU DESINTERESSE PELA RENOVAÇÃO DA AVENÇA - INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU ONEROSIDADE EXCESSIVA - PRETENSÃO DE COMPELIR A SEGURADORA A MANTER-SE VINCULADA APÓS O TERMO FINAL DO CONTRATO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NO ORDENAMENTO JURÍDICO – AÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COSESP (apelante) e Arnaldo Correa Neves (apelado). Havia entre as partes contrato de seguro de vida desde o ano de 1993, com cláusula que permitia a ambos os contratantes a denúncia do contrato, desde que precedida de notificação. No ano de 2006, a seguradora informou ao segurado que não tinha intenção de renovar o contrato, razão pela qual o dava como resilido, de acordo com o que dispunha a referida cláusula. Insatisfeito com a imposição da seguradora, o segurado ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual com pedido liminar de manutenção da avença. Em primeiro grau, a demanda foi julgada procedente com acolhimento do pedido liminar. Em virtude disso, a seguradora interpôs apelação.
Resultado de julgamento: recurso provido.
Fundamentos principais do acórdão: decidiram os desembargadores da Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado do TJSP em dar provimento ao apelo da seguradora com base nos seguintes argumentos: a decisão da apelante de não renovar o contrato não configurou rescisão unilateral e desmotivada, mas sim extinção contratual em virtude do implemento do termo final, haja vista que se tratava de contrato com prazo determinado. Sustentaram também os julgadores que não há que se falar em quebra da boa-fé objetiva, na medida em que o segurado sempre soube da possibilidade de um dia a empresa vir a não renovar a apólice, o que não faz haver expectativa legítima de continuidade. Finalmente afirmam que decisões que forcem pessoas a se manter em vínculos contratuais sem que esta seja sua vontade não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.
Relator: Desembargador Erickson Gavazza Marques
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 25
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Seguro de Vida em Grupo
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 114414400
Data do julgamento: 31/08/2009
Legislação mencionada: Código de Defesa do Consumidor: artigo 104; Código Civil de 2002: artigo 801, § 2º; e Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).
Doutrina/ Jurisprudência: não houve qualquer referência.
Ementa: “AÇÃO DE COBRANÇA - Seguro de vida em grupo - Sinistro ocorrido depois de encerrada a vigência do contrato - Indenização indevida - Direito da seguradora em não renovar - Violação aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Estatuto do Idoso não reconhecida - Pretensão julgada improcedente - Recurso não provido”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes Diva de Puga Bittencourt, Heloisa Helena Bittencourt (apelantes) e Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - COSESP

(apelada). Havia com a COSESP contrato de seguro de vida em grupo estipulado pela Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo, em que era segurado o pai e avô das ora apelantes. Tal contrato durou por 32 anos, quando em 28/10/2004, a seguradora enviou carta ao segurado afirmando que o contrato terminaria em 31/05/2005, que seria data de renovação anual da apólice. O segurado faleceu em 02/12/2005. Com o advento de sua morte, suas sucessoras acionaram a COSESP com o intuito de receber a indenização securitária. Esta, entretanto, se recusou a pagá-la alegando a extinção do contrato. Diante disso, as sucessoras do segurado moveram ação de cobrança da indenização securitária, alegando que a extinção do contrato foi ilegal e abusiva, violando o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso. Sustentaram também a quebra da boa-fé objetiva e da transparência contratual. Em primeiro grau, a sentença julgou improcedente a ação, razão pela qual as sucessoras do segurado interpuseram apelação em tela.
Resultado de julgamento: recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Trigesima Terceira Câmara de Direito Privado do TJSP em negar provimento ao apelo, respaldados pelos seguintes argumentos: o direito de não renovar o contrato era potestativo da seguradora, o que faz com que seu exercício a qualquer momento do contrato seja inteiramente legal. Sustentaram que a intenção de não renovar o contrato, mesmo tendo ele durado por mais de trinta anos, não é abusiva na medida em que a seguradora buscava cenário de estabilização financeira, o que era necessário após a ocorrência de enorme número de sinistros semelhantes nos anos anteriores à rescisão. Deste modo, entenderam lícita a não renovação de contrato, haja vista a seguradora ter direito de não contratar, não havendo, portanto, obrigação de pagamento da indenização securitária.
Relator: Desembargador Sá Duarte
Voto divergente: não houve.

6.2.2. Conclusões parciais

A questão da manutenção forçada de vínculos contratuais anuais de seguro de vida, como se pôde perceber pela leitura das páginas antecedentes, é candente e a discussão acerca de sua viabilidade jurídica ou não é o tema da pauta do Poder Judiciário e do mercado segurador hoje.

As companhias seguradoras, de um lado, alegam que não podem ser compelidas a ficar eternamente vinculadas aos segurados, mediante renovações automáticas impostas ao contrato, sob pena de completa subversão do contrato de seguro que, antes de tudo, é um contrato aleatório, no sentido de que o prêmio pago não é garantia de que o segurador terá a indenização, pois como a cobertura é necessariamente limitada no tempo, pode ser que o sinistro não se dê durante a vigência do contrato.

Os consumidores, do outro lado, afirmam que a maneira como as seguradoras conduzem as carteiras de contratos de seguro de vida revela prática abusiva da

parte delas, pois elas cobram prêmios fixos por longos períodos ininterruptos, sem fazer qualquer restrição quanto à renovação dos vínculos ano após ano, o que gera a expectativa de que os vínculos serão renovados indefinidamente. Todavia, a partir do momento em que o segurado atinge uma determinada idade, as seguradoras, de uma hora para outra, recusam-se a renovar os contratos alegando ser o risco inassumível a partir daquele momento.

Para os consumidores, tal prática gera enriquecimento ilícito pelas companhias de seguros, pois elas ganham prêmios em períodos de risco de sinistro muito baixo (segurados jovens e saudáveis) e se recusam assumir riscos maiores quando a lógica se inverte e o risco de sinistro aumenta (segurados velhos). Em linguagem direta, os consumidores afirmam que as companhias querem ficar só com os bônus sem assumir os ônus de sua atividade.

A discussão tomou os tribunais de assalto e as decisões multiplicam-se dia após dia, sem ser possível perceber uma tendência em um sentido ou em outro. No STJ há o julgado de ficha-resumo nº 11 dando guarida à pretensão dos consumidores, ao afirmar que a não renovação do contrato de seguro de vida é abusiva. Esse julgado da Corte Superior deriva do entendimento firmado naquele tribunal sobre contratos de seguro ou assistência à saúde não submetidos à Lei nº 9.656/1998. O relator do acórdão transpõe a lógica dessas decisões para os casos de seguro de vida. Embora haja esse precedente favorável no STJ, a discussão por lá está apenas começando.

Já no TJMG a situação é diferente. A discussão não está começando. Ela existe há pelo menos quatro ou cinco anos. Dos dez julgados deste Tribunal que analisamos (dentre inúmeros outros proferidos), percebemos que existe uma pequena tendência de, em algum tempo, consolidar-se o entendimento pela abusividade da não renovação. O fundamento de ofensa à boa-fé objetiva pela quebra de expectativas construídas ao longo de anos e anos de renovações sem resistência das seguradoras, aliado a uma corrente bastante forte que entende ser possível aplicar o princípio do equilíbrio contratual ou equivalência sinalagmática aos contratos aleatórios⁴⁴⁶, parece ter convencido

⁴⁴⁶Tema que, embora tenha evoluído no sentido de admissão de alguma revisão dos contratos aleatórios, ao menos no que comporta seus aspectos chamados de comutativos (geneticamente sinalagmáticos) não está tão bem sedimentado em doutrina como querem fazer crer os votos dos julgados mineiros (v. Carlos Alberto Bittar Filho, *Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz*, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 23).

Desembargadores que, em um primeiro momento, mostravam-se inseguros ou até mesmo contrários à tese de manutenção forçada do vínculo contratual.

O acórdão de ficha nº 16, por exemplo, afirma categoricamente que o seguro é contrato sinalagmático sujeito ao princípio do equilíbrio contratual. Na mesma linha vai o julgado fichado sob nº 17.

Mas a corrente que entende em sentido oposto também é bastante forte no TJMG, sempre calcada na tese de vedação às relações contratuais eternas e na afirmação de que é direito de qualquer das partes não renovar um vínculo contratual, exigindo-se apenas, para evitar quebras de expectativas a ensejar abusividade de conduta, notificação do segurador com antecedência mínima de trinta dias. Os Desembargadores que pensam deste modo escrevem em suas decisões ser natural a recusa ou imposição de prêmios mais altos, pelas seguradoras, em se tratando de pessoas mais velhas, pois o risco a assumir aumenta consideravelmente.

Nota-se, inclusive, dentre os membros de órgãos fracionários de julgamento (Turmas e Câmaras), que não há consenso sobre a matéria, havendo votos vencidos tanto em decisões pela manutenção do vínculo quanto em julgados declarando a licitude da não renovação.

Já no TJRJ e no TJSP uma questão fática é bastante relevante para os julgadores se inclinarem a manter forçadamente em vigor contrato com prazo expirado e não renovado espontaneamente pelos seguradores: o grande lapso de tempo em que se repetiram renovações anuais e a idade avançada dos segurados, que os impede de acessar outra empresa para garantir-lhes os riscos nas mesmas condições.

Mesmo que não expressamente, o que está por trás desse raciocínio é o conceito de dependência econômica do segurado em relação ao segurador e a imposição de altos custos de transação àquele sem correspondente, o que, antes de caracterizar enriquecimento sem causa do segurador, parece configurar excessivo empobrecimento do segurado.

Por último, nota-se a divergência do TJMG a dividir, também, os desembargadores do TJSP. Todavia, em São Paulo não tantos julgados como em Minas Gerais, provavelmente, porque naquele Estado leve-se mais tempo para julgar os recursos.

A conclusão a que se chega, da análise dos quinze julgados fichados, é que a despeito de o STJ já ter se pronunciado *en passant* sobre o tema, a disputa ainda não está ganha nem pelos segurados, nem pelos seguradores. Há uma pequena tendência de prevalecerem os argumentos dos consumidores, até pela experiência anterior relativa aos contratos de seguro saúde que acabaram ganhando uma lei para regular sua renovação compulsória (art. 13 da Lei nº 9.656/1998), mas os argumentos dos seguradores permanecem fortes nas principais cortes estaduais do país.

Finalmente, não se pode deixar de anotar o ponto comum das decisões favoráveis à manutenção forçada dos contratos: (i) expectativa de renovação e (ii) avançada idade do segurado. Quanto mais vezes tenha sido renovado o contrato e quanto mais velho for o segurado, mais confortáveis ficam os juízes para decidir pela prorrogação compulsória do vínculo.

Isso revela um raciocínio, mesmo que inconsciente de alguns juízes, acerca do nível de dependência econômica do consumidor concretamente considerado e dos custos de transação que a não renovação do contrato necessariamente impõe a ele.

6.3. Contratos empresariais

Deixando os contratos de consumo e passando aos contratos empresariais, analisaremos agora julgados envolvendo espécies variadas de contratos, para aferir qual é a posição jurisprudencial quando se trata da prorrogação compulsória de vínculos entre dois ou mais empresários.

Como nos itens anteriores, os julgados estão divididos por Tribunal e, dentro de cada tribunal, virão antes decisões de alguma forma favoráveis à tese de manutenção da relação contratual, seguidas de decisões em sentido contrário.

6.3.1. Fichas-resumo dos acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO Nº 26
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Transporte
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 704.384/MG
Data do julgamento: 18/12/2007
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: arts. 402, 402 e 473, § único
Doutrina/ Jurisprudência: foram mencionados os seguintes julgados do próprio STJ: Recurso Especial nº 534.105/MT; Recurso Especial nº 575.080/CE
Ementa: “ <i>CIVIL. CONTRATO. Rompimento unilateral do contrato antes do término do respectivo prazo; indenização dos lucros cessantes.</i> ”
Síntese dos fatos: São partes litigantes B.F.Transportes Ltda. (recorrente) e Fiat Automóveis S/A (recorrida). Havia entre as litigantes contrato de transporte de carros produzidos pela Fiat para todo o território nacional. Tal contrato foi celebrado em 05/08/1991, com termo final em 31/12/1992, com possibilidade de renovações automáticas anuais, caso não houvesse manifestação contrária das partes com antecedência de 60 dias. Em agosto de 1996, a Fiat, sem prévia notificação, reduziu o faturamento da transportadora em 14% o que correspondeu a equivalente prejuízo no faturamento bruto desta. Ao tentar negociar com a Fiat de modo a compensar suas perdas, a B.F.Transportes se viu preterida por outra transportadora (Sada) e teve suas reivindicações ignoradas. No ano de 1999, sem qualquer aviso prévio e sem notificação escrita, a Fiat excluiu totalmente a recorrente do transporte de seus produtos, que ficaram sob a responsabilidade da outra empresa transportadora. Diante da ruptura desmotivada e arbitrária do contrato que já havia sido renovado diversas vezes, a B.F. Transportes Ltda. ajuizou contra a Fiat ação de indenização por lucros cessantes e danos morais que chegou à apreciação do STJ por meio de recurso especial interposto por ela.
Resultado de julgamento: Recurso parcialmente provido.
Fundamentos principais do acórdão: A Terceira Turma do STJ entendeu por dar parcial provimento ao recurso movido pela B.F.Transportes Ltda. afastando somente o pedido de indenização por danos morais. Entenderam os ministros que a ruptura

abrupta, sem justa causa, e arbitrária de um contrato com características relacionais, juntamente com o anterior descumprimento de obrigações contratuais por parte da Fiat (redução do faturamento da transportadora em 14%) ensejam o dever de indenizar a B.F.Transportes por lucros cessantes calculados sobre o tempo que restaria até o encerramento do prazo contratual. Não houve, entretanto, prorrogação forçada da avença, por não haver pedido específico.
Relator: Ministro Ari Pargendler
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 27
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Distribuição de Produtos Alimentícios
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 401.704/PR
Data do julgamento: 25/08/2009
Legislação mencionada: não houve menção a legislação que versasse sobre a matéria contratual.
Doutrina/ Jurisprudência: quanto à matéria contratual também não houve menção a obra doutrinária ou a precedentes jurisprudenciais.
<p>Ementa: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR E INDENIZATÓRIA - RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS – DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS - PEDIDO ILÍQUIDO - SENTENÇA LÍQUIDA - POSSIBILIDADE - OMISSÃO NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - INEXISTÊNCIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO - MULTA - NÃO CABIMENTO - AFASTAMENTO – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 98 DA SÚMULA/STJ - DANOS APURADOS EM PROVA PERICIAL - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - NON REFORMATIO IN PEJUS EM SEDE RECURSAL - COMPROVAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.</p> <p><i>I - A rescisão contratual, sem aviso prévio, de distribuição de produtos de marca nacionalmente conhecida, sujeita a empresa culposa a indenizar os danos experimentados pela empresa prejudicada pela rescisão unilateral, mormente pela longa relação contratual existente entre as partes, cuja abrupta diminuição da lucratividade provoca imediatas consequências sociais e econômicas.</i></p> <p><i>II - Não constitui julgamento extra petita a decisão que fixa indenização líquida, embora formulado pedido ilíquido, quando presente elementos suficientes nos autos para a conclusão - Precedentes da 4ª Turma do STJ (Resp 423.120/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 21/10/02; REsp 647.448/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 29/08/2005 p. 355).</i></p> <p><i>III - O quantum indenizatório, relativamente a danos emergentes e lucros cessantes, foi fixado com base em minuciosa análise das provas dos autos. Rever tal entendimento, obviamente, demandaria o reexame dessas provas, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula 07/STJ.</i></p> <p><i>IV - Nos termos do enunciado n. 98 da Súmula/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".</i></p> <p><i>V - Se os critérios de compensação dos créditos estabelecidos na sentença não foram</i></p>

<i>objetos de recurso pela parte ex adversa, é vedada em sede de apelação sua modificação ex officio pelo tribunal a quo, eis que prejudiciais a recorrente, em atenção ao princípio do non reformatio in pejus.</i>
<i>VI - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”</i>
Síntese dos fatos: São partes litigantes Tostines Industrial e Comercial Ltda. (recorrente) e Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Bom Retiro Ltda. (recorrida). A recorrida ajuizou ação cautelar de busca e apreensão de documentos e ação indenizatória cumulada com declaratória de inexistência de débito em face da ora recorrente. A distribuidora, recorrida, moveu as ações acima citadas contra a Tostines em razão da ruptura unilateral e desmotivada de contrato de distribuição de alimentos, por iniciativa da Tostines (após a sua incorporação pelo grupo Nestlé), que vigorou entre as contratantes por exatos 30 anos. Os pleitos indenizatórios foram julgados procedentes, sendo que a sentença de primeiro grau reconheceu o dever de indenização a título de danos emergentes, lucros cessantes e danos morais em favor da distribuidora que sofrera prejuízos gravíssimos com a ruptura do contrato. Em apelação proposta pela Tostines, houve redução do <i>quantum</i> indenizatório, mantendo-se, entretanto, a condenação ao seu pagamento. O presente recurso especial foi proposto pela Tostines com o objetivo de se discutir somente questões de cunho processual, sendo que o seu parcial provimento não representou prejuízo à distribuidora que já estava com seu direito à indenização declarado no acórdão de apelação. Não houve, entretanto, prorrogação compulsória do contrato.
Resultado de julgamento: Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
Fundamentos principais do acórdão: tendo em vista que o recurso especial só contestou matérias processuais, não controvertendo o dever de pagamento de indenização em virtude da rescisão contratual abrupta, não citaremos os pontos debatidos e as razões de seu parcial provimento, por serem alheias à matéria contratual.
Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP)
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 28
Natureza do caso: Contratual – Locação de Automóveis
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 953.389/SP
Data do julgamento: 23/02/2010
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: arts. 573, 574 e 575; Código de Processo Civil: art. 20, parágrafos 3º e 4º
Doutrina: houve menção às seguintes obras doutrinárias: PEREIRA, Caio Mario da Silva. <i>Instituições de Direito Civil</i> , Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005. pag. 279; LOPEZ, Teresa Ancona. <i>Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contratos</i> , vol 7. Editora Saraiva. 2003; COSTA, Judith Martins. <i>A Boa Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional</i> . São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999. pag. 432
Jurisprudência: houve menção aos seguintes julgados: REsp nº 512.399/PE; REsp nº 686.038/RJ; REsp nº 226.369/MG e REsp nº 993.234/GO
Ementa: “Direito civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não teria interesse na renovação do contrato,

meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Honorários advocatícios. Julgamento de improcedência do pedido. Aplicação da regra do art. 20, §4º, do CPC. Inaplicabilidade do §3º desse mesmo dispositivo legal. Precedentes. A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (i) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 - art. 574 do CC/02; (ii) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional. - Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido. - O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio'). - O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo. - Nas hipóteses de improcedência do pedido, os honorários advocatícios devem ser fixados com fundamento no art. 20, §4º do CPC, sendo inaplicável o respectivo §3º. Aplicando-se essa norma à hipótese dos autos, constata-se a necessidade de redução dos honorários estabelecidos pelo Tribunal. *Recurso especial parcialmente provido*”.

Síntese dos fatos: São partes litigantes: Mega Rent Car Ltda (Recorrente) e Bayer S/A (Recorrida). Havia entre as partes contrato de locação de veículos, em que os preços ajustados eram significativamente menores que as tarifas cobradas pela locadora em locações unitárias (preço de balcão). A locatária notificou a locadora informando que não tinha mais intenção de renovar a avença e efetuou a devolução de parte dos veículos. Entretanto, como não havia devolvido toda a frota locada, a locatária continuou pagando o preço ajustado no contrato, proporcional à quantidade de veículos que ainda mantinha sob sua posse. A própria locadora é quem emitia as faturas com o valor original contratado. Após algum tempo, a locatária acabou por devolver à locadora o restante da frota, dando por terminada a relação contratual. Dada a devolução, a locadora ajuizou ação de cobrança contra a locatária cujo objeto era a diferença entre o preço de balcão e o preço contratual que esta pagou até a entrega definitiva de todos os carros. A ação foi julgada improcedente. Houve apelação por parte da Mega Rent Car Ltda e o TJSP confirmou o julgamento de primeiro grau.

Diante disto, a locadora interpôs o recurso especial ora analisado, alegando violação ao artigo 575 do Código Civil. O recurso especial foi parcialmente provido somente para se reduzirem os honorários advocatícios, fixados em sentença.
Resultado de julgamento: recurso parcialmente provido.
Fundamentos principais do acórdão: os ministros da Terceira Turma do STJ entenderam pelo parcial provimento do recurso especial só com o objetivo de minorar os honorários advocatícios, porque entenderam ter sido a conduta da locadora contraditória e atentatória à boa fé objetiva. Afirmam os ministros que, no caso em análise, o fato de a locadora não ter requerido a restituição dos carros remanescentes e ter continuado, de forma reiterada, a enviar faturas com o preço originalmente contratado, suprimiu a obrigação da locatária de pagar preço de balcão pelos carros que manteve sob sua posse após notificar a locadora que não tinha mais interesse na avença. Os julgadores detectaram, no presente caso, a ocorrência de <i>suppressio</i> , que é forma de limitação do exercício de direitos subjetivos pelo princípio da boa fé objetiva e da vedação de comportamentos contraditórios. Deste modo, entenderam ser absolutamente indevida a cobrança ajuizada e reafirmaram a tese do TJSP de que o envio reiterado das faturas com o preço original implicou a prorrogação do contrato de locação, nos termos inicialmente ajustados, até a integral devolução dos bens à locadora.
Relator: Ministra Nancy Andrigui
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 29
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Corretagem
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 834.564/BA
Data do julgamento: 03/09/2009
Legislação mencionada: Súmulas 5, 7 e 211 do STJ Regimento Interno do STJ Código de Processo Civil, art. 535. Decreto nº 56.900/1965, art.1º Decreto nº 56.903/1965, art.1º Decreto-lei nº 73/1966, art.122
Doutrina/ Jurisprudência: referências aos seguintes julgados: AgRg nº 479.830/SP; REsp nº 534.105/MT, REsp. n. 776.265/SC.
Ementa: “CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO POR SER PREMATURO. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO DE VIDA. CONTRATO DE CORRETAGEM. RESCISÃO CULPOSA. COMISSÕES. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 - STJ. RESSARCIMENTO CORRESPONDENTE AO INTEGRAL CUMPRIMENTO DA AVENÇA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. RISTJ, ART. 257. REDUÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM EM BASES MODERADAS. I. Pendente o julgamento dos aclaratórios da parte contrária, é inoportuna a interposição do recurso especial, sem a ratificação posterior dos seus termos, vez que não houve o necessário exaurimento da instância (Corte Especial, REsp. n.

<p>776.265/SC, relator para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, maioria, DJU de 06.08.2007).</p> <p>II. <i>A existência de prejuízo, consubstanciada na rescisão culposa de contrato de corretagem de seguro mediante assessoria a órgão público, do qual resultariam comissões, no caso concreto, lastreada na análise do ajuste e da prova pericial, provoca o dever de indenizar, e não pode ser revista nesta instância ante o óbice das Súmulas n. 5 e 7-STJ.</i></p> <p>III. <i>A fixação do valor indenizatório em montante correspondente ao integral cumprimento do contrato, sem qualquer contrapartida, provoca enriquecimento sem causa, inclusive por ter sido considerado, equivocadamente, a possibilidade de sucessivas renovações, que não constituem fato certo, nem previsto como direito contratual já assegurado.</i></p> <p>IV. <i>Redução do ressarcimento a valor moderado, com aplicação do direito à espécie.</i></p> <p>V. <i>Recurso especial da autora não conhecido e conhecido em parte e provido parcialmente o da ré”.</i></p>
<p>Síntese dos fatos: São partes litigantes Sul América Companhia Nacional de Seguros (recorrente e recorrida) e Sião Corretora de Seguros (recorrida e recorrente). Trata-se de recursos especiais simultâneos movidos pelas partes em face a capítulos distintos do acórdão do TJBA que, julgando apelações, também simultâneas, interpostas pela Sião Corretora e pela Sul América, reconheceu o direito da primeira de receber indenização pelo serviço de corretagem que prestou à segunda, ao intermediar, pela segunda vez consecutiva, contratação de seguro de vida em grupo, cujo estipulante era o TRT da 5ª Região. A Sulamerica alegou que contratos que se submetem a licitações não ensejam comissão de corretagem. Assim, recorreu a corretora ao judiciário para ver reconhecida a existência do contrato e da obrigação de indenização por quebra de reserva de mercado e ruptura culposa da avença, por parte da seguradora. Tais alegações da corretora foram acolhidas em primeira instância. Mesmo assim, a corretora apelou e, em seguida, interpôs REsp com o objetivo de que a Sul América também fosse condenada à reparação de danos morais. Já a Sul América apelou e interpôs REsp com objetivos de reverter a seu favor o julgamento de primeira instância e reduzir o <i>quantum</i> indenizatório.</p>
<p>Resultado de julgamento: Recurso da corretora não conhecido e da seguradora conhecido e provido em parte.</p>
<p>Fundamentos principais: a Quarta Turma do STJ decidiu por não conhecer do REsp interposto pela Sião Corretora, por ser este prematuro e deserto. Já quanto ao REsp da Sul América, decidiu-se por conhecê-lo e lhe dar parcial provimento, somente para se reduzir o quantum indenizatório a valor mais próximo do real prejuízo sofrido pela Sião Corretora. Não houve reversão no resultado dos julgamentos anteriormente proferidos no caso, pois admitiram os ministros da 4ª Turma que a conduta da Sul América de negar a existência do contrato de corretagem representou quebra de reserva de mercado por ela previamente estabelecida em favor da corretora, o que configurou <i>venire contra factum proprium</i>, ensejador de indenização por violação da boa fé objetiva. Houve, portanto, condenação à indenização pelo desfazimento culposo do vínculo contratual por parte da seguradora, porém não houve manutenção do contrato de corretagem.</p>
<p>Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior</p>
<p>Voto divergente: não houve.</p>

ACÓRDÃO Nº 30	
Natureza do caso:	Contratual – Concessão Comercial de Veículos Automotores
Tribunal:	Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso:	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 988.736/SP
Data do julgamento:	23/09/2008
Legislação mencionada:	Lei 6.729/1979: art.24, incisos I, II, III e IV.
Doutrina/ Jurisprudência:	houve menção aos seguintes julgados: REsp nº 534.105/MT; REsp nº 200.856/SE.
Ementa:	<i>“CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO. I. É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade. II. Ausência do fumus boni juris, pressuposto indispensável para concessão de liminar. Precedentes do STJ. III. Agravo regimental improvido.”</i>
Síntese dos fatos:	São partes litigantes Comvesa Veículos e Peças Ltda (Agravante) e General Motors do Brasil Ltda (Agravado). Pelo período de 23 anos, mantiveram as partes contrato de concessão comercial para comercialização de veículos automotores. A General Motors do Brasil, todavia, notificou a concessionária, dando o contrato por resilido, por não mais haver interesse de sua parte em continuar a avença. Não houve o cumprimento do prazo de aviso prévio de 120 dias de antecedência da notificação, previsto em lei. Com isso, a concessionária ajuizou medida cautelar cujo objeto era garantir a manutenção do contrato, para que, futuramente, fosse discutida “a nulidade da rescisão”, em ação declaratória independente, cujo embasamento legal seria a violação à lei 6.729/1979. A concessionária obteve liminar em primeiro grau, que foi confirmada em julgamento de agravo de instrumento interposto pela General Motors, porém foi cassada no julgamento do agravo de instrumento denegatório de recurso especial, também interposto pela General Motors. Deste modo, o recurso ora analisado teve como objetivo reverter o julgamento monocrático proferido em sede de AIDD REsp, para que fosse mantida a liminar que havia determinado a continuidade do contrato de concessão comercial. O recurso, entretanto, não prosperou.
Resultado de julgamento:	recurso improvido.
Fundamentos principais do acórdão:	os ministros da Quarta Turma do STJ entenderam pelo não provimento do agravo regimental, mantendo o julgamento proferido em sede de AIDD REsp, em que se afirmou o direito da General Motors em ver “rescindido” o contrato de concessão. Afirmam os ministros que a autonomia da vontade é soberana no que tange ao Direito Contratual, não podendo uma parte ser forçada a manter um vínculo contratual quando já é manifesto o seu desejo em vê-lo desfeito. Afirmam também que, em casos de ruptura abrupta do contato, a parte prejudicada deve buscar reparação pecuniária, sendo inviáveis as tentativas de manutenção forçada da avença.
Relator:	Ministro Aldir Passarinho
Voto divergente:	não houve.

ACÓRDÃO Nº 31	
Natureza do caso:	Contratual – Concessão Comercial de Veículos Automotores
Tribunal:	Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso:	Recurso Especial nº 966.163/RS
Data do julgamento:	26/10/2010
Legislação mencionada:	Lei 6.729/1979: art.21, 22 e 30. Código Civil de 2002: art. 422. Código de Processo Civil: art. 542, parágrafo 3º
Doutrina/ Jurisprudência:	houve menção aos seguintes julgados: AgRg no REsp nº 1.162.579/DF; MC nº 2.411/RJ; REsp nº 981.750/MG; REsp nº 1.112.796/PR; REsp nº 534.105/MT; REsp nº 200.856/SE.
Ementa:	<i>“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA. ROMPIMENTO CONTRATUAL IMOTIVADO. LEI N.º 6.729/79 - "LEI FERRARI". BOA-FÉ OBJETIVA. LIBERDADE CONTRATUAL. MANUTENÇÃO FORÇADA DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuidando-se de decisão concessiva de liminar em ação cautelar, descabe a incidência do art. 542, § 3º, do CPC, uma vez que a retenção do recurso, nesse caso, inviabilizaria a própria solução da controvérsia tratada nesse momento processual, haja vista que, por ocasião da eventual ratificação do recurso, o próprio mérito da ação já teria sido julgado e mostrar-se-ia irrelevante a discussão acerca da tutela provisória. 2. O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na probidade, "assim na conclusão do contrato, como em sua execução", dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002. Nessa linha, muito embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manterem-se vinculadas contratualmente ad aeternum, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal, resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos. 3. Ademais, a própria Lei nº 6.729/79, no seu art. 24, permite o rompimento do contrato de concessão automobilística, pois não haveria razão para a lei pré-conceber uma indenização mínima a ser paga pela concedente, se esta não pudesse rescindir imotivadamente o contrato. 4. Recurso especial conhecido e provido”.</i>
Síntese dos fatos:	São partes litigantes: General Motors do Brasil Ltda (Recorrente) e Tavesa Veículos Ltda (Recorrida). Por um longo período, as partes mantiveram contrato de concessão comercial. A General Motors do Brasil, todavia, notificou a concessionária, dando o contrato por resilido, por não mais haver interesse de sua parte em continuar a avença. Não houve o cumprimento do prazo de aviso prévio de 120 dias de antecedência da notificação, previsto em lei. Com isso,, a concessionária ajuizou medida cautelar cujo objeto era garantir a manutenção do contrato, para que, futuramente, fosse discutida a nulidade da rescisão, em ação declaratória independente, cujo embasamento legal seria a violação à lei 6.729/1979. A concessionária obteve liminar em primeiro grau, que foi confirmada em julgamento de agravo de instrumento e agravo regimental, interpostos pela General Motors, porém foi cassada no julgamento do recurso especial.
Resultado de julgamento:	recurso provido por unanimidade
Fundamentos principais do acórdão:	os ministros da Quarta Turma do STJ entenderam pelo provimento do recurso especial interposto pela General Motors do Brasil, amparados pelo argumento de que a autonomia da vontade impede que uma

parte contratual seja forçada a manter um vínculo quando já é manifesta a sua vontade de vê-lo rompido. Reafirmam ainda a tese de que eventuais danos causados por uma ruptura abrupta do negócio devem ser resolvidos por ação de reparação de perdas e danos, não sendo viável a tentativa de manutenção forçada do contrato.
Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Voto divergente: não houve.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO Nº 32
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Distribuição de cartões de celular pré-pago.
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 1.0024.03.188591-6/001
Data do julgamento: 24/04/2007
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: artigos 112 e 113
<p>Doutrina: foram mencionados trechos das seguintes obras:</p> <p>REQUIÃO, Rubens. <i>Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma</i>, Editora Saraiva, 1ª edição., p. 16/17;</p> <p>THEODORO Jr. Humberto e DE MELO, Adriana Theodoro. <i>Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial</i>. RT, São Paulo, V. 790, 1ª edição, 2000, p. 16-17;</p> <p>MONTEIRO, Washington de Barros. <i>Curso de Direito Civil</i>, 5º vol., 25ª edição, Ed. Saraiva, 1991, p. 13;</p> <p>COSTA, Judith Martins. <i>Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro</i>, Saraiva, 1ª ed., p. 198.</p> <p>Jurisprudência: apelação cível nº 357405-4, do extinto Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais, julgada em 23/04/2002, relatada pelo Desembargador Alberto Vilas Boas; Apelação cível nº 378494-1, do extinto Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais, julgada em 19/03/2003, relatada pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas; Recurso Especial nº 141879/SP, do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17/03/1998, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.</p>
<p>Ementa: “<i>COMERCIAL - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL A ENSEJAR A RESCISÃO DO CONTRATO - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS - EXIGÊNCIA DE CONDUTA COERENTE. - Os contratos de distribuição “lato sensu” são aqueles que se destinam a dar forma a relações entre fabricante e distribuidor, regendo as obrigações existentes entre eles, destinados a organizar a atividade de intermediação e venda da produção, levando-a até o consumidor final. - Não se revela abusiva a cláusula do contrato de distribuição, que estabelece a possibilidade de alteração da margem de lucro, mesmo porque o distribuidor dela tinha plena ciência, desde o início, inserindo tal probabilidade na área econômica do contrato firmado. - Se o distribuidor, em que pese a existência de cláusula atribuindo as despesas promocionais do produto à fornecedora, admite claramente que consentiu em realizar algumas despesas de marketing sponte sua, opera-se alteração contratual, e esta ocorreu, legitimamente, não só através da exteriorização de sua conduta, mas pela própria declaração de vontade, que é admitida ainda que feita de forma tácita, conforme a melhor doutrina. - O princípio da boa-fé objetiva determina que haja uma</i></p>

<p><i>coerência no cumprimento da expectativa alheia, independentemente do acordo que tenha sido concluído, representando, sob esse aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações negociais. - A ""teoria dos atos próprios"" impede obrar de forma contraditória, o que culminaria por lesionar a confiança suscitada na outra parte, impondo, assim, aos sujeitos um comportamento coerente nas relações jurídicas. Assim, impede que se retorne sobre os próprios passos, prejudicando aqueles que confiaram na regularidade do seu procedimento."</i></p>
<p>Síntese dos fatos: São partes litigantes Telemig Celular S/A (primeira apelante e segunda apelada) e Antonio Carlos Barbosa e outros (primeiros apelados e segundos apelantes). Havia entre as partes contrato de distribuição de cartões de recarga de celular pré-pago. Uma das cláusulas deste contrato previa a fixação de margens comerciais e metas a serem cumpridas pelos distribuidores, que deveriam arcar também com gastos de propaganda e marketing referentes ao produto comercializado. Tais estipulações foram acatadas tacitamente pelos distribuidores que passaram a executar o contrato em conformidade com elas. No curso da execução da avença, os distribuidores perceberam que tais estipulações acabavam por onerá-los de forma excessiva. Tal percepção fez com que movessem ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos contra Telemig, baseada na alegada abusividade da referida cláusula que estipulava metas e gastos de várias naturezas. Em primeiro grau, a sentença acolheu parcialmente os pedidos dos distribuidores, determinando o pagamento de indenizações pela Telemig a título de despesas promocionais não reembolsadas, multa no valor de cem mil reais além de aviso prévio de 90 dias a ser apurado em liquidação de sentença. Irresignada com a decisão de primeiro grau, a Telemig interpôs apelação baseada nos seguintes argumentos: (i) o próprio contrato de distribuição previa as metas e gastos promocionais; (ii) tal previsão foi tacitamente acatada pelos distribuidores (houve execução espontânea de tais obrigações); (iii) não houve irregularidades na execução do contrato por parte da fornecedora e (iv) a culpa pelo abalo do vínculo contratual é exclusiva dos distribuidores que abandonaram o contrato. Os distribuidores interpuseram uma segunda apelação, alegando culpa exclusiva da fornecedora e reafirmando as razões expostas na petição inicial.</p>
<p>Resultado de julgamento: Apelação proposta pela Telemig provida e apelação proposta pelos distribuidores julgada prejudicada.</p>
<p>Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por reformar a sentença proferida em primeira instância, acolhendo os pedidos da Telemig Celular S/A, em virtude dos seguintes argumentos: há de permanecer a higidez do negócio jurídico principalmente em razão da Teoria dos Atos Próprios ou <i>Venire Contra Factum Proprium</i>, lastreada pela boa-fé objetiva que deve permear todas as relações contratuais. Entenderam os julgadores que, ao decidirem rescindir o contrato no momento em que julgaram que ele não era mais conveniente, os distribuidores frustraram as expectativas legítimas da fornecedora, já consolidadas pela reiterada prática de atos em conformidade com o contrato. Ao frustrar tais expectativas, os distribuidores incorreram em abuso de direito, o que é vedado pelo ordenamento. Assim sendo, com fundamento na boa-fé objetiva, o recurso da Telemig foi julgado procedente, mantendo-se o contrato em seus termos originais.</p>
<p>Relator: Desembargador Tarcísio Martins Costa</p>
<p>Voto divergente: não houve.</p>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACÓRDÃO Nº 33
Natureza do caso: Contrautal – Contrato de Prestação de Serviços
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 2005.001.06481
Data do julgamento: 13/12/2005
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: artigo 607
Doutrina/ Jurisprudência: não houve referencia a qualquer obra doutrinária ou precedente jurisprudencial.
Ementa: <i>“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR RESOLUÇÃO UNILATERAL E ILEGAL DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, POR PRAZO DETERMINADO, COM CLÁUSULA PENAL DESCUMPRIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. AS AUTORAS, FUNCIONÁRIAS DA PARTE RÉ, ACORDARAM EXTINGUIR A RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE ELAS PARA CONSTITUÍREM EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, E, ENQUANTO TAL, CONTRATADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, MEDIANTE CONTRATO NOS AUTOS, PELO PRAZO CERTO DE ANO, RENOVÁVEL, COM CLÁUSULA PENAL DE PAGAMENTO DE DUAS VEZES O VALOR DOS HONORÁRIOS CONTRATADOS CASO OCORRENTE RESCISÃO EM PRAZO INFERIOR A 2 ANOS DA DATA DE SUA ASSINATURA. OCORRIDA RECISÃO UNILATERAL E SEM AVISO PRÉVIO ÀS AUTORAS CORRETO O JULGADO DE PROCEDÊNCIA DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NOS TERMOS DE CLAÚSULA CONTRATADA. A ALEGAÇÃO DA RÉ DE QUE FORAM AS AUTORAS QUE RESILIRAM O ACORDADO NÃO RESTOU COMPROVADA NOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO”.</i>
Síntese dos fatos: São partes litigantes Parques Temáticos S.A. (apelante) e Mattos e Manhães Consultoria em Recursos Humanos Ltda. (apelada). Havia entre as partes, desde o ano de 2001, contrato de prestação de serviços de consultoria que foi resilido, pela tomadora, sem justa causa ou regular aviso prévio em momento anterior ao prazo mínimo de dois anos previsto no contrato. Já estipulava o pactuado que, se ocorresse denúncia anterior a este prazo, a parte denunciante deveria arcar com indenização no valor de duas vezes os honorários acordados. Diante disso, foi movida pela empresa prestadora ação de indenização por descumprimento de cláusula penal e denúncia abusiva de contrato. Em primeiro grau, a sentença julgou procedentes os pedidos de indenização, razão que ensejou a apelação em comento, interpostaré.
Resultado de julgamento: recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: entenderam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do TJRJ em manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, na medida em que viram devidos os valores a serem indenizados à prestadora de serviços em razão de resilição unilateral abrupta e desmotivada do contrato e por descumprimento de cláusula penal pactuada, cometidos pela tomadora de serviço.
Relator: Desembargador Ronaldo Rocha Passos
Voto divergente: não houve.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO Nº 34
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Franquia (franchising)
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Medida Cautelar nº 1237548700
Data do julgamento: 14/09/2004
Legislação mencionada: Lei de Locação – Lei 8.245/91: artigos 14, 51 e 56; Lei de Franchising – Lei 8.955/94: artigo 2º; Código Civil de 1916: artigo 1.188; Código de Defesa do Consumidor: artigo 51, § 4º; Código Civil de 2002: artigos 478, 479, 480.
Doutrina/ Jurisprudência: DE PASSOS, Calmon. <i>Comentários ao Código de Processo Civil</i> , Volume III, 8ª edição, Forense, p.428; NEGRÃO, Theotonio. <i>Código de Processo Civil</i> , 27ª edição, Saraiva, p.284; BARROSO, Luiz Eduardo. <i>Franchising e Direito</i> , Forense, Rio de Janeiro, 2003, p.101; CORDEIRO, Antonio Menezes. <i>Manual de Direito Bancário</i> , Almedina, Coimbra, Portugal, 1998; BESSONE, Darcy. <i>O Shopping na Lei de Inquilinato</i> , Revista Forense, vol. 318, p.33 e ss.; LOBO, Jorge. <i>Contrato de Franchising</i> , Forense, Rio de Janeiro, 2003, p.32; NEGREIROS, Tereza. <i>Teoria do Contrato</i> , Renovar, Rio de Janeiro, 2002; COSTA, Judith Martins. <i>Reconstrução do Direito Privado</i> , RT, São Paulo, 2002; AMARAL, Francisco. <i>Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional</i> , Revista de Direito Civil, RT, out-dez, 1988; PERLINGIERI, Pietro. <i>Perfis do Direito Civil. Introdução do Direito Civil Constitucional</i> , tradução de Maria Cristina de Cicco, Renovar, Rio de Janeiro, 1997.
Ementa: “Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Hipótese em que os autores, na réplica, pugnaram pela procedência total dos pedidos - Preclusão lógica operada - Incontrovérsia, ademais, dos fatos alegados - Desnecessidade de dilação probatória - Inocorrência de cerceamento - Preliminar afastada. Contrato - Franquia - Hipótese em que os co-autores sublocaram da FNAC o ponto comercial de loja da franquia FRAN'S CAFÉ, no interior do estabelecimento, tornando-se sucessores no contrato de franquia. Contrato de sublocação e de franchising que vinculam as partes a um sistema organizacional sofisticado, para maximizar vendas de produtos e prestações de serviços, com notória e incontroversa hegemonia de uma das partes em relação à outra, característica do contrato de comunidade empresarial - Alteração, pela franqueadora, do prazo de duração de 4 anos, previsto na Circular de Oferta da Franquia, para 2 anos, de forma unilateral e imotivada, para atender exigência de sua parceira empresarial - Fato que configura quebra da boa-fé objetiva e violação do direito do franqueado à observância do prazo contratual, necessário para, no mínimo, colher os frutos de sua atividade de recuperação da franquia - Cláusula abusiva - Nulidade das cláusulas obstativas da renovação dos contratos de sublocação e de franquia - Recurso provido para condenar as rés, igualmente, na obrigação de procederem a tais renovações, por quatro anos, contados da assinatura desse último contrato, sob pena de multa diária no valor de um trinta avos do total da última remuneração a elas pagas pelos co-autores, julgando, em consequência, procedente a medida cautelar e improcedente a ação de rescisão contratual,

prejudicado o agravo de instrumento. Voto vencido.”

Síntese dos fatos: São partes litigantes TPR Boulevard Café Ltda. –ME, Paulo Rosa e Tânia Rosa (requerentes), Fran’s Café Franchising Ltda. e FNAC Brasil Ltda. (requeridas). A TPR Café é empresa franqueada da Fran’s Café e situa-se em espaço sublocado da Loja da FNAC Brasil, situado na Avenida Paulista, São Paulo, SP. TPR Café, franqueada, propôs, juntamente com seus sócios cotistas, Paulo e Tânia Rosa, ação ordinária contra a franqueadora e a sublocadora com o propósito de obter das rés a renovação compulsória dos contratos de franquia e sublocação, pelo prazo original pactuado, que era de quatro anos. Alternativamente, requereram a prorrogação dos contratos até prazo razoável para a amortização dos gastos e investimentos oriundos dos contratos ou ainda a condenação das rés pelo pagamento de indenização relativa a doze meses do faturamento autora somada a obrigação de recompra de estoques, maquinários destinados à exploração da franquia. Os fatos que antecederam a ação judicial podem ser sintetizados da seguinte forma: os co-autores Paulo e Tânia Rosa sublocaram, no ano de 1999, parcela do estabelecimento onde se situa a FNAC, com o objetivo de montarem lá um café, o TPR Boulevard Café. Em 2001, por meio de uma circular de oferta de franquia, tornaram-se franqueados da Fran’s Café, franquia esta que tinha prazo original, estipulado na própria circular, de quatro anos de duração. Ainda no ano de 2001, receberam os franqueados uma carta, emitida pela franqueadora, reduzindo unilateralmente o prazo original da franquia para dois anos, a pedido da FNAC Brasil. Os franqueados acabaram por concordar com esta redução, pois, foi assegurado por representantes da franqueadora e da sublocadora que o contrato seria renovado, sem maiores problemas, desde que todas as obrigações contratuais fossem devidamente observadas. Os contratos mostravam ótimos resultados econômicos para todas as partes interessadas. Mesmo assim, em 2003, os franqueados receberam notificação da FNAC em que constava a intenção de não renovação da sublocação, a despeito dos bons resultados da parceria. Desta forma, a FNAC daria a sublocação como extinta a partir do termo final de dois anos de vigência do contrato. Subsequentemente, a franqueadora notificou aos franqueados que também não tinha intenção de renovar a avença, alegando que o contrato estava sendo exercido de forma incorreta, com grande número de reclamações de consumidores, falta de higiene no local e outros motivos que os franqueados lograram provar, em juízo, que eram inverídicos. Alegaram os franqueados que as condutas das rés eram abusivas pois tinham o objetivo de excluir do negócio sua empresa com a finalidade de passar a franquia para a própria sublocadora. Aduziram ser o contrato de franquia um contrato de adesão. Por isso, as cláusulas devem ser interpretadas de modo a não gerar extremo benefício à parte economicamente mais forte. Desta forma, pleitearam a renovação do contrato ou indenização. Após a propositura, pelos franqueados, da ação ordinária acima referida, a franqueadora promoveu “ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e pedido de tutela antecipada” em face aos franqueados. A tutela antecipada, que foi concedida *inaudita altera partes*, foi revogada após a contestação dos franqueados. Ato contínuo os autos desta ação foram apensados ao da ação ordinária. A sentença da ação ordinária rejeitou os pedidos dos autores, concedendo novamente a tutela antecipada à franqueadora e determinando a extinção do contrato de franquia. Diante do disposto na sentença, os franqueados apelaram e ajuizaram medida cautelar inominada perante o TJSP com o objetivo de que fossem suspensos os efeitos da tutela antecipada até o julgamento da apelação.

Resultado de julgamento: medida cautelar provida, com julgamento de improcedência da ação de rescisão contratual movida pela franqueadora.

<p>Fundamentos principais do acórdão: os desembargadores da Nona Câmara do Extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo decidiram, por maioria de votos, acolher os pedidos formulados pelos franqueados, determinando a renovação de ambos os contratos por um prazo de quatro anos. Sustentaram sua decisão nos seguintes argumentos: afirmam que os contratos em comento eram coligados e visavam à otimização de vendas e prestações de serviço, o que os descaracterizava de sublocações e franquias puras e simples, para a caracterização de um plexo contratual atípico e mais sofisticado, chamado de <i>Contrato de Parceria Comercial</i>, que seria regulado de maneira distinta, não cabendo, portanto, aplicação isolada as disposições das Leis de Locação (Lei 8.245/91) e de Franchising (Lei 8.955/94). Sustentaram também que tanto a franqueadora quanto a sublocatária agiram de má-fé ao alijarem da parceria comercial a parte economicamente mais débil, para que pudessem auferir maiores ganhos. As condutas de ambas de não proceder à renovação dos contratos, sem justificativas plausíveis e sem o mínimo amparo jurídico foram consideradas, pela maioria dos julgadores, nulas de pleno direito, por violarem a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça contratual. Deste modo, por maioria de votos, determinou-se a renovação dos contratos de sublocação e franchising.</p>
<p>Relator: João Carlos Garcia</p>
<p>Voto divergente: Desembargador Luis Carlos de Barros: Votou vencido o Desembargador Luis Carlos de Barros porque considerou que a questão dos autos envolvia discussão restrita a direito e não a fatos. Afirma que a franqueadora e a sublocadora estavam revestidas de razão, na medida em que deram por extintos os contratos, quando estes atingiram seus termos finais. Sustenta que tal conduta é consagrada pelo ordenamento pátrio e que não permiti-la geraria violação ao princípio da autonomia da vontade, um dos sustentáculos do direito contratual.</p>

ACÓRDÃO Nº 35
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Distribuição
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Agravo de Instrumento nº 7243933900
Data do julgamento: 25/06/2008
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: artigo 710 e seguintes
Doutrina/ Jurisprudência: não houve qualquer referência à obra doutrinária ou precedente jurisprudencial.
Ementa: <i>“Cautelar inominada - Liminar deferida parcialmente para suspender os efeitos da denúncia do contrato de distribuição estabelecido entre as partes - Deferimento que deve ser mantido - Contrato que tem, efetivamente, as características de um contrato de distribuição, tendo, ainda, prazo determinado, que não se venceu, e a denúncia nele prevista deve afigurar-se de caráter motivado, o que não se evidencia pela denúncia feita pela requerida – Recurso desta improvido”.</i>
Síntese dos fatos: São partes litigantes Tennant Sales and Service Company (agravante) e Consenso Comércio e Representações Ltda. (agravada). Havia entre as partes contrato de distribuição por tempo determinado que foi rompido unilateralmente pela fornecedora, sem um motivo razoável e sem a concessão de prazo contratual suficiente para que o distribuidor pudesse se recuperar dos investimentos feitos para o correto adimplemento do negócio. Como o aviso de rescisão fora enviado à distribuidora 90 dias antes do escoamento do prazo pactuado, ela moveu ação cautelar de suspensão dos efeitos da denúncia contratual. A decisão de primeiro grau conferiu a

tutela antecipada <i>inaudita altera parte</i> , razão pela qual a fornecedora interpôs agravo de instrumento.
Resultado de julgamento: Recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: decidiram os desembargadores da Décima Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP em negar provimento ao agravo, mantendo-se a antecipação de tutela, respaldados pelos seguintes argumentos: afirmam que o contrato de distribuição com prazo determinado somente poderia ser denunciado antes de vencido o termo final caso houvesse motivo suficiente para tanto, o que não restou demonstrado pela agravante. Sustentam também que a notificação antecipada em 90 dias não confere tempo suficiente para que os investimentos feitos pelo distribuidor sejam recuperados, o que revela ato de injustiça contratual. Afirmam que tal prazo razoável está previsto no Código Civil para contratos sem tempo determinado, mas que se aplica perfeitamente a contratos do mesmo tipo em que foi fixado prazo. Deste modo, mantém-se a decisão agravada, mantendo a vigência do contrato até o deslinde da controvérsia.
Relator: Desembargador Thiago de Siqueira
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 36
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Agência
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 7136012200
Data do julgamento: 22/11/2007
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: artigo 720.
Doutrina/ Jurisprudência: não houve referências.
Ementa: “ <i>Ação declaratória de rescisão contratual e inexigibilidade de pagamento. Contrato de prestação de serviços de agenciamento firmado pelo prazo de 1 (um) ano. Existência de cláusula prevendo a possibilidade de rescisão unilateral, a qualquer tempo, mediante simples notificação prévia. Inexistência do dever de indenização. Inaplicabilidade das disposições contidas no artigo 720 do Código Civil. Ausência de prova da má-fé da empresa apelada. Recurso improvido</i> ”.
Síntese dos fatos: são partes litigantes: Traço Design e Editoração Gráfica Ltda. (apelante) e Intercom Comunicação Estratégica S/C Ltda. e outro (apelados). Havia entre as partes contrato de agência em que a Intercom era agenciada. Tal contrato tinha prazo de um ano de vigência, em que eram pagos mensalmente R\$850,00 (oitocentos e cinquenta reais) a título de remuneração do agente. Após seis meses de contrato, a agenciada denuncia o acordo unilateralmente, sem motivo que justificasse tal ato, o que foi considerado pela agente uma conduta de deslealdade contratual. Com a recusa da agente em concordar com a extinção do contrato, a agenciada ingressa em juízo para que seja acolhida ação de “rescisão contratual cumulada com inexigibilidade de pagamento de remunerações”. Em primeiro grau julgou-se procedente a ação, razão pela qual a Traço Design interpôs o recurso de apelação em comento, com o intuito de reverter a decisão de primeira instância.
Resultado de julgamento: Recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: decidiram os desembargadores da Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do TJSP negar provimento à apelação da Traço Design e Editoração Gráfica Ltda., sob os seguintes argumentos: havia previsão no contrato de possibilidade de denúncia unilateral, antes do prazo, por qualquer das

partes. Assim sendo, a denúncia operada pela agenciada não violava nem a lei nem o próprio pactuado. Não havia previsão no contrato de dever de indenizar em casos de rescisão unilateral antes do prazo. Alegam ser inaplicável o prazo disposto pelo artigo 720 do Código Civil de 2002 (de noventa dias), tendo em vista que o instrumento particular previa aviso prévio de 30 dias no máximo. Frisam ainda que o artigo 720 é somente aplicável a contratos de prazo indeterminado, o que não é o caso dos autos, daí a sua inaplicabilidade ao caso em tela. Salientam que não há no contrato disposição que impute a qualquer das partes o dever de indenizar a outra que sofrer eventuais prejuízos com a extinção. Sustentam, finalmente, que não houve violação da boa-fé objetiva nem da lealdade contratual, dado que a conduta da agenciada estava de acordo com o contrato, que foi livremente pactuado pelas partes. Falam ainda da inexistência de investimentos feitos pela agente para justificar a manutenção forçada do vínculo contratual. Deste modo, mantiveram inalterada a decisão de primeiro grau.
Relator: Desembargador Ary Casagrande Filho
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 37
Natureza do caso: Contratual – Contrato de Prestação de Serviço de Administração de Imóvel
Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tipo e número do recurso: Apelação cível nº 1026272002
Data do julgamento: 26/05/2009
Legislação mencionada: Código Civil de 2002: artigos 473, § único, 599 e 2.035.
Doutrina/ Jurisprudência: não houve referências.
Ementa: “ <i>CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS - RELAÇÃO CONTRATUAL DE TRATO SUCESSIVO - APLICAÇÃO DO ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL - ADMISSIBILIDADE</i> ”.
Síntese dos fatos: São partes litigantes: Único Sistema de Aperfeiçoamento de Administração de Imóveis Ltda. (apelante) e Condomínio Residencial Ilhas Polinésias (apelado). Havia entre as partes contrato de prestação de serviço de administração de imóvel com prazo de duração determinado em 24 meses. O condomínio, tomador do serviço, denunciou unilateralmente e de forma desmotivada o contrato antes do escoamento do prazo final. A rescisão foi noticiada com 30 dias de antecedência. Por conta disso, a prestadora de serviços ingressou com ação de indenização, fundada na falta de aviso prévio, já que o contrato previa, para casos de extinção por qualquer das partes, notificação com 60 dias de antecedência. Em primeiro grau a sentença julgou improcedente a ação, razão pela qual a prestadora recorreu ao TJSP.
Resultado de julgamento: recurso não provido.
Fundamentos principais do acórdão: decidiram os desembargadores da Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado do TJSP negar provimento à apelação, respaldados pelos seguintes fundamentos: afirmaram não haver direito à indenização por falta de aviso prévio, pois o Código Civil de 2002 em seu artigo 599 prevê notificação com oito dias de antecedência para contratos de prestação de serviço com remuneração mensal, o que teria sido mais do que observado pela tomadora que notificou a extinção com 30 dias de antecedência. Afirmaram também que não houve investimentos feitos pela prestadora, para a realização do contrato, o que não ensejaria indenização pela denúncia unilateral do contrato. Finalizam a decisão argumentando que assiste razão à tomadora, na medida em que não se pode forçar contratantes a manterem contratos que

não mais lhes interessa. Deste modo, manteve-se a eficácia do ato de denúncia contratual e foram negados os pedidos de indenização.
Relator: Desembargador Renato Sartorelli.
Voto divergente: não houve.

6.3.2. Conclusões parciais

O posicionamento do STJ muda muito ao tratar de manutenção forçada de contratos empresariais, se comparado com o posicionamento para o mesmo problema envolvendo contratos de consumo. Enquanto a posição que prevalece em contratos de consumo (assistência à saúde e seguro de vida) é a da manutenção forçada da relação contratual, nos contratos empresariais a preferência é pela solução indenizatória, com a imediata extinção do contrato.

A 4ª Turma do STJ é resolutivamente contrária à manutenção forçada de vínculos contratuais empresariais, como revelam os julgados de fichas 30 e 31. Embora os casos envolvam concessão comercial de veículos automotores, contrato com regime legal específico que será analisado adiante (*infra*, 7.1.6.), os acórdãos contêm conclusões generalistas, que excedem o âmbito das concessionárias de veículos e ganham ares de regra geral. Para a 4ª Turma, se uma das partes não quer mais se manter vinculada, não há como obrigá-la, devendo-se resolver a questão em perdas e danos, se se comprovar abusividade na ruptura.

A posição é, no mínimo, curiosa se se levar em conta que o art. 22, § 2º, da Lei nº 6.729/1979 estipula prazo mínimo de cento e vinte dias para que a resolução do contrato produza efeitos, sendo expresso no texto legal que esse prazo pode ser aumentado dependendo das circunstâncias do caso. E se torna ainda mais curiosa quando se pensa no ar de regra geral que o texto das ementas quer transparecer, uma vez que existe hoje o art. 473, parágrafo único, do Código Civil a garantir a ineficácia do ato de denúncia contratual até que a parte prejudicada recupere os investimentos consideráveis feitos exclusivamente por conta do contrato a extinguir⁴⁴⁷.

Considerando-se apenas o microssistema da Lei nº 6.729/1979, dada a peculiaridade do mercado regulado por ela e o enorme aparato protetor do concessionário, a decisão do STJ é justificável. Mas tentar transformá-la em regra geral não parece ser a melhor opção, razão pela qual a leitura dos julgados nº 30 e 31 há de ser cuidadosa.

⁴⁴⁷ V. *infra*, item 7.3.

Mas novos ventos já começam a soprar, mesmo que timidamente, no STJ e nos principais Tribunais estaduais. O acórdão de nº 28, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 2010 é exemplo disso. A decisão considerou o comportamento concludente como capaz de alterar uma cláusula de um contrato escrito. Apesar de o prazo já ter acabado, o STJ considerou que o comportamento da parte locadora, de continuar cobrando o mesmo preço e de não protestar pela devolução parcial dos bens locados no termo contratual, revelou sua intenção de modificação do enunciado contratual inicialmente pactuado, para que o contrato vigesse por tempo maior que aquele inicialmente estabelecido.

Além disso, os julgados nº 26 e 27 mostram a preocupação do STJ com o desfazimento abrupto de vínculos contratuais que se prolongaram por longos períodos e a consideração, pelo Tribunal, da importância do caráter relacional do contrato para sua extinção, nos termos do que escreveu Ian McNeil na década de 1980 (v. item 3.2., *supra*). A dificuldade de readaptação do contratante mais fraco, muito dependente do contrato interrompido, exige um aviso prévio longo para evitar a causação de prejuízos ilícitos.

Os julgados nº 32 (TJMG) e nº 34 (TJSP) também trazem decisões de prorrogação compulsória de contratos a prazo apoiadas no comportamento contratual das partes ao longo da execução da avença. O julgamento do TJSP, além de tratar da tutela das expectativas geradas por comportamentos das partes ao longo do contrato, fundamenta-se na vedação ao abuso de poder econômico de um contratante sobre o outro para forçar a alteração contratual formal (escrita) em condições menos favoráveis, mediante a criação de expectativas de compensações futuras.

Nesse caso, embora estivesse escrito no contrato o prazo de dois anos, o Tribunal paulista entendeu que o contrato tinha quatro anos de prazo mínimo, pois a parte mais fraca foi levada pela parte mais forte a assinar aditivo contratual reduzindo o prazo de quatro para dois anos. A corte estadual obrigou as partes a manterem-se vinculadas por quatro anos, desconsiderando o texto do aditivo contratual por elas assinado.

Ainda no que se refere ao TJSP, o julgamento de nº 35 é a confirmação contemporânea do que afirmou Jaques Azéma há mais de quarenta anos, ao se referir à aproximação cada vez maior no tratamento da extinção de contratos com e sem prazo (v. item 3.3., *supra*). No caso concreto, o TJSP aplicou o art. 720 do Código Civil a um contrato celebrado por tempo determinado, sob a alegação de que, apesar de ser um

contrato a prazo, a característica de estabilidade do vínculo imanente àquela avença impedia uma abrupta ruptura.

Da mesma forma, a decisão de nº 36, também do TJSP, reforça essa idéia, embora seja em sentido oposto. Nesse caso, o Tribunal afirmou não ser aplicável o art. 720 a contratos a prazo, revelando claramente que a interrupção de vínculos precários ou que não geram a expectativa de prolongamento não dão ensejo ao direito de prorrogação forçada ou de indenização pela extinção. Isso também foi afirmado na decisão de nº 37, com o esclarecimento de que, para a prorrogação forçada do vínculo, a lei exige, também, investimentos consideráveis da parte denunciada.

Por último, o acórdão do TJRJ, de nº 33, revela a preocupação do julgador com a posição ocupada pelas partes na relação contratual. Tratava-se de um contrato de prestação de serviços celebrado em substituição de relação de emprego. A prestadora de serviços era muito dependente da tomadora. Isso levou o Tribunal a condenar a tomadora em pagamento de multa pela não preservação da duração justa do contrato na perspectiva da prestadora.

Em conclusão, percebe-se, quanto aos contratos empresariais, ser a jurisprudência muito mais exigente e criteriosa ao ordenar a prorrogação forçada de vínculos, havendo a manifesta preferência pela solução indenizatória ao invés da solução de manutenção do contrato em vigor. Há acórdãos recentes, inclusive do STJ, contudo, decidindo em sentido diverso, revelando que juízes começam a atentar para o fato de que, presentes certos pressupostos, é possível manter o vínculo vivo ao invés de remeter as partes para a apuração de perdas e danos, que nem sempre é a melhor solução para o caso.

6.4. Contratos de distribuição de bebidas

Para finalizar nossa análise, nos voltaremos para três julgados relativos à interrupção de vínculos contratuais a prazo envolvendo distribuição de bebidas. Todas as decisões são da 3ª Turma do STJ. Transcreveremos aqui apenas três fichas resumo para evitar repetições enfadonhas, mas na realidade há muito mais julgados oriundos da 3ª e até da 4ª Turma do STJ nesse mesmo sentido, o que demonstra ser essa a posição dominante no Tribunal acerca do tema da prorrogação compulsória de contratos empresariais a prazo.

6.4.1. Fichas-resumo dos acórdãos

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO Nº 38	
Natureza do caso:	Contratual – Contrato de distribuição de bebidas
Tribunal:	Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso:	Recurso Especial nº 493.159/SP
Data do julgamento:	19/10/2006
Legislação mencionada:	Código Civil de 1916: artigo 159
Doutrina/ Jurisprudência:	Foram mencionados dois julgados do próprio STJ, no mesmo sentido da decisão proferida: Recurso Especial nº 681.100/PR Recurso Especial nº 766.012/RJ
Ementa:	<i>“CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. NÃO-RENOVAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PRAZO PACTUADO, MEDIANTE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. Consoante entendimento perfilhado pela Terceira Turma em casos semelhantes aos destes autos, não constitui ato ilícito, gerador do devedor de indenizar, quando há disposição contratual assegurando às partes interromper o negócio de distribuição de bebidas, após atingido o termo final do contrato, não havendo, pois, que se falar em cláusula abusiva ou potestativa. Recurso especial conhecido e provido”.</i>
Síntese dos fatos:	São partes litigantes Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV (recorrente) e Revendedora de Bebidas Entre Rios Ltda. e outro (recorridos). AMBEV hostiliza, por meio de recurso especial, acórdão proferido em sede de apelação que reconhece o dever da companhia em indenizar a distribuidora em virtude de não renovação de contrato com prazo determinado. Alega a AMBEV que nenhum pleito indenizatório por parte da distribuidora procede, pois a conduta de não renovação contratual não configura ato ilícito ou inadimplemento do contrato.
Resultado de julgamento:	Recurso Especial provido.
Fundamentos principais do acórdão:	os ministros da Terceira Turma do STJ decidiram dar provimento ao Recurso Especial em análise baseados no argumento de que quando o contrato atinge seu termo final, se houver, por qualquer das partes, falta de interesse em renová-lo, tal conduta não caracteriza ato ilícito, gerador de dever de indenizar. Em seu voto, o relator Ministro Castro Filho afirma ser este um argumento já

consolidado na Corte.
Relator: Ministro Castro Filho
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 39
Natureza do caso: Contratual – Contrato de distribuição de bebidas
Tribunal: Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso: Recurso Especial nº 681.100/PR
Data do julgamento: 20/06/2006
Legislação mencionada: Lei de Introdução ao Código Civil: artigo 4º Lei 6.729/79
Doutrina/ Jurisprudência: Recurso Especial nº 506.321/SP e Recurso Especial nº 534.105/MT e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 43.329/SP.
<p>Ementa: “<i>Contrato de distribuição de bebida. Interrupção do negócio com base em cláusula contratual que assegura às partes igual direito, mediante prévia notificação. Impossibilidade de aplicação analógica da Lei nº 6.729/79.</i></p> <p>1. <i>Havendo disposição contratual assegurando às partes interromper o negócio de distribuição de bebidas, o que afasta a configuração de cláusula abusiva ou potestativa, é impertinente buscar analogia com dispositivo de outra lei especial de regência para os casos de concessão de veículos automotores de via terrestre.</i></p> <p>2. <i>Recurso especial conhecido e provido”.</i></p>
<p>Síntese dos fatos: São partes litigantes a Indústria de Bebidas Antarctica Polar S/A (recorrente) e Comercial de Bebidas Sidal Ltda. (recorrida). Havia entre as partes contrato de distribuição de bebidas produzidas pela recorrente. O contrato, que era por tempo determinado, possuía cláusula que permitia a ambos os contratantes extinguirem a avença. Em virtude desta previsão contratual, a fornecedora rompeu o contrato, sem justa causa expressa e sem notificação. Em razão de tal acontecimento, a distribuidora moveu ação de indenização em face da fornecedora em razão da ruptura desmotivada do contrato. Em primeiro grau, a sentença julgou improcedente o pedido, baseado no fato de que a possibilidade de denúncia por qualquer das partes estava prevista na avença. A distribuidora apelou e o Tribunal de Justiça do Paraná reformou parcialmente a sentença, determinando que a distribuidora fosse indenizada a título de lucros cessantes, danos emergentes e outros gastos, pois, apesar de a possibilidade de denúncia estar contratualmente prevista, a ruptura desmotivada é considerada ato de deslealdade contratual, que enseja a responsabilidade civil. Diante do julgamento do tribunal estadual, a fornecedora interpôs recurso especial.</p>
Resultado de julgamento: Recurso Especial provido.
<p>Fundamentos principais do acórdão: os ministros da Terceira Turma do STJ decidiram por dar provimento ao Recurso Especial em análise, reconstituindo a sentença de primeiro grau, sustentando o argumento de que a concretização de disposição contratual não enseja indenização. Entenderam que, ao exercer a faculdade prevista no contrato de rompê-lo sem necessidade de prévia notificação, a fornecedora afastou qualquer direito de indenização por parte da distribuidora. Deste modo, o contrato não foi restabelecido e os pleitos indenizatórios da recorrida foram julgados indevidos.</p>
Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Voto divergente: não houve.

ACÓRDÃO Nº 40	
Natureza do caso:	Contratual – Contrato de distribuição de bebidas
Tribunal:	Superior Tribunal de Justiça
Tipo e número do recurso:	Recurso Especial nº 766.012/RJ
Data do julgamento:	23/08/2005
Legislação mencionada:	Código Civil de 1916: artigo 159
Doutrina/ Jurisprudência:	menção ao RESP nº 108.753/SP de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter.
Ementa:	<p><i>“RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS - NÃO-RENOVAÇÃO APÓS O TRANSCURSO INTEGRAL DO PRAZO PACTUADO - INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO - DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO -CC/16, ART. 159.</i></p> <p><i>- Atingido o termo final do contrato, a falta de interesse em renovar contrato de distribuição de bebida - ainda que amparada unicamente no interesse de obter maior lucro - não constitui ato ilícito, gerador do dever de indenizar.</i></p> <p><i>- O direito civil brasileiro – ressalvadas as hipóteses legalmente previstas de responsabilidade objetiva ou contratual – consagra a responsabilidade aquiliana.</i></p> <p><i>- Viola o Art 159 do Código Beviláqua a decisão que condena a prestar indenização quem – observando cláusula contratual – não prorroga contrato que atingiu seu termo final”.</i></p>
Síntese dos fatos:	São partes litigantes J.Cruz Indústria e Comércio Ltda.(recorrente) e Pepsico Inc. e Pepsico & Cia. (recorridas).J.Cruz interpôs o recurso em tela com o objetivo de discutira não-renovação imotivada de contrato de engarrafamento e distribuição de bebidas da empresa recorrida que teve a duração de 27 anos. Alega a recorrente que a não renovação do contrato provocou uma série de danos de natureza patrimonial e moral.Respondendo às alegações da recorrente, a Pepsico afirma que não tem dever de indenização para com a recorrente, tendo em vista que a não renovação de contrato com prazo determinado, quando feita de acordo com as disposições contratuais, não configura ato ilícito. A recorrida afirma também que o fato de o contrato não ter sido renovado por motivos de maior obtenção de lucro em nada tem de ilegal ou contrário ao direito, na medida em que os contratos mercantis se regem pela ótica do lucro. Afirma, finalmente, que a não renovação não enseja indenização, pois foi notificada com antecedência de um ano e meio, o que permitiria a readequação da recorrida à sua nova situação de mercado.
Resultado de julgamento:	Recurso Especial provido.
Fundamentos principais do acórdão:	os ministros da Terceira Turma do STJ acolheram as alegações da Pepsico e basearam a decisão nos seguintes argumentos: (i) não houve configuração de ato ilícito na medida em que todas as cláusulas contratuais foram observadas; (ii) não houve rescisão unilateral e desmotivada, pois o contrato havia chegado ao seu fim natural atingindo o termo fixado pelas partes; (iii) não havia dever de indenizar em razão de surpresa na extinção da avença, tendo em vista que a notificação da não renovação se dera com antecedência de mais de um ano.
Relator:	Ministro Humberto Gomes de Barros
Voto divergente:	não houve.

6.4.2. Conclusões parciais

O voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, em trecho de decisão proferida no curso do julgamento do REsp nº534.105/MT, julgado em 19 de dezembro de 2003, é bastante ilustrativo a respeito da posição da 3ª Turma do STJ sobre a possibilidade de prorrogação compulsória de contratos de longa duração a prazo:

Princípio básico do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor sua continuidade quando uma das partes já manifestou sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente caracterizado o abuso de rescisão, por isso responderá quem o tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano indenizatório.

Essa decisão, somada às três fichadas acima, demonstra a influência dos paradigmas do Código Civil de 1916 que ainda se faz sentir sobre jurisprudência do STJ. E é natural que seja assim.

Como Tribunal de superposição, o STJ tem a missão de uniformizar a interpretação das leis federais. Para isso, precisa aguardar o amadurecimento das teses jurídicas divergentes nos tribunais estaduais.

Parte dos tribunais estaduais ainda não absorveu completamente o novo paradigma contratual do Código Civil de 2002, que é a flexibilidade dos aspectos formais para privilegiar a justiça material dos contratos. A lei nova deu vários passos saindo da estrutura em direção à função. Mas se os tribunais estaduais não decidem de acordo com os novos paradigmas, as discussões tendem a não chegar ao tribunal superior como deveriam.

Além disso, o processo civil brasileiro, retrógrado, preclusivo, formalista e multiplicador de demandas atômicas repetitivas acaba por atrasar a chegada das novas teses aos Tribunais Superiores. Isso sem falar na estrutura do recurso especial, que na maioria das vezes só é capaz de levar a Brasília discussões processuais, haja vista a vedação à análise de fatos e cláusulas contratuais criada pelo próprio STJ, em jurisprudência assumidamente defensiva (súmulas nº 05 e 07).

O Código Civil de 2002 ainda não tem dez anos em vigor. O vagar dos processos no seu caminho à instância superior faz com que o STJ aplique muito o Código de 1916 às demandas que lá chegam, por ser esta a lei vigente quando dos fatos em debate.

Tudo isso faz com que leve tempo até que um diploma legal da envergadura do Código Civil seja completamente absorvido pelo Tribunal Superior. A função dele é

uniformizar a interpretação do Código, mas para haver necessidade de uniformização é preciso haver, primeiro, interpretações divergentes. Nós ainda estamos nesse processo nos tribunais estaduais.

Por enquanto, o que se pode afirmar é que a maioria das decisões do STJ despreza o texto do art. 473, parágrafo único, do Código Civil de 2002, pois a opção é sempre pela solução indenizatória do conflito (v. item 7.3., *infra*). E mais, no que se refere a vínculos com prazo determinado, são raríssimos os julgados a aplicar solução que contemple a prorrogação compulsória do vínculo para evitar a causação de perdas à parte economicamente dependente. Para o Tribunal Superior, o término do prazo, tal como pactuado no momento de formação do contrato, leva necessariamente à extinção imediata da relação jurídico-obrigacional. A recusa em renovar não é considerada abusiva ou ilícita, uma vez que a Corte a considera direito “sagrado” dos contratantes.

6.5. Conclusões da análise jurisprudencial

Para finalizar o capítulo dedicado à análise jurisprudencial, após passarmos pelas fichas de quarenta acórdãos que tratam do tema da interrupção de relações contratuais de longa duração com pactuação inicial de prazo, apresenta-se uma conclusão.

E essa conclusão é no sentido de que, para os tribunais brasileiros em geral e, principalmente, o STJ, contratos de consumo com prazo são passíveis de prorrogação, mesmo que uma das partes manifeste-se expressamente sua vontade de não mais permanecer vinculada. E essa afirmação se torna mais verdadeira quanto mais essencial for o serviço ou o produto objeto do contrato. O movimento iniciou-se nos contratos de assistência à saúde, passou para os contratos de seguro de vida e atualmente se estende para contratos como fornecimento de serviços de comunicação (acesso à internet, por exemplo), dentre outros.

A teoria de Cláudia Lima Marques sobre os contratos cativos de longa duração (v. item 3.4., *supra*) goza de ampla aceitação pelos juízes Brasil a fora. É possível dizer que há uma tendência de inclusão de cada vez mais contratos nessa categoria doutrinária e, conseqüentemente, no regime de “prorrogação eterna”, pois as pessoas vão se tornando cada vez mais dependentes de tais prestadores de serviços.

Parte da jurisprudência conta com um senso crítico em relação aos contratos de consumo, sendo possível ver decisões em sentido oposto, entendendo não haver amparo legal para a prorrogação *ad aeternum* de contratos de seguro de vida se o contratante não for tão velho ou se não tiverem ocorrido muitas renovações sucessivas anteriores, ou entendendo ser benéfico para o consumidor a interrupção abrupta de certos fornecimentos (como cheque especial, por exemplo).

Como já afirmamos, o que está por trás de tudo isso é um raciocínio, mesmo que inconsciente, do nível de dependência econômica do consumidor individualmente considerado e do montante de custos de transação que a interrupção do vínculo contratual irá impor a ele. Se a dependência for muito grande e/ou se os custos forem muito altos, provavelmente a decisão será no sentido da manutenção forçada do vínculo, tendendo à eternização da relação contratual de consumo de longa duração.

Nos contratos empresariais, entretanto, esse mesmo raciocínio não se aplica. As raras decisões que decidem prorrogar compulsoriamente um vínculo contratual o fazem com fundamento na tutela das expectativas criadas pelo comportamento das partes ao longo da execução do contrato de longa duração. O tempo de duração anterior do contrato somente é levado em conta para se medir o quão legítimas são as expectativas de prolongamento dos efeitos da avença. A discussão sobre a dependência econômica de um contratante em relação ao outro ou sobre a essencialidade do objeto do contrato para aquele contratante específico não aparece nem como fundamento direto, nem como fundamento indireto de tais decisões, salvo raríssimas exceções.

Retomando a aplicação dos três princípios contratuais novos como fundamentos supraleais da prorrogação compulsória de vínculos contratuais a prazo e aplicando nossas conclusões expostas no item 4.4., *supra*, aos julgados analisados, somos levados a afirmar que a função social do contrato, no que se refere à preservação da duração justa do contrato é tema que aparece, mesmo timidamente, nos fundamentos de decisões de prorrogação de contratos de consumo e de contratos empresariais.

O mesmo se diga do princípio da boa-fé objetiva na função específica de vedar comportamentos contraditórios e de qualificar comportamentos concludentes capazes de alterar o enunciado contratual. Esse argumento serve aos julgados sobre prorrogação forçada de seguro de vida, por exemplo, assim como serve à prorrogação forçada de locação empresarial de bens móveis, no caso do aresto relatado pela Ministra Nancy Andriahi.

Todavia, o princípio do equilíbrio contratual é muito mais facilmente identificável nas decisões sobre contratos de consumo do que em decisões que prorrogam contratos empresariais e isso tem uma explicação racional.

Contratos de consumo são desequilibrados por definição. A dependência econômica do consumidor é presumida, decorre da lei e se chama hipossuficiência.

Mas o princípio do equilíbrio contratual também se aplica aos contratos empresariais. E o modo de aplicá-lo é idêntico em contratos de consumo e em contratos empresariais. A diferença está na profundidade da investigação e na tolerância ao desequilíbrio considerado como risco inerente do negócio.

No contrato de consumo não é preciso ir muito fundo, pois a lei já resolve boa parte da questão presumindo a hipossuficiência e tratando pequenos desequilíbrios

como relevantes. Nos contratos empresariais é exatamente o oposto, a presunção é a de que desequilíbrios fazem parte do risco contratual consciente ou negligentemente assumido pelas partes. Do mesmo modo, presume-se a inexistência de dependência econômica em nível capaz de ensejar possibilidade de abuso de posição contratual vantajosa de uma parte pela outra. É preciso provar o contrário para se chamar a incidência das regras corretivas.

Tratando-se da realidade judicial, no fundo, tudo não passa de uma questão de ônus da prova. A presunção de dependência econômica e fragilidade de posição contratual em favor do consumidor favorece a produção de decisões judiciais a acolher a pretensão de prorrogação compulsória de contratos a prazo, simplesmente porque não é preciso muito esforço para demonstrar tais pressupostos.

A tutela dos contratos de consumo tende a ser hipertrofiada, pois a opção da lei foi de errar para mais e não para menos. O juiz parte do pressuposto que há sempre dependência econômica e desequilíbrio e o interessado que prove o contrário. Como essa prova nem sempre é fácil ou possível, as decisões tendem a reconhecer o consumidor como vítima de desequilíbrio e economicamente dependente do fornecedor na maioria dos casos.

A presunção de inexistência de dependência econômica ou de não verificação de fragilidade de posição contratual nos contratos empresariais leva ao efeito oposto. O Poder Judiciário tende a negar pedidos de prorrogação compulsória de contratos a prazo, justamente pelo motivo de que é difícil ou mesmo impossível provar tais pressupostos em determinadas ocasiões, mesmo que eles se façam presentes de fato. A tutela dos contratos empresariais tende a ser hipotrofiada, pois a opção da lei foi de errar para menos e não para mais. Tendo em vista a opção legislativa e a própria lógica aplicável ao Direito Empresarial, pode ser que o juiz acabe enxergando menos dependência econômica do que de fato há.

O cenário legislativo, contudo, vem se alterando. São diversos os contratos empresariais que contam com regras expressas a disciplinar a prorrogação ou a renovação compulsória dos vínculos. Tais normas são a resposta pontual do legislador a um problema que ele mesmo causou ao juiz, quando, no passado, estabeleceu a presunção em desfavor do contratante empresarial mais fraco. As normas específicas sobre prolongamento forçado do vínculo contratual nada mais são que uma indicação clara dos fatos reveladores da dependência econômica que precisam ser provados. É a forma que o legislador encontrou

de neutralizar a “cegueira” judicial da dependência econômica naquela relação interempresarial específica.

Mas com a inserção, no Código Civil de 2002, do art. 473, parágrafo único, alterou-se a técnica legislativa de neutralização dessa “cegueira” judicial, deixando-se de combatê-la contrato a contrato e passando a combatê-la de forma geral, categorialmente, uma vez que o dispositivo legal mencionado aplica-se indistintamente a todos contratos de longa duração, sejam típicos ou atípicos, sejam empresarias ou de consumo.

É disso que trata o próximo capítulo.

7. Soluções legais para o problema da interrupção inesperada da relação contratual de longa duração

A norma que visa limitar o poder de rescisão unilateral do contrato é claramente uma norma apreendida da experiência jurisprudencial e da influência doutrinária na criação de soluções para problemas contratuais que se colocam com frequência. Os tribunais são sempre os primeiros a se deparar com problemas sociais candentes, tendo de resolvê-los com o Direito disponível naquele momento determinado, dado não poderem se negar a decidir os conflitos⁴⁴⁸. Uma vez colocados nos tribunais, passa a doutrina a se preocupar com eles também.

Além disso, a própria sociedade civil se organiza, por meio de associações de classe, representações sindicais etc. e passa a fazer pressão tanto sobre os órgãos julgadores dos conflitos como sobre o Poder Legislativo. É desse jogo democrático que surgem⁴⁴⁹ as leis e é por isso que se diz ser o Direito um sistema autopoietico, dotado de retroalimentação⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Assim preconizam o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e o art. 126 do Código de Processo Civil.

⁴⁴⁹“Fazer *lobby* não é corrupção. Apesar de algumas ‘áreas cinzentas’, há uma clara percepção entre os representantes de interesses privados e as autoridades públicas dessa diferença. Não surpreende, portanto, que a área na qual o *lobby* e a corrupção se interpenetram de maneira mais perigosa seja a do financiamento de campanhas eleitorais (Drew, 1983; Jackson, 1990, e a literatura citada em Graziano, 1995, cap. 4)”.

“Todavia, em princípio, a linha de demarcação é bastante nítida. O *lobby* é a representação política de interesses em nome e em benefício de clientes identificáveis por intermédio de uma panóplia de esquemas que, em princípio, excluem a troca desonesta de favores. O próprio fato de que instituições de prestígio — desde universidades respeitadas, como Princeton e Harvard, até governadores de estados e a Conferência da Igreja Católica Americana (organização dos bispos americanos), e uma série de outras — recorram normalmente ao *lobby*, diretamente ou por intermédio das suas associações, reforça aos olhos do público a distinção entre a fisiologia e a patologia do *lobby*”.

“De um modo geral, pode-se dizer que o *lobby* e a corrupção tendem a se excluir mutuamente. O *lobby* é um empreendimento caro e de resultados incertos. Não haveria necessidade de armar esquemas tão dispendiosos se houvesse disponibilidade de meios mais diretos e eficazes, embora talvez a custos comparáveis. Acredito, por exemplo, que há muito pouco espaço para o *lobby* na Rússia, onde a corrupção já se generalizou e assumiu dimensões sistêmicas” (Luigi Graziano, *O Lobby e o Interesse Público*, in Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 35, Outubro de 1997, disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269091997000300009&lng=en&nrm=is>>, acesso em 17.12.2010).

⁴⁵⁰ Um órgão de *input* – advocacia, órgão de classe, ministério público – traz conflitos para serem resolvidos; tais conflitos não de ser resolvidos pelos órgãos de *output* – juízes – mediante aplicação da lei; quando não há lei sobre o tema, todo esse concerto de atos funciona como *input* para outro órgão do sistema, o legislativo, que influenciado pelas decisões judiciais, pelas opiniões doutrinárias e pela pressão social acrescenta novas normas no sistema (*output*); fazendo uso dessas novas normas novos conflitos são inseridos no sistema pelos órgão de *input*, solucionados pelos órgão de *output*, gerando nova influência capaz de fazer surgir necessidade de novas normas a serem produzidas pelo legislativo, perpetuando-se esse ciclo. Para uma visão abrangente do funcionamento e da concepção do Direito como sistema autopoietico, vide Antonio Junqueira de Azevedo, *O direito como sistema de complexo de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, cit., p. 25 e ss.

Não resta dúvida de que o fenômeno de produção normativa, isto é, de confecção legislativa é um dado da realidade, do mundo do ser e não do dever ser. A lei é criada no mundo do ser para produzir seus efeitos no mundo do dever ser. O processo legislativo é o meio pelo qual o “ato-lei” deixa a realidade fenomênica e entra para a dimensão abstrata e etérea que é o Direito.

É por essa razão que deixamos como último capítulo da parte prática de nossa tese a análise legislativa. Assim como a atividade judiciária é uma atividade prática que produz normas concretas (julgados) usualmente empregadas como parâmetro de revelação do Direito, também o processo legislativo e, principalmente, seu produto (as leis) são elementos empíricos (produtos de determinada necessidade momentânea) eleitos pela própria sociedade como forma imperativa de solução de determinados problemas⁴⁵¹.

A extinção de contratos de longa duração sempre foi um problema. Ela marca o fim de um período duradouro de relacionamento entre duas partes. Relacionamentos longos deixam marcas profundas na vida das pessoas, o que torna complicado o seu desfazimento⁴⁵².

Dessa forma, desde muito tempo alguns setores econômicos mais acostumados a lidar com contratos de longa duração vêm lutando para promover a inserção de normas no ordenamento jurídico capazes de solucionar ou atenuar os problemas e as injustiças provocadas pelo término de relações jurídicas de longo prazo.

Muitas vezes, a inserção dessas normas no sistema é resultado de um processo que foi iniciado no Poder Judiciário mas que ali, dado o arcabouço legislativo existente naquele momento, acabou por não obter a solução considerada por esses agentes como a mais adequada, muito provavelmente pela dificuldade encontrada em se definir com precisão o que precisaria ser provado para que se permitisse o prolongamento do vínculo contratual específico.

⁴⁵¹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 12-35.

⁴⁵² O melhor exemplo disso é o casamento (contrato relacional e de longa duração por excelência), que tem onze artigos do Código Civil e algumas leis dedicadas aos modos e consequências de sua extinção. A demonstração de que leis são produtos empíricos fica clara quando pensamos na extinção do casamento. Inicialmente, o casamento era um vínculo jurídico indissolúvel. Veio o desquite. Depois o regime de separação seguido do divórcio e agora o divórcio direto. Conforme a sociedade brasileira foi evoluindo foi mudando o tratamento legislativo da extinção do casamento, saindo da impossibilidade para a ampla facilidade de hoje. Isso é um fenômeno empírico de evolução social, não resta dúvida. Ninguém garante que daqui a cem anos as regras sejam as mesmas.

Faremos nesse capítulo uma análise dessas normas para lhes compreender a razão de terem sido inseridas no ordenamento e qual o espírito de cada uma delas. Cabe, contudo, uma advertência. Recorremos a análise dessas normas pois elas têm, para nossa tese, uma serventia argumentativa. Não é nosso objetivo exaurir o significado dos termos, a abrangência das hipóteses ou as nuances das soluções e questionamentos que provocam. Para isso remetemos o leitor às obras específicas sobre cada um dos contratos que tais normas regulam.

A análise dessas normas, para nós, servirá apenas para extrair delas elementos suficientes para afirmar que o art. 473 do Código Civil é norma geral de tutela da extinção dos contratos e sua aplicação é possível para fundamentar a pretensão de prorrogação compulsória de contratos a prazo, desde que atendidos determinados requisitos que delinearemos no próximo e último capítulo deste trabalho.

7.1. Legislação brasileira

O legislador, ao disciplinar determinada matéria contratual de maneira cogente, faz sempre uma opção entre dois valores, sendo um deles a liberdade contratual. A regra é a de que as partes são livres para “desenhar”⁴⁵³ o arranjo contratual da maneira que melhor lhes convier. O legislador entra em cena justamente para limitar essa liberdade, impondo regras legais não derogáveis pelas partes ou limitando a liberdade⁴⁵⁴ sempre que entende haver disparidade grande de forças entre os grupos que usualmente celebram aquele tipo contratual. Ou, ainda, quando quer incentivar ou desincentivar determinada conduta.

A atuação do legislador no âmbito da limitação ou da fragmentação da liberdade contratual⁴⁵⁵ pode ser protetiva ou promocional, a depender dos interesses em jogo. Especificamente no que se refere à disciplina da determinação do tempo nos contratos de longa duração e de seus modos de extinção, pode-se dizer que o legislador se utiliza de diversas técnicas de limitação da liberdade contratual.

Como se verá abaixo, as técnicas são as seguintes: (i) imposição de limitações ao direito de rescisão unilateral do contrato, quais sejam, (i-a) necessidade de aviso prévio ou termo suspensivo, (i-b) criação de hipóteses específicas para o exercício da denúncia (denúncia cheia⁴⁵⁶), (i-c) exigência de preço (pagamento de indenização à contraparte) para o exercício da denúncia; (ii) conversão forçada de contratos a prazo em contratos por tempo indeterminado; (iii) prorrogação compulsória do prazo contratual; (iv)

⁴⁵³ O verbo “desenhar” nos parece bastante ilustrativo para referir à atividade de preenchimento do enunciado ou objeto do contrato, pois muito mais do que letras em uma folha de papel, a montagem do arranjo contratual é algo tridimensional, que considera um sem número de variáveis e situações, razão pela qual a entendemos como um “desenho” (v. Robert E. Scott; George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, cit., p. 802).

⁴⁵⁴ “O legislador presume a fraqueza de toda uma categoria de contractantes e proíbe, para proteger, as convenções e as cláusulas que prejudicariam seus interesses. Para fazer cessar a desigualdade contratual proíbe a luta. É obrigado, pois a dar ele próprio as regras a seguir. Propõe à adesão dos interessados dois tipos rígidos ou semi-rígidos” (Georges Ripert, *ob. cit.*, p. 273).

⁴⁵⁵ Como afirma Cristiano de Souza Zanetti, “Existem, agora, três grandes categorias, sujeitas a limites distintos quanto à medida de intervenção estatal em seu conteúdo. Permanece o contrato clássico, cuja celebração deve respeitar os limites da licitude, dos bons costumes, da ordem social, da boa-fé e da função social. No extremo oposto, figuram os contratos de consumo, nos quais são vedadas diversas e importantes cláusulas contratuais. A meio do caminho estão os contratos civis por adesão, nos quais a validade das estipulações está condicionada à preservação da natureza do negócio. (...) De modo semelhante ao que ocorria no Direito Romano, volta-se a cogitar de ‘contratos’ antes que do ‘contrato’. Não parece possível recusar, destarte, a fragmentação que caracteriza a liberdade contratual no direito brasileiro contemporâneo (*Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008, p. 277).

⁴⁵⁶ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 25, Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, p. 139.

fixação de prazos contratuais mínimos; (v) renovação compulsória do vínculo pelo mesmo prazo do contrato anterior e (v) perpetuação forçada do vínculo.

A ordem em que colocamos as técnicas não é aleatória. Há uma hierarquia entre as diversas espécies. Parte-se da menor limitação da liberdade contratual até praticamente seu tolhimento. A escolha do legislador é pautada pelo bem jurídico ou valor a ser protegido em cada caso e ao nível de proteção que se pretende emprestar a tal valor. Como afirma Luís Roberto Barroso, “Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas”⁴⁵⁷.

Cumprido ao legislador ordinário escolher se quer privilegiar o direito à moradia em detrimento da liberdade contratual do locador, ou a posição de dependência econômica do concessionário de veículos automotores contra a liberdade de contratar dos fabricantes. A depender do nível de intervenção estatal na liberdade contratual, o legislador se vale de uma das técnicas acima.

O que faremos agora é olhar para a maneira como o legislador, em contratos específicos, valeu-se desse ferramental técnico para proteger determinados valores, isto é, para pesar a balança do equilíbrio contratual para um lado ou para o outro.

7.1.1. Dois contratos unilaterais do Código Civil: empréstimo e mandato

Antes das leis especiais, cumpre olhar para a própria lei geral do Direito Civil brasileiro, pois ao tratar de contratos em espécie este diploma legal se preocupou em tutelar a duração de determinados contratos, para garantir-lhes função social.

Tome-se os contratos de empréstimo, inicialmente. O art. 581 tem a seguinte redação:

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa

⁴⁵⁷ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, disponível em <<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>>, acesso em 17.12.2010, p. 12.

emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Apesar de Giorgio Oppo fazer restrições à classificação dos contratos de empréstimo como contratos de longa duração⁴⁵⁸, o Código Civil não teve qualquer dúvida e, no contrato de comodato sem definição expressa de prazo, restringiu a hipótese de rescisão do contrato pelo comodante antes que haja tempo mínimo para que o comodatário possa fazer o uso pretendido da coisa emprestada.

Orlando Gomes afirma que, nesse caso, o contrato tem prazo, não expresso no texto do acordo, mas abstraível das circunstâncias⁴⁵⁹. A lei atribui força de atribuição do termo contratual final ao comportamento concludente das partes, ou às expectativas criadas na fase de formação do vínculo.

Não há propriamente prorrogação do contrato por força da aplicação da lei (embora o resultado seja o mesmo), mas reconhecimento de duração justa mínima do contrato para o comodatário, que nesse caso, por ser gratuito, confunde-se também com a duração útil mínima do contrato.

Passa-se ao mútuo. O art. 592 dispõe:

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Mais uma vez não se trata de prorrogação, mas de determinação de duração útil do contrato pautada nas circunstâncias do negócio, em especial sua causa concreta. Assim, o mútuo de produtos agrícolas deve durar até a colheita, seja mútuo de mudas ou sementes, seja de outros. A razão não poderia ser mais óbvia: sendo o mútuo empréstimo para consumo⁴⁶⁰ e a causa do empréstimo a atividade agrícola do mutuário, não resta dúvida de que ele empregará os produtos emprestados na sua atividade, de modo que não

⁴⁵⁸ Ver *supra*, item 3.1.

⁴⁵⁹ *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 387-389.

⁴⁶⁰ *Orlando Gomes*, *idem*, p. 391.

terá meios para devolver o objeto do contrato antes da colheita. A situação aqui é idêntica à determinação de prazo mínimo de três anos nos contratos agrários⁴⁶¹.

Quanto à fixação de prazo mínimo de trinta dias para os empréstimos em dinheiro, pode-se presumir que a justificativa é o costume brasileiro de que a remuneração das pessoas por seu trabalho se dê mensalmente. Assim, o mutuário toma o dinheiro emprestado para pagar no próximo mês, depois de ter recebido seu salário. Ademais, quer a lei garantir um tempo mínimo para que o mutuário possa aplicar o dinheiro emprestado e dessa aplicação extrair algum proveito, fixando o tempo de 30 dias como mínimo para que isso ocorra. Clara tutela da duração útil do contrato.

Por último, para todos os outros bens fungíveis a lei deixa ao mutuante o arbítrio de dizer quando quer que o mutuário cumpra sua obrigação. Em relação a essa disposição, Maria Helena Diniz afirma que é dado ao juiz relativizar tal disposição, impondo termo suspensivo ao exercício de rescisão do contrato pelo mutuante, se as circunstâncias do negócio demonstrarem ser o prazo insuficiente para que o contrato atinja sua função concreta⁴⁶².

No tratamento legal do empréstimo, portanto, a lei leva em conta sua duração útil, estabelecendo prazo mínimo de duração nos casos em que isso não estiver expresso, tomando por parâmetros as circunstâncias negociais anteriores e contemporâneas à formação do contrato, o bem dado em empréstimo e a função ou causa concreta do contrato.

Para finalizar essa breve passagem por disposições do Código Civil, vale mencionar o art. 684, ao disciplinar o mandato:

Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz.

A disposição limita o direito de o mandante revogar⁴⁶³ o mandato⁴⁶⁴, se tal foi celebrado como condição de negócio bilateral ou no exclusivo interesse do mandatário.

⁴⁶¹ Para uma análise mais demorada, vide *infra*, item 7.1.3.

⁴⁶² *Código Civil anotado*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 441.

⁴⁶³ Nesse caso, verdadeira denúncia vazia (nesse sentido: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Alcides Tomazetti Jr., Francisco Loreiro, dentre outros; todos referidos no item 1.3., *supra*).

⁴⁶⁴ Faz mais sentido aqui falar em procuração do que propriamente em mandato, conforme Estevan Lo Ré Posada, *Procuração, mandato e representação – da representação voluntária como resultante funcional da concertação entre o negócio jurídico de outorga de poderes e o contrato de mandato*, in Antônio Jorge

Quanto ao mandato no interesse exclusivo do mandatário, escreve Orlando Gomes ser “um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou quiçá, a aparência. Trata-se, a rigor, de negócio de alienação, gratuita ou onerosa”⁴⁶⁵. Por isso o autor escreve ser uma procuração em causa própria, pois a causa do contrato de mandato (na verdade, negócio jurídico unilateral de outorga de poder de representação) é atender ao interesse do mandatário.

Não faz sentido que o mandante possa revogar o poder concedido (denunciar o contrato, se se pensar em mandato) se isso não mais lhe diz respeito. Se ele pudesse fazer isso, acabaria por frustrar completamente a própria finalidade do negócio celebrado. “Intuitivamente, a *procuração em causa própria* é irrevogável não porque constitua exceção à revogabilidade do mandato, mas porque implica transferência de direitos”⁴⁶⁶.

Trata-se de preservação da duração útil do negócio, para que ele atenda à sua causa concreta.

Quanto à procuração outorgada como condição de negócio jurídico bilateral⁴⁶⁷, aplica-se a mesma regra. Embora não tenha sido outorgada no interesse exclusivo do mandatário, ela tem por causa pressuposta⁴⁶⁸ o negócio jurídico bilateral que deve atender. Dessa forma, somente pode ser revogada se aquele negócio que lhe serve de base jurídica deixar de produzir efeitos, sob pena de se frustrar, mediante a revogação da procuração, o próprio negócio bilateral para o qual foi outorgada.

Impede-se, pois, a denúncia do mandato para não comprometer a finalidade do negócio jurídico que lhe serve de causa. É um interessante caso de manutenção forçada da duração de um negócio jurídico para preservar a utilidade de outro, algo que se torna relevante ao se tratar de contratos coligados, em que muitas vezes a causa de diversos negócios jurídicos diferentes é compartilhada, de modo que a extinção antecipada de um deles pode frustrar o fim de todos os demais⁴⁶⁹.

Pereira Júnior; Gilberto Haddad Jabur (Org.), *Direito dos Contratos*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 138-151.

⁴⁶⁵ *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 437.

⁴⁶⁶ *Idem*, ibidem.

⁴⁶⁷ É a situação das famosas “cláusulas mandato” dos contratos de cartão de crédito, por exemplo.

⁴⁶⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial...*, cit., p. 216 e ss.

⁴⁶⁹ V. Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos Coligados*, São Paulo, Saraiva, 2009.

Preservação da duração útil do contrato, portanto, com reflexo, inclusive sobre negócios instrumental ou finalisticamente coligados.

Da breve análise das três normas do Código Civil é possível perceber que a preocupação aqui é com a tutela da duração útil dos contratos, que se relaciona com sua função social e econômica (utilidade objetiva). Todavia, por se tratar de três contratos unilaterais⁴⁷⁰, a preservação a duração útil confunde-se com a própria duração justa (utilidade subjetiva – função individual/econômica) da avença.

O Código se vale basicamente de um único expediente para fazê-lo: impõe restrição à denúncia do contrato antes de ele atingir sua função, o que pode ser visto tanto como a determinação de prazo por meio de comportamento concludente mais circunstâncias negociais, como imposição de termo suspensivo à rescisão unilateral.

7.1.2. A Lei de Locações de Imóveis Urbanos

Não resta grande dúvida de que a Lei nº 8.245/1991 tomou o partido do locatário. O legislador tentou, por meio da regulamentação do contrato de locação, amenizar o problema do déficit habitacional que assolava e ainda incomoda a sociedade brasileira, partindo da premissa de que o contrato de locação concorre para a concentração da propriedade imobiliária e de modo a potencializar o aumento da dependência econômica do locatário em relação ao locador⁴⁷¹.

Para nossa análise, trataremos primeiramente dos artigos 46, 47 e 50, que tratam da locação para fins residenciais. Eis o texto do artigo 46:

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

⁴⁷⁰ Embora o mútuo oneroso possa causar dúvidas quanto a tal classificação, divergência que não será abordada aqui para não frustrarmos a “duração útil” dessa tese.

⁴⁷¹ Ver Hêlzio Mascarenhas, Alternativa viável contra o déficit habitacional, in Gazeta Mercantil, edição de 19.02.2009, disponível em <<<http://jonasfederighi.wordpress.com/2009/02/19/alternativa-viavel-contra-o-deficit-habitacional-1922009/>>>, acesso em 17.12.2010.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

Deve-se notar que lei adotou alguns critérios importantes. Pelos seus termos, o tempo de trinta meses (dois anos e meio) é um marco. A partir deste tempo a locação é considerada um contrato de longa duração em sentido próprio, cujos traços categoriais já expusemos (item 3.5., *supra*). A lei considera o prazo de trinta meses como o tempo de duração justa do contrato (v. item 4.1.4., *supra*) para o locatário⁴⁷². Isso ficará mais claro conforme avançarmos em nosso raciocínio.

O texto legal parece menos cerceador da liberdade de contratar do locador do que ele realmente é. Pela leitura do *caput* há a impressão de que o implemento do termo contratual final (i. e., o vencimento do prazo) é fator suficiente para a extinção da relação jurídico contratual. Isso não é verdade.

O parágrafo primeiro cria a necessidade de ocorrência de pelo menos um entre dois fatos: a devolução ou abandono do bem pelo locatário ou a manifestação expressa de vontade do locador opondo-se à prorrogação do contrato (a jurisprudência exige notificação escrita com comprovação do recebimento⁴⁷³). Não basta o vencimento do prazo, pois, se o locatário permanecer no imóvel e o locador não se manifestar em oposição a isso em até trinta dias do vencimento do prazo contratual, o contrato se prorroga, transformando-se em relação por tempo indeterminado.

Para o locador, portanto, é preciso cuidado. A lei lhe impõe um ônus de conferir se o contrato realmente acabou no prazo pactuado. Uma desatenção e haverá prorrogação. A lei qualifica a conduta inerte do locador como comportamento concludente, nos termos já referidos (item 4.2.3., *supra*).

A prorrogação tem uma importante consequência. Impõe ao locador um período de paciência para a extinção do contrato. Os efeitos da denúncia unilateral (lícita a qualquer tempo e sem necessidade de motivação) só se produzirão após trinta dias da

⁴⁷² É o tempo mínimo para que o locatário esteja protegido e tranquilo para estabelecer naquele imóvel sua morada habitual. Em outras palavras, para poder chamar aquele lugar de “sua casa” com segurança.

⁴⁷³ “NOTIFICAÇÃO. Locação de Imóveis. Ação de despejo. Denúncia vazia. Indeferimento da liminar para desocupação voluntária. Confirmação. O telegrama transmitindo notificação ao locatário para cientificá-lo do intento do locador em retomar o imóvel, reclama demonstração inequívoca de recebimento pelo destinatário da notificação, circunstância díspar do recibo de entrega sem aposição de assinatura, ausência que não se consolida pela só informação do correio excetuada de fé pública. Recurso desprovido” (TJ-SP, Agravo de Instrumento 990104723302, Rel. Des. Júlio Vidal, 28ª Câmara de Direito Privado, j. em 09.11.2010).

comunicação ao locatário. Para a lei, trinta dias são suficientes para que o locatário se adapte ao término do vínculo contratual.

Passado o tempo, se o locatário não sair, o locador poderá propor ação de despejo.

O objetivo aqui é proteger o locatário e a duração justa do contrato. A lei impõe ônus ao locador de se manifestar confirmando o término da relação jurídica e ainda, em caso de prorrogação, limita a eficácia inicial da denúncia ao termo suspensivo de trinta dias. Há limitação da liberdade contratual do locador, mas ela é branda.

Já o artigo 47 prevê o seguinte:

Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

I - Nos casos do art. 9º;

II - em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego;

III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

IV - se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento;

V - se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

A afirmação que fizemos, de que a duração justa para o locatário é de trinta meses, se justifica pelo texto do *caput* deste artigo da lei.

A lei admite contratos com prazo inferior a trinta meses, isso é certo. Todavia, ela não trata esses contratos como contratos de longa duração, pois parte do pressuposto de que tais contratos servem para atender interesses específicos de duração limitada no tempo, sem tendência de perenidade (*e.g.* pessoa que vai passar um ano estudando em cidade distante), ou seja, sem intuito de fixação de residência permanente.

Se o contrato é oral, a despeito da prescrição legal, a jurisprudência fixou entendimento que ele se presume por tempo indeterminado⁴⁷⁴. Mas se o contrato é escrito e tem prazo menor que trinta meses, o fim do prazo tem uma drástica consequência: há prorrogação forçada, chamada pela doutrina de prorrogação automática⁴⁷⁵. Não há opção. Vencido o prazo, o contrato se prorroga, independentemente de comportamento concludente ou de qualquer outro fato. A lei não quer contratos de locação com prazos curtos.

José da Silva Pacheco escreve que, “No que se refere à prorrogação automática ou legal, insta salientar o seguinte: a) é nula a cláusula contratual que a vedar ou proibir (art. 45); b) o locador somente pode retomar o imóvel nos casos específicos dos itens I a V do art. 47 (...)”⁴⁷⁶.

Só há uma maneira de escapar da prorrogação forçada do contrato: se o locatário voluntariamente desocupar o bem. Do contrário, há prolongamento do contrato com o estabelecimento de uma espécie de prazo mínimo de cinco anos (inciso V). Antes do prazo mínimo, o contrato somente é denunciável em três hipóteses específicas (denúncia cheia) cuidadosamente previstas pelos incisos II a IV do art. 47⁴⁷⁷.

Resta claro, portanto, que a duração justa do contrato de locação para fins residenciais é de trinta meses (contratos com prazos menores são tratados com muito rigor para impedir que por meio do estabelecimento de prazos mais curtos essa duração justa seja fraudada). Pelo texto do inciso V, contudo, nos é possível afirmar que o legislador considerou como duração útil o prazo de cinco anos. É o tempo que legislador entende como bastante para o locatário ocupar o bem como se sua casa fosse. A partir deste prazo, entendeu-se que a curva de utilidade marginal do locador pode se tornar demasiado baixa, sendo-lhe lícito sair da relação mediante denúncia vazia.

Para proteger a duração justa do contrato de locação, portanto, o legislador foi duro. Tolheu o direito a liberdade contratual do locador, impondo-lhe prazo obrigatório

⁴⁷⁴ Assim afirma Gildo dos Santos, com supedâneo na súmula de nº 20 da Seção de Direito Privado do TJ-SP (antigo 2º Tribunal de Alçada Civil), cujo teor é seguinte: “A locação verbal presume-se por tempo indeterminado” (*Locação e Despejo: comentários à lei 8.245/91*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 308).

⁴⁷⁵ Nesse sentido Gildo dos Santos (*ob. cit.*, p. 309) e José da Silva Pacheco (*Tratado das locações, ações de despejo e outras*, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1998, p. 251).

⁴⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 251.

⁴⁷⁷ O inciso primeiro remete às hipóteses do art. 9º, que são distrato (inciso I), resolução por inadimplemento (incisos II e III) e resolução por impossibilidade superveniente ou força maior (inciso IV). Nenhuma dessas hipóteses é de rescisão unilateral do contrato de locação.

de cinco anos de contrato (lembre-se: o contrato só termina antes se o locatário quiser ou se ocorrerem as restritas hipóteses autorizadoras da denúncia cheia pelo locador). Há aqui prorrogação forçada do contrato, sem dúvida.

Quanto ao art. 50 da Lei nº 8.245/1991, que trata de locação para temporada, a solução é intermediária:

Art. 50. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir-se-á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos.

Parágrafo único. Ocorrendo a prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após trinta meses de seu início ou nas hipóteses do art. 47.

Contratos de locação para temporada têm prazo máximo (único ou somados os prazos dos contratos sucessivos⁴⁷⁸) de noventa dias. Passado esse prazo, se o locatário permanece no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, opera-se a prorrogação, nos termos do que ocorre no art. 46. Há, contudo, duas diferenças a salientar.

A primeira é a de que, uma vez prorrogado o contrato, deixa de ser exigível o aluguel adiantado. A segunda é que o regime eficaz da prorrogação é o mesmo do art. 47 (denúncia cheia), ou seja, reforça-se aqui também o caráter de duração útil do contrato por cinco anos e protege-se, da mesma forma, o locatário de prazos contratuais que visem a fraudar, sob o manto da locação para temporada, a duração justa do contrato de locação para fins de estabelecimento de residência permanente (contrato de longa duração propriamente dito).

O legislador permanece em guarda. Não admite que o locador imponha prazos curtos a contrato de locação que é celebrado para fins de residência permanente, restringindo a liberdade das partes e impondo graves limitações aos direitos contratuais do locador nessas hipóteses. As técnicas legislativas de proteção à função do contrato são a prorrogação forçada (art. 47) ou facilitada (imposição de ônus de oposição ao locador – arts. 46 e 50), e a fixação de hipóteses limitadas de denúncia do contrato prorrogado, com a estipulação de “prazo mínimo” de cinco anos (duração útil).

⁴⁷⁸ José da Silva Pacheco escreve que a estipulação de vários contratos sucessivos de locação para temporada é fraudatária aos preceitos do artigo 48 da Lei de Locações, aplicando-se ao caso a prorrogação prevista pelo art. 50 e seu parágrafo único (*ob. cit.*, p. 341).

Nos casos do art. 47 e do art. 50, portanto, a presunção de dependência econômica pré-contratual é absoluta, de modo que bastará ao locatário permanecer no imóvel para além do prazo contratual para que o contrato prorrogue-se compulsoriamente, ou seja, para que a lei qualifique o prazo inicialmente pactuado pelas partes como uma tentativa do locador de, pelo uso de sua posição de vantagem decorrente da propriedade imobiliária, impor ao locatário prazo contratual inferior àquele efetivamente querido por ele e necessário para a fixação de sua residência naquele endereço.

Passando-se para a locação para fins não residenciais, tem-se o art. 51:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

É conhecidíssima a hipótese de renovação compulsória do contrato de locação que seja celebrado por escrito (facilidade de prova), com prazo (parâmetro para o tempo do vínculo decorrente da renovação), tendo o locatário ou seus antecessores ocupado o imóvel por cinco anos ininterruptos (parâmetro objetivo de reconhecimento de legítima expectativa de renovação) e tendo ali sido exercido atividade comercial de mesmo ramo há, pelo menos, três anos (prova da dependência econômica).

Nova remissão ao prazo de cinco anos. Mas dessa vez não como objetivo a ser perseguido, mas como tempo mínimo de permanência a autorizar a renovação. O contrato torna-se relevante para o locatário a partir deste tempo e seu prolongamento é medida de preservação de sua duração justa (função individual/econômica do contrato). Cinco anos em um mesmo local aliado ao exercício de mesma atividade por três anos levam a lei a proteger o ponto comercial, parte integrante do estabelecimento comercial do empresário.

O ponto comercial é a expressão física do estabelecimento, é sua revelação geográfica. Colabora para a capacidade lucrativa (aviamento⁴⁷⁹) da atividade empresarial

⁴⁷⁹ Aviamento é, a rigor, sinônimo de fundo de empresa, ou seja, designam ambas expressões o sobrevalor, agregado aos bens do estabelecimento empresarial em razão da sua racional organização pelo empresário (Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 101).

de maneira mais ou menos impactante, a depender da relação do empresário com seus consumidores⁴⁸⁰, a depender de serem eles clientes ou fregueses⁴⁸¹.

Conforme afirma Darcy Bessone, a renovação compulsória do contrato de locação pretende proteger a empresa globalmente considerada, uma vez que “A desorganização da atividade econômica, porventura produzida pela retomada, seria conceitualmente incompatível com o perfil da empresa. Ora, sendo assim, a extinção da locação pode atingir mais do que a clientela. Pode afetar, até de modo letal, a empresa”⁴⁸².

A lei considera que, depois do tempo por ela eleito, fregueses e clientes se acostumaram a encontrar o empresário naquele local determinado. Logo, o término do prazo do contrato de locação impõe ao locatário custos de transação insuperáveis, podendo mesmo levar à interrupção de sua atividade.

A lei sacrifica, assim, a liberdade de contratar (ou de não contratar) do locador e lhe impõe a renovação do vínculo por igual prazo. A restrição é semelhante à do art. 47: o locador nada pode fazer contra o prolongamento do contrato e somente se livrará do vínculo em hipóteses restritas (art. 52). A técnica é semelhante e o valor protegido também: a função individual/econômica do contrato de longa duração (sua duração justa). Na locação residencial a função do contrato é permitir o estabelecimento de residência permanente; na locação comercial é proporcionar a continuidade da atividade empresarial.

Note-se a coerência do legislador: somente os verdadeiros contratos de longa duração são protegidos. Contratos de locação residencial realmente feitos para durar pouco e estabelecimentos comerciais com pouco tempo de instalação não são merecedores da proteção legal. O verdadeiro valor que a lei quer preservar, nesses casos, é o próprio contrato de longa duração na sua específica função.

Por último, o art. 53 da Lei de Locações:

Art. 53 - Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados

⁴⁸⁰ Consumidores, aqui, referidos em sentido econômico, como adquirentes, o que não significa que estejam necessariamente protegidos pelo CDC.

⁴⁸¹ Possui o termo freguesia acentuada conotação de lugar, donde a vantagem de empregá-lo para exprimir a idéia de conjunto de pessoas ligadas a certo estabelecimento, em vista de sua localização ou outros fatores objetivos, reservando-se o termo clientela para o conjunto de pessoas relacionadas com as qualidades subjetivas do titular da casa comercial (Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 180-181).

⁴⁸² *Renovação da Locação*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 28.

pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido.

I - nas hipóteses do art. 9º;

II - se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitido na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, trata-se de um privilégio legal concedido em nome do interesse coletivo⁴⁸³. A liberdade do locador praticamente inexiste aqui. Só há verdadeiramente uma hipótese de denúncia unilateral do contrato⁴⁸⁴, cujos contornos são tão difíceis de ocorrer na prática (reforma que aumente em mais de 50% a área útil do imóvel), que é possível afirmar ser esta uma das raras hipóteses de contrato verdadeiramente perene ou eterno do Direito brasileiro.

Em nome da proteção coletiva da saúde, dos idosos, da educação e da liberdade religiosa, coloca-se a liberdade contratual de lado. A técnica para isso é o que chamaremos de eternização compulsória do contrato. Aqui, duração justa e duração útil do contrato se confundem, pois a lei está mais preocupada com a verdadeira função social do contrato (utilidade deste contrato para a sociedade), que é próxima da função individual dele ao permitir aos locatários o exercício de suas atividades (o término do vínculo pode levar ao encerramento das atividades) do que com a função individual ou econômica que ele tenha para o locador (curva de utilidade marginal do locador).

7.1.3. O Estatuto da Terra

A próxima norma a analisar é a redação atual do art. 95 da Lei nº 4.504/1964:

Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios:

I - os prazos de arrendamento terminarão sempre depois de ultimada a colheita, inclusive a de plantas forrageiras temporárias cultiváveis. No caso de retardamento

⁴⁸³ *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 227.

⁴⁸⁴ Já afirmamos que o art. 9º da Lei nº 8.245/1991 contempla hipóteses que não se confundem com rescisão unilateral.

da colheita por motivo de força maior, considerar-se-ão esses prazos prorrogados nas mesmas condições, até sua ultimação;

II - presume-se feito, no prazo mínimo de três anos, o arrendamento por tempo indeterminado, observada a regra do item anterior;

III - o arrendatário, para iniciar qualquer cultura cujos frutos não possam ser recolhidos antes de terminado o prazo de arrendamento, deverá ajustar, previamente, com o arrendador a forma de pagamento do uso da terra por esse prazo excedente;

IV - em igualdade de condições com estranhos, o arrendatário terá preferência à renovação do arrendamento, devendo o proprietário, até 6 (seis) meses antes do vencimento do contrato, fazer-lhe a competente notificação extrajudicial das propostas existentes. Não se verificando a notificação extrajudicial, o contrato considera-se automaticamente renovado, desde que o arrendador, nos 30 (trinta) dias seguintes, não manifeste sua desistência ou formule nova proposta, tudo mediante simples registro de suas declarações no competente Registro de Títulos e Documentos;

V - os direitos assegurados no inciso IV do caput deste artigo não prevalecerão se, no prazo de 6 (seis) meses antes do vencimento do contrato, o proprietário, por via de notificação extrajudicial, declarar sua intenção de retomar o imóvel para explorá-lo diretamente ou por intermédio de descendente seu;

A análise será feita em dois momentos. Inicialmente, olharemos para o *caput* e para os primeiros três incisos do dispositivo legal.

A duração do contrato é obrigatoriamente atrelada à sua função. Em nossa opinião, essa é a expressão mais clara e óbvia da preservação legislativa da duração justa do contrato.

Para que serve um contrato de arrendamento rural? O art. 3º do Decreto nº 59.566/1966 responde:

Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.

Logo, o contrato tem de durar por tempo suficiente para o exercício da atividade proposta. Se for agrícola, até o término da colheita da última safra produzida na vigência do contrato; se for pecuária, depois da safra de animais de abate⁴⁸⁵. Aplica-se a mesma regra para os contratos de parceria rural⁴⁸⁶ (art. 96 da Lei nº 4.504/1964).

A duração justa do contrato (função individual/econômica), independentemente do prazo que se estipule, estende-se até a ultimação da colheita ou do abate, exceto se o atraso na colheita se dê por culpa do arrendatário. A técnica empregada pelo legislador para protegê-la é a prorrogação compulsória.

Oswaldo Optiz e Silvia C. B. Optiz chamam atenção para essa situação. Afirmam que a culpa do arrendatário pode se dar de dois modos. Uma pela estipulação de contrato cujo prazo é sabidamente menor que o necessário para a realização da atividade⁴⁸⁷. Outra pela negligência, imperícia ou imprudência na condução do processo produtivo, culminando em uma safra extemporânea.

Interessante notar, porém, que o inciso III do art. 95 prescreve que as partes devem combinar previamente o valor a pagar no caso da prorrogação compulsória do contrato para preservação de sua duração justa. Oswaldo Optiz e Silvia C.B. Optiz explicam que tal preceito se aplica para o caso em que o arrendatário, no curso do contrato, resolve promover cultura que sabidamente excederá o termo final fixado (claramente um ato de oportunismo do arrendatário para forçar a prorrogação compulsória do contrato nos termos do art. 95, I, do Estatuto da Terra)⁴⁸⁸.

E se as partes não chegarem a acordo quanto ao valor a pagar pelo tempo de prorrogação? Não é lícito ao arrendatário fazer o plantio. Se fizer, assumirá o risco de ser

⁴⁸⁵“Entende-se por safra de animais de abate, o período oficialmente determinado para a matança, ou o adotado pelos usos e costumes da região” (art. 21, parágrafo segundo, do Decreto nº 59.566/1966).

⁴⁸⁶ “Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei” (art. 4º do Decreto nº 59.566/1966).

⁴⁸⁷ “No entanto, se a colheita não se faz por culpa do arrendatário, não prevalece o preceito legal, porque ninguém arrenda um imóvel rústico por prazo que não seja necessário para tirar dele o rendimento pretendido, levando-se em consideração a cultura objeto do contrato. Neste caso, cabe ao arrendatário provar que a colheita não se verificou por sua culpa, mas por motivo de força maior” (Oswaldo Optiz e Silvia C. B. Optiz, *Contratos no direito agrário*, 3ª ed., Síntese, 1977, p. 162).

⁴⁸⁸ *Ob. cit.*, p. 164.

despejado antes da ultimação da colheita, haja vista ser o atraso imputável exclusivamente a ele, que plantou sabendo que não daria tempo de colher.

No que se refere ao inciso II do art. 95, fixa-se que os contratos de arrendamento e parceria rural podem ser estipulados por tempo indeterminado, mas, se o forem, o prazo mínimo de duração do contrato não poderá ser inferior a três anos. Tal prazo é ampliado para cinco anos em contratos para exploração de lavoura permanente ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias primas de origem animal e para sete anos nos casos em que ocorra atividade de exploração florestal (art. 13, II, “a” do Decreto nº 59.566/1966).

Enquanto na prorrogação forçada para término da colheita protege-se a duração justa do contrato, a fixação de prazos mínimos é para preservar sua duração útil (função econômica/social). A depender da atividade a ser exercida, o contrato precisa de mais ou menos tempo para gerar *surplus* positivo para os contratantes e para a sociedade. Se acabarem antes, serão um grande desperdício de recursos escassos como a fertilidade da terra, a potabilidade da água, a pureza do solo etc.

Mas e os contratos por tempo determinado, também estão sujeitos aos prazos mínimos da lei? Embora haja alguma controvérsia sobre o tema, haja vista a redação do inciso II do art. 95 do Estatuto da Terra, Lorelei Mori de Oliveira, fazendo referência a diversas fontes, afirma que é assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a estipulação de prazo mínimo é norma de ordem pública, limitando a liberdade contratual dos contratantes independentemente de estipularem ou termo final em seus contratos⁴⁸⁹.

A preservação da duração útil do contrato mediante o respeito aos prazos mínimos se impõe em todos os casos, seja o contrato por tempo determinado ou indeterminado.

Estabelecida, então, a questão dos prazos mínimos, cumpre agora tratar da extinção dos contratos por tempo indeterminado e determinado.

A Lei nº 4504/1964 delegou ao Poder Executivo estabelecer os modos de extinção dos contratos de arrendamento (art. 95, XI, “d”). Da delegação resultou o Decreto

⁴⁸⁹ *Ingerência das normas de ordem pública nos contratos agrários*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 1997, p. 195-198.

nº 59.566/1966, que em seu artigo 26, trata deste tema mas nada fala sobre a denúncia ou sobre a rescisão unilateral. É de se perguntar: estaria tal possibilidade vedada nesses contratos?

Não nos parece. A lei expressamente previu a existência de contratos de arrendamento e parceria por tempo indeterminado. Previu também que seu tempo de duração, em nenhum caso, pode ser inferior a três anos. Passado esse tempo (ou os tempos maiores já referidos), contudo, pela aplicação do art. 473 do Código Civil em conjunto com o art. 95, I, do Estatuto da Terra, somos forçados a concluir que o contrato passa a ser denunciável a qualquer tempo, ficando a denúncia sujeita a termo, que é a ultimização da colheita ou do abate da safra em curso⁴⁹⁰.

Quanto ao inciso IV do art. 95 da Lei nº 4504/1964, lê-se a previsão de renovação automática do contrato por tempo determinado, exceto se o arrendador notificar o arrendatário, até seis meses antes do vencimento do prazo contratual, comunicando-lhe haver proposta de terceiro oferecendo condições contratuais melhores que as vigentes (caso em que o arrendatário terá preferência de renovar nas condições oferecidas) ou a intenção de retomada para exploração do imóvel por ele mesmo ou por seu descendente.

Já o arrendatário, para evitar a renovação do contrato, no prazo de até trinta dias contados de seis meses antes do vencimento do prazo contratual, isto é, entre seis e cinco meses antes do término do prazo do contrato, deverá manifestar sua intenção de não querer o novo contrato ou de querer modificar as condições contratuais vigentes.

⁴⁹⁰ Discordamos, assim, de Oswaldo Optiz e Silvia C. B. Optiz(*ob. cit.*, p. 164), ao afirmarem que passado o prazo mínimo, pode o arrendador denunciar o contrato, denúncia esta que fica submetida a termo suspensivo de no mínimo seis meses por força do inciso IV do art. 95 do Estatuto da Terra, estendendo-se esse prazo até a ultimização da colheita ou do abate da safra animal ou vegetal em curso no momento da notícia da rescisão unilateral. Para nós, o prazo de seis meses não se refere à denúncia do contrato por tempo indeterminado, mas ao exercício do direito de não renovar o contrato por tempo determinado. Embora não escrevam expressamente, os autores aqui mencionados parecem se filiar à corrente de que o contrato de arrendamento rural por prazo indeterminado só é “denunciável” a cada três anos, tendo em vista o prazo mínimo, que vai se repetindo ao infinito. Não concordamos com essa visão, *data venia*. O contrato por tempo indeterminado é uma relação jurídica só. Não há como estipular “janelas” de saída a cada três anos, como se houvesse renovação do prazo mínimo. Ultrapassados os primeiros três anos, o contrato que é por tempo indeterminado poderá ser rescindido a qualquer tempo (art. 473 do Código Civil), devendo-se respeitar, somente, a regra do art. 95, I, do Estatuto da Terra para que a denúncia possa produzir efeitos. As “janelas” de saída existem apenas nos contratos por tempo determinado em que se fixar prazo de três anos e forem sendo renovados, consensual ou compulsoriamente, nada impedindo que tais janelas sejam a cada quatro, cinco, seis ou qualquer número de anos maior que três.

Se nem arrendador, nem arrendatário manifestarem-se nos termos descritos, o contrato renova-se automaticamente, pelo mesmo prazo inicialmente pactuado⁴⁹¹.

A renovação forçada aqui tem o mesmo condão daquela prevista na Lei de Locações. Quer preservar a duração justa do contrato para o arrendatário, que por estar explorando aquela terra há algum tempo, pode ter de encerrar sua atividade se o contrato não for renovado. É a mesma lógica da preservação do estabelecimento comercial. Na Lei nº 8.245/1991, para imóveis urbanos; na Lei nº 4.504/1964, para imóveis rurais.

Em resumo, portanto, nos contratos agrários, a despeito de alguma confusão legislativa, vê-se com muita clareza a preocupação do legislador em, por meio da limitação da liberdade de contratar e da liberdade contratual das partes, preservar tanto a duração justa (prorrogação e renovação forçadas) quanto a duração útil do contrato (prazos mínimos).

As técnicas utilizadas não diferem muito daquelas da lei de locações de imóveis urbanos. Todavia, há aqui uma diferença importante. O Estatuto da Terra não admite contratos agrários que não sejam contratos de longa duração. Uma vez que tais contratos são voltados ao “produzir” e que o tempo é sua causa, a lei faz uso de prorrogações compulsórias, renovações automáticas e prazos mínimos para permitir que as avenças sempre sejam aptas a atingir sua função típica e concreta.

7.1.4. A Consolidação das Leis Trabalhistas

As normas que regem a relação de emprego não escondem, de modo algum, sua motivação. Partem de pressuposto de que a dependência econômica de empregados para com empregadores é muito grande e, por isso, protegem os primeiros. Por ser a relação de trabalho um contrato de longa duração por excelência⁴⁹², a CLT, assim como a Lei de Locações e o Estatuto da Terra, reage agressivamente contra tentativas de se reger relações duradoras mediante a estipulação de contratos curtos e sucessivos.

Leiam-se seus artigos 451 e 452:

⁴⁹¹ Lorelei Mori de Oliveira, *ob. cit.*, p. 210.

⁴⁹² “O trabalho deve ser prestado com continuidade. (...) Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional. No contrato de trabalho, não é isso que ocorre, pois há um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo. A continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviços” (Sergio Pinto Martins, *Direito do trabalho*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 107).

Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Art. 452 - Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

O artigo 451 há de ser lido em conjunto com o artigo 445, ao prever que “O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451”. É a mesma lógica da lei de locações. A lei admite que as partes podem viver situações cuja necessidade não leva à formação de uma relação jurídica duradoura. São necessidades temporárias.

Todavia, a lei somente permite o prolongamento do contrato por uma única vez e o prazo total, contando vínculo original e vínculo prorrogado não pode ultrapassar dois anos⁴⁹³. A razão disso é bastante simples: o contrato de trabalho por tempo determinado, para o Direito do Trabalho, não é contrato de longa duração e, portanto, não goza de todas as proteções e limitações em matéria de extinção como o contrato por tempo indeterminado, este sim, contrato feito para durar.

Por isso, foi bastante simples: fixou o prazo máximo do contrato de trabalho temporário único ou de contratos sucessivos em dois anos. Qualquer relação entre as mesmas partes que se estenda por mais tempo, tenha origem em um ou diversos contratos, será considerada por tempo indeterminado e tratada devidamente como contrato especial de longa duração, haja vista acentuada dependência econômica produzida pelo contrato de trabalho.

Mesmo que haja intervalo entre as contratações, se este for inferior a seis meses, considerar-se-á por tempo indeterminado o último vínculo (art. 452⁴⁹⁴).

⁴⁹³ Sergio Pinto Martins, *ob. cit.*, p. 118.

⁴⁹⁴ “Para evitar os contratos ‘em cadeia’, sucessivos, o que seria fraudulento, a lei impede que um contrato a prazo seja estipulado entre as mesmas partes depois do outro. (...) Assim como a prorrogação é limitada a uma, e com a observância do prazo máximo de duração do trabalho (2 anos), também a sucessão de contratos é regulamentada pela lei. Dispõe a lei que, somente após 6 meses após o fim do primeiro contrato, outro poderá ser feito com o mesmo empregado. E se, no entanto, isso não ocorrer, se o segundo contrato sucessivo iniciar-se dentro de 6 meses do término do primeiro, a lei, presumindo fraude e no seu propósito de impedir a sucessividade, considerá-lo-á por prazo indeterminado” (Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 737-738).

Não é preciso provar a dependência econômica pré-contratual decorrente da propriedade dos meios de produção pelo empregador. Feito o contrato com prazo superior a dois anos, a lei presume, absolutamente, o abuso de posição vantajosa pelo empregador e simplesmente desconsidera o prazo pactuado.

Essa é, em nossa opinião, a questão mais relevante no que se refere à duração do contrato de trabalho e a atuação da lei trabalhista para garantir a função do contrato, que é de longa duração. A regra é o contrato por tempo indeterminado. Exceções são admitidas, desde que o vínculo não ultrapasse dois anos.

A partir daí, ao fixar o contrato ideal como contrato por tempo indeterminado, a lei oferece uma série de expedientes para restringir a denunciabilidade do contrato, como (i) estipulação de obrigatoriedade de aviso prévio nos termos 487 da CLT; (ii) indenizações e multas impostas em caso de dispensa sem justa causa, isto é, rescisão unilateral (art. 7º, I, da Constituição Federal e art. 477 da CLT); e (iii) vedação ao direito de denúncia unilateral do contrato pelo empregador nos casos das estabilidade especiais de dirigentes e representantes sindicais, de membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de pessoas vítimas de acidentes de trabalho, de gestantes, dentre outros.

Enquanto os artigos 451 e 452 atuam para defender a característica de contrato de longa duração do contrato de trabalho, isto é, para preservar-lhe a duração útil, os expedientes mencionados acima atuam na proteção da duração justa do vínculo. O tratamento mais brando está na estipulação do aviso prévio. A vedação à rescisão nos casos de estabilidade empregatícia é a forma mais radical de tutela da duração justa do vínculo (para os casos de acidentes de trabalho e gestantes, por exemplo).

No meio termo estão as indenizações e multas impostas ao empregador em caso de rescisão unilateral do contrato. Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, “A relação de emprego, tanto de trabalhadores urbanos como rurais, é por princípio da Lei Maior, protegida, valorizada, defendida, dando-se, assim, expressão ao princípio da continuidade do vínculo jurídico. Vale dizer que a idéia é a continuidade como algo que deve ser preservado”⁴⁹⁵.

Assim como a lei de locações e o Estatuto da Terra, a CLT procura dar tratamento diferenciado ao contrato de trabalho que se encaixe na categoria contrato de longa duração. Cumpre essa missão de dois modos. Trata como presume, sem admitir

⁴⁹⁵ *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 29ª ed., São Paulo, LTR, 2003, p. 285.

prova em contrário, fraudulentas estipulações de prazos contratuais voltadas a frustrar a duração útil do contrato (limitação de prazo máximo) e oferece uma série de expedientes voltados a preservar a duração justa do contrato, a partir de sua qualificação como real contrato de longa duração, feito para durar.

7.1.5. A Lei dos representantes comerciais

Intuito legislativo bastante semelhante também se vê na regulamentação legal da profissão de representante comercial.

Como já tivemos oportunidade de escrever,

A caracterização do vínculo de emprego, conforme prevê o art. 3º da CLT, depende da ocorrência dos seguintes pressupostos: (i) pessoalidade, (ii) habitualidade, (iii) onerosidade e (iv) subordinação.

No contrato de representação comercial, três destes pressupostos se fazem presentes desde logo: pessoalidade (o contrato de representação comercial pode ser feito *intuitu personae* – art. 42 da Lei nº 4886/1965), habitualidade (a representação comercial não é atividade eventual do representante – art. 1º da Lei nº 4886/1965) e onerosidade (não existe representação comercial gratuita – art. 27, f, da Lei nº 4886/1965).

O traço distintivo está, portanto, na subordinação. O representante comercial não é subordinado do representado, ele age com independência, correndo os riscos de sua própria atividade, embora deva seguir as orientações passadas por quem o contratou (art. 1º da Lei nº 4886/1965)⁴⁹⁶.

De fato, as semelhanças entre o vendedor ou comprador empregado e o representante comercial são muitas, e mesmo no que diz respeito à subordinação, embora ela não seja a mesma, pode-se dizer que o representado conserva alguns poderes a ela relacionados, como os de fiscalização e de sanção⁴⁹⁷. Tudo isso aproxima os regimes do contrato de trabalho gerador de relação de emprego com o contrato de representação comercial.

⁴⁹⁶ Paulo Dóron Rehder de Araujo, *Contrato de Representação Comercial*, cit., p. 220.

⁴⁹⁷ Ver *supra*, item 4.3.3.

A Lei nº 4.886/1965 percebeu isso⁴⁹⁸ e partindo do pressuposto de que o contrato de representação comercial é um contrato de longa duração (a não eventualidade da atividade de representação está expressa em seu art. 1º), tomou algumas medidas para refletir tal pressuposição na disciplina do tempo contratual e da extinção do vínculo.

Inicialmente, veja-se o texto do art. 27 da Lei dos representantes comerciais, no que nos interessa:

Art. 27. *Omissis.*

(...)

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado.

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

Admite-se a fixação de prazo no contrato de representação comercial. Não há limitação de prazo mínimo ou máximo. Todavia, qualquer espécie de prolongamento do vínculo, seja em forma de prorrogação, seja de renovação, transforma o contrato, passando a ser por tempo indeterminado.

É o mesmo mecanismo da CLT e da Lei de Locações. O contrato ideal ou típico na representação comercial é o contrato feito para durar, ou seja, o contrato de longa duração por tempo indeterminado. A lei admite contratos curtos ou por tempo determinado, mas o que ela quer é que os contratos de representação comercial sejam feitos por tempo indeterminado, pois nessa configuração é possível tratar-lhes devidamente.

Se fixado um prazo contratual e, após seu vencimento, as partes ainda quiserem se relacionar, não haverá escolha: o contrato será por tempo indeterminado, mesmo se os contratos não forem imediatamente seguidos um do outro (o parágrafo terceiro impõe o prazo de seis meses de intervalo entre um contrato e outro, sob pena de o segundo ser por tempo indeterminado).

⁴⁹⁸ Conforme narra Rubens Requião, sua produção foi o resultado de um intenso processo participativo da classe dos representantes no Congresso Nacional, clamando por uma norma capaz de lhes proteger, haja vista que não eram nem empregados, nem prestadores de serviços eventuais, sendo necessário um tratamento específico de sua situação para que fossem corrigidas diversas injustiças por eles vividas (*Do Representante Comercial*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 16 e ss).

O intuito é evitar contratações sucessivas a prazos curtos para encobrir uma relação jurídica duradoura, na tentativa de o representado evitar arcar com os custos de saída de um contrato por tempo indeterminado impostos pela lei⁴⁹⁹.

O movimento legal é no sentido de preservar, com essas disposições, a duração útil do contrato, assim como “incentivar” a qualificação do contrato como por tempo indeterminado, para poder tutelar devidamente sua duração justa.

Em sendo o contrato por tempo indeterminado, incide o art. 34 da Lei de Representação:

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

A lei vincula o exercício da denúncia ao aviso prévio de trinta dias. Considera, pois, esse como sendo tempo suficiente para o contratante denunciado se adaptar à nova realidade. Note-se que ao contrário da Lei de Locações, por exemplo, aqui o aviso prévio é tanto para representado como para representante.

O aviso prévio pode ser substituído por pagamento em dinheiro, equivalente a um terço do valor da soma das comissões auferidas pelo representante nos últimos três meses, o que é o mesmo que o equivalente ao valor médio mensal das comissões auferidas nos últimos três meses.

Se os parágrafos do art. 27 são para preservar a duração útil do contrato, o art. 34 é para preservar sua duração justa, ou para compensar o prejudicado pelas perdas a ele impostas pela não preservação dessa mesma duração.

Há ainda uma hipótese que merece menção. Trata-se da alínea “j” e do parágrafo primeiro do art. 27 da Lei nº 4886/1965:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:
(...)

⁴⁹⁹ Para uma análise completa, vide o nosso *Contrato de Representação Comercial*, cit.

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.

A norma da aliena “j” impõe ao representado um “preço” para denunciar o contrato por tempo indeterminado. Tal “preço” é, no mínimo, um doze avos do valor que o representante auferiu ao longo do contrato, ou seja, quanto mais longo tiver sido o contrato, maior será o valor a pagar.

O intuito do legislador aqui é claríssimo. A idéia é criar um obstáculo financeiro importante para dificultar a denúncia do contrato pelo representado. O propósito é semelhante ao da denúncia cheia da lei de locações, só que substituindo as hipóteses restritas de exercício da denúncia por um valor em dinheiro a ser pago pelo seu exercício.

Trata-se de estabilização forçada da relação no que diz respeito ao representado, restringindo-se seu direito de saída do contrato para preservar a duração útil porque o contrato de representação é tanto mais útil para as partes e para a sociedade quanto mais tempo ele dure. Mas serve também para, em conjunto com o art. 34, completar a tutela da duração justa do contrato para o representante.

O aviso prévio ou a compensação em dinheiro do art. 34 podem bastar para a preservação justa do contrato para o representado. Entretanto, não são suficientes para tutelar a duração justa do contrato para o representante, que, por estar em situação de dependência econômica, arcará com muito mais custos de transação pela extinção do vínculo do que arcaria o representado na mesma situação. Ele não precisa provar nada disso, basta ser representante e ter contrato por tempo indeterminado para ter direito à compensação. Os custos de transação são presumidos pela lei.

Atenta a essa diferença de posições, a lei prevê duas indenizações para o representante em caso de denúncia pelo representado (arts. 34 e 27, j) e apenas uma indenização para o representado em caso de denúncia pelo representante. A disposição tem efeito duplo: compensa o representante de seus maiores custos de transação decorrentes da extinção do contrato e tende a estabilizar a relação jurídica, evitando denúncias oportunistas do contrato por parte do representado.

Já o parágrafo primeiro do art. 27 é uma das raras hipóteses de denúncia unilateral de contrato a prazo previstas em lei. Permite-se ao representado denunciar o contrato que tenha prazo, a qualquer tempo, desde que pague uma importante quantia em dinheiro ao representante (o valor da média mensal das remunerações do representante auferidas até então multiplicada pelo número de meses equivalentes à metade do prazo contratual total).

Essa regra foi inserida na lei, em 1992, muito mais para tutelar um fenômeno corriqueiro do que para permitir a saída do contrato antes do prazo final. É que em muitos casos os representados mínguem os ganhos dos representantes mediante diminuição e extinção da área de exclusividade, redução do portfólio de produtos oferecidos e outros expedientes, o que equivale a uma denúncia tácita do contrato. O parágrafo único está aí inserido principalmente para compensar os representantes por essas perdas, embora hoje sirva, sim, como uma hipótese de denúncia antecipada de contrato de representação comercial a prazo, a despeito de, no mais das vezes, sair caro para o representado o exercício dessa prerrogativa.

Em resumo, portanto, quanto ao contrato de representação comercial, percebe-se uma preocupação do legislador com a tutela da duração útil do contrato nos parágrafos segundo e terceiro do art. 27 da Lei nº 4.886/1965, que querem evitar a ocultação de uma relação de longa duração mediante a celebração de diversos contratos curtos e sucessivos ou mediante sucessivas prorrogações de um mesmo contrato.

A tutela dessa duração útil do contrato de representação pela lei se dá ainda mediante sua qualificação como contrato por tempo indeterminado e o emprego de técnicas de preservação ou incentivo ao prolongamento de sua duração, como se depreende da leitura dos artigos 34 e 27, j, da Lei.

Estes mesmos dispositivos legais servem, também, para preservar a duração justa do contrato, na medida em que impõem dever de aviso prévio substituível por indenização a ambas as partes e acrescentam uma segunda indenização, normalmente mais substancial, a ser paga pelo representado ao representante se aquele optar por resilir o contrato unilateralmente.

7.1.6. A Lei de concessão comercial de veículos automotores

A Lei nº 6.729/1979, normalmente conhecida como Lei Ferrari, em razão da atuação do então presidente da Associação Brasileira de Revendedores Autorizados de Veículos (ABRAVE), atual FENABRAVE, Renato Ferrari, é uma norma pensada e editada sob medida para um mercado bastante específico, qual seja, o mercado das relações entre fabricantes e montadoras de veículos e seus distribuidores (ou concessionários) espalhados por todo território nacional.

Por ser específica para esse mercado, sua aplicação analógica aos demais contratos de distribuição ou de concessão comercial foi vetada pela jurisprudência⁵⁰⁰, o que foi igualmente aplaudido pela maior parte da doutrina⁵⁰¹. Ademais, como a própria alcunha que a lei recebeu demonstra, essa é uma norma que francamente favorece os concessionários em detrimento dos concedentes.

Nada disso, contudo, tira a relevância das soluções propostas para o propósito que queremos analisar. Na verdade, a Lei nº 6.729/1979 é uma das que melhor lidou com o fenômeno da tutela da dependência econômica inerente a contratos de longa duração interempresariais, tendo dado soluções corajosas e efetivas para as questões existentes no mercado específico que procurou regular.

Inicialmente, olhemos para o art. 21 do mencionado diploma legal:

Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado e somente cessará nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O contrato poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.

⁵⁰⁰ Contrato de distribuição relativo à informática - impossibilidade de aplicação análoga de disposições contidas na lei 6.729/79 a estabelecer uma regulamentação especialíssima para as relações pertinentes 'a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre'. Trata-se de diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições à autonomia da vontade, que não se hão de estender a situações nele não previstas (AgRg no Ag 43329/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/1994, DJ 16/05/1994, p. 11766). No mesmo sentido, no STJ: REsp 681.100/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 278; REsp 789.708/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 11/12/2006, p. 354; e REsp 654.408/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 14/09/2010, dentre outros.

⁵⁰¹ Ver, por todos, Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit., p. 92-94.

A despeito da expressão contraditória “prazo indeterminado”, é facilmente perceptível a qualificação, pelo legislador, do contrato de concessão comercial de veículos como típico contrato de longa duração. O contrato é feito para durar e, por isso, deve ser sempre por tempo indeterminado. Paula Andréa Forgioni escreve que tal disposição serve para resguardar os concessionários de eventuais abusos dos concedentes⁵⁰², com o que concordamos. Todavia, acreditamos que a precípua função da norma é, antes de tudo, preservar a própria função social deste contrato, ou seja, garantir-lhe duração útil.

No parágrafo único do art. 21 a lei admite a fixação de prazo contratual por uma vez, desde que esse prazo não seja inferior a cinco anos. Como já afirmamos ao tratar dos contratos agrários, a estipulação de prazo mínimo de duração para um contrato é clara tutela de sua duração útil. Isso vale para o contrato de concessão comercial de veículos, sem dúvida.

O contrato por prazo determinado só pode ser fixado uma vez entre as partes, haja vista que qualquer prorrogação será sempre por prazo indeterminado. A prorrogação é a que chamamos de “semi-automática”, pois somente deixa de ocorrer se uma das partes notificar a outra de sua intenção de não prorrogar, com antecedência mínima de seis meses do termo contratual, mediante notificação escrita e com comprovação do recebimento pela contraparte.

No caso da notificação da intenção de não prorrogar, entra em cena o artigo 23:

Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a:

I - readquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição:

II - comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário.

Parágrafo único. Cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.

⁵⁰² *Contrato de Distribuição*, cit., p. 92.

A lei faculta expressamente a cada uma das partes o direito de não prolongar a relação contratual para além dos cinco anos inicialmente previstos. Ocorre que o art. 23 do mesmo diploma legal impõe ao concedente que não prorrogar o contrato a obrigação de readquirir o estoque de veículos e de componentes novos do concessionário, além de dele comprar os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações relativos à concessão. Há clara preocupação do legislador em neutralizar ou, no mínimo, minorar as perdas do concessionário em caso de não prorrogação do contrato.

Os artigos 24⁵⁰³, 25⁵⁰⁴ e 26⁵⁰⁵ da Lei de Concessões Comerciais tratam da hipótese de resolução do contrato, os dois primeiros por fato do concedente; o último, do concessionário. O primeiro fala da resolução do contrato por tempo indeterminado e o art. 25, do contrato a prazo. Não se lê na lei de concessões nenhuma hipótese prevendo rescisão unilateral do contrato. Nessa linha, escreve Leonardo Sperb de Paola:

Do exposto, infere-se que a Lei nº 6.729/79 não chancela a denúncia unilateral do contrato por tempo indeterminado, mas apenas a sua resolução (que o diploma também chama de rescisão). Segue daí que o concessionário poderia até mesmo manejar em Juízo os instrumentos hábeis a obrigar o concedente a continuar fornecendo-lhe os bens objeto da concessão, caso não preferisse postular indenização pela resolução do contrato. Quanto à não-renovação do contrato por tempo determinado, esta é regulado em termos bastante estritos (o desinteresse na prorrogação deve ser comunicado com um prazo mínimo de antecedência), e

⁵⁰³ Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual; II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II; III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão; IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

⁵⁰⁴ Art. 25. Se a infração do concedente motivar a rescisão do contrato de prazo determinado, previsto no art. 21, parágrafo único, o concessionário fará jus às mesmas reparações estabelecidas no artigo anterior, sendo que: I - quanto ao inciso III, será a indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado; II - quanto ao inciso IV, serão satisfeitas as obrigações vicendas até o termo final do contrato rescindido.

⁵⁰⁵ Art. 26. Se o concessionário der causa à rescisão do contrato, pagará ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento do valor total das mercadorias que dele tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato.

impõe ao concedente o ônus de adquirir estoques e bens do ativo permanente do concessionário⁵⁰⁶.

Não é de espantar que doutrina e jurisprudência concordem com a não aplicação destes dispositivos a outros contratos, o regime é altamente restritivo. A estabilização da relação é levada ao extremo.

Todavia, não concordamos com Leonanrdo Sperb Paola quando este afirma que não é possível a rescisão unilateral. O *caput* dos artigos 24, 25 e 26 falam em rescisão do contrato. Apesar de não ser a aceção mais técnica, não dá para ser desprezado o fato de que a CLT também faz assim, além do próprio Código Civil de 2002. De outra banda, há autores como Álvaro Villaça de Azevedo⁵⁰⁷ e Flávio Tartuce⁵⁰⁸ que se referem à rescisão no sentido de gênero das modalidades de extinção do contrato.

A verdade é que o termo “rescisão” ganhou, pelo uso corrente na linguagem dos corredores de fóruns, gabinetes e escritórios de advocacia, ares de gênero nos quais estão incluídas a resolução e a rescisão, como afirma Francisco Loreiro⁵⁰⁹, sem, contudo, concordar com a classificação. Embora não seja essa a classificação que entendamos mais técnica, não há como ignorar a realidade.

Daí porque acreditamos que os arts. 24 a 26 da Lei de Concessões contemplam tanto a modalidade de resolução do contrato como a denúncia. A restrição à liberdade é grande porque a lei trata a denúncia da mesma forma que a infração contratual, impondo graves ônus ao concedente que a exerce. Para a lei, denunciar o contrato tem exatamente as mesmas consequências de descumprir a obrigação principal, que é ilícito contratual.

Extraem-se, pois, duas consequências importantes. A primeira é a de que a lei emprega expedientes efetivos e severos para estabilizar a relação contratual: (i) imposição de contratos por tempo indeterminado em que a denúncia é equiparada à infração contratual; e (ii) fixação de prazo mínimo de cinco anos para o contrato, com

⁵⁰⁶ *Contratos de distribuição: vida e morte da relação contratual*, tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, Curitiba, [s.c.p.], 2001, p. 161.

⁵⁰⁷ *Contratos: disposições gerais, princípios e extinção*, in Antonio Junqueira de Azevedo; Heleno Taveira Tôres; Paolo Carbone[coords.], *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

⁵⁰⁸ *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Método, 2008, p. 242.

⁵⁰⁹ *Ob. cit.*, p. 04.

prorrogação “semi-automática” por tempo indeterminado, somente evitável mediante notificação com antecedência mínima de seis meses e obrigação de recompra de estoques e aquisição de equipamentos do concessionário. É a tutela da duração útil do contrato elevada à máxima potência.

Além disso, o tratamento é bastante diferente para concessionários e concedentes. Os primeiros podem evitar a prorrogação do contrato por tempo determinado mediante notificação apenas. Os últimos, além de notificar, têm de recomprar estoques e adquirir equipamentos (compensação de custos idiossincráticos). A tutela da duração justa do contrato para os concessionários é patente.

A despeito de a denúncia do contrato por tempo indeterminado ser tratada como infração contratual tanto para concessionários como para concedentes, o valor das perdas e danos (lucros cessantes) a pagar em um caso e em outro é muito diferente.

O art. 26 fixa o valor do concessionário: cinco por cento do valor total das mercadorias que tiver adquirido do concedente nos últimos quatro meses de contrato. E o art. 24 fixa a indenização do concedente: quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à extinção do vínculo.

O “preço” a pagar para sair do contrato, pelo concedente, é muito mais alto que o “preço” a ser pago pelo concessionário, isso porque a lei protege de modo diferente a duração justa do contrato para o concessionário, pois como afirma Paula Andréa Forgioni fazendo referência à exposição de motivos da Lei nº 6.729/1979⁵¹⁰, o legislador tem plena consciência de que a dependência econômica do concessionário em relação ao concedente é muito acentuada e que, se para o concedente basta estabelecer um novo concessionário naquela região determinada⁵¹¹, para o concessionário a dificuldade de encontrar alternativa equivalente é imensa e, em muitos casos, insuperável.

⁵¹⁰ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 92-93.

⁵¹¹ O que não será difícil, pois o novo concessionário se aproveitará da reputação construída pelo antigo concessionário em torno da marca concedente, de modo que há grandes incentivos à entrada de alguém na posição aberta pela extinção do contrato, pois boa parte do trabalho de consolidação da marca naquele mercado relevante já estará feito.

A lei assumidamente compensa os custos idiossincráticos assumidos pelo concessionário e ainda lhe garante indenização em patamar bastante para lhe permitir, em certos casos, mudar de atividade empresarial. Não é preciso provar a dependência econômica, basta ser concessionário.

Em resumo, para a lei de concessões comerciais de veículos terrestres a duração justa do contrato para o concessionário é a eternidade. Já a duração justa para o concedente é bem mais curta. A duração útil mínima é cinco anos, mas esse tempo está longe de ser ideal, pois o objetivo é que a relação jurídica se eternize.

Aplicar tais disposições analogicamente realmente pode ser perigoso. Analisar razões e meios da tutela legal da duração contratual nesse caso é necessário.

7.1.7. A Lei dos planos de saúde

Até agora olhamos para contratos civis, que até podem formatar relações de consumo (como mútuo e mandato, por exemplo) e para contratos empresariais. Faltou a análise de normas que tratassem de nosso problema especificamente em relações de consumo. Existem duas normas que nos interessam. A primeira está na Lei nº 9.656/1998.

Essa norma surgiu para regulamentar atividade iniciada no Brasil haja vista a dificuldade do Estado em prover um serviço de saúde de qualidade à população. A iniciativa privada passou a oferecer planos e seguros de saúde e essa prática ganhou importância muito grande. Atualmente, cerca de 52 milhões de brasileiros são usuários de alguma modalidade de plano ou seguro saúde, isto é, mais de 25% da população⁵¹².

Um problema muito sério relacionado aos planos de saúde é a sua extinção por ato da operadora do plano, pois essa conduta deixa o usuário, de uma hora para outra, desprovido de assistência médica e hospitalar, obrigando-o a se socorrer por seus próprios meios ou a contar com o Serviço Único de Saúde (SUS).

Nesse contexto, em 1996, foi inserido o artigo 13 da Lei, cuja redação foi modificada, em 2001, pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001:

⁵¹²*Número de beneficiários em planos privados de saúde chegou a 52 mi em 2009*, UOL Economia, originalmente publicado em 26.02.2010, disponível em <<<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/infomoney/2010/02/26/numero-de-beneficiarios-em-planos-privados-de-saude-chegou-a-52-mi-em-2009.jhtm>>>, acesso em 18.12.2010.

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I - a recontagem de carências;

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

O texto legal deixa pouca margem a dúvidas. O legislador estabilizou definitivamente a relação jurídica, de modo que, uma vez celebrado o contrato, não é dado à operadora do plano extinguir o contrato, exceto se houver inadimplemento da obrigação de pagamento de mensalidades pelo consumidor, por sessenta dias consecutivos ou não, desde que haja notificação deste último até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Arnaldo Rizado *et al.* escrevem, a respeito do art. 13 da Lei nº 9.656/1998, que

Torna-se obrigatória a renovação do contrato após o vencimento. Não assiste à operadora a simples recusa em continuar o contrato. Aliás, uma vez celebrado um primeiro contrato, nem mais caberia a renovação, ou nem precisaria colocar nele um prazo de duração. Unicamente ao associado ou segurado reconhece-se o direito de continuar na contratação. Pare ele apenas teria sentido a colocação de um prazo de duração como faculdade para não mais renová-lo se lhe faltar interesse⁵¹³.

A regra aqui é bastante simples. A relação eternizou-se no que tange à operadora de plano de saúde. Sua liberdade contratual foi tolhida, em razão da extrema dependência econômica que o legislador enxergou na posição do consumidor, que será colocado em risco de vida se o contrato for denunciado ou não renovado pelo fornecedor.

⁵¹³ *Planos de Assistência e Seguros de Saúde*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1999, p. 60-62.

Há mais que dependência econômica em jogo aqui. Há interesse coletivo, como no art. 53 da Lei de Locações. E há mais: está em jogo o valor vida e incolumidade física.

Não se trata, como é fácil perceber, de simples preservação da duração útil do contrato, mas de consideração de que a duração justa do contrato, na ótica do usuário do plano ou seguro de saúde, é sua duração por toda a vida. O legislador não ponderou entre custos de transação impostos ao consumidor pela extinção do contrato e eventual imposição de aviso prévio para o término da relação ou a fixação de indenização desses custos. Não há como indenizar os custos, pois estes podem ser a perda da própria vida do usuário, razão pela qual, na dúvida, é melhor prolongar o vínculo até que o consumidor morra por outra causa que não a falta daquele contrato.

Entre liberdade contratual do operador do plano de saúde e a vida do usuário, o legislador ficou com a vida e revelou sua opção por meio da automatização da renovação contratual que significa, na prática, a eternização do vínculo contratual do ponto de vista do operador de planos de saúde.

7.1.8. O inciso X do art. 22 do Decreto nº 2.181/1997

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 55, parágrafo primeiro, prescreve que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”.

Dada essa delegação, o Poder Executivo Federal editou e fez publicar o Decreto nº 2.181/1997, que “Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”, além de outras providências.

Nessa esteira, o art. 22, X, do Decreto nº 2.181/1997 ganhou a seguinte redação:

Art. 22. Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando:

(...)

X - autorizar o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor, ou permitir, nos contratos de longa duração ou de trato sucessivo, o cancelamento sem justa causa e motivação, mesmo que dada ao consumidor a mesma opção;

O texto que nos interessa em particular é a parte final do inciso X, quando prescreve ser considerada abusiva, para fins de imposição de sanção administrativa, cláusula que permita ao fornecedor o cancelamento sem justa causa e motivação de contratos de longa duração ou trato sucessivo, mesmo que essa mesma prerrogativa seja garantida ao consumidor no mesmo contrato.

A previsão claramente transborda os limites da norma legal que lhe serve de base, que é o inciso XI do art. 51 do CDC. Enquanto a lei considera abusiva a cláusula que permita a rescisão unilateral do contrato ao fornecedor sem correspondência para o consumidor, a norma regulamentar afirma que, nos contratos de longa duração, não existe denúncia unilateral vazia para o fornecedor, independentemente de o consumidor ter ou não a prerrogativa de fazê-lo.

Não há dúvida de que se pretendeu, por meio de decreto, resolver o problema que Cláudia Lima Marques vinha apontando desde 1995, qual seja, a grande dependência econômica gerada em contratos de longa duração oriundos de relações de consumo, que ela chamou de “contratos cativos de longa duração”⁵¹⁴.

Se se considerar válida a disposição do Decreto⁵¹⁵, haverá importante restrição à liberdade contratual do fornecedor, pois seu direito de rescisão unilateral em

⁵¹⁴ V. *supra*, item 3.4.

⁵¹⁵ Temos sérias dúvidas a esse respeito. Parece-nos que o administrador, aqui, extravasou os limites de sua competência delegada pela lei ordinária, que não era para criar *fattispecie* de cláusulas abusivas, mas para regulamentar o modo como o emprego de tais cláusulas seria fiscalizado e punido. Por mais que se diga que o rol do art. 51 não é taxativo, e de fato ele não é, não há como negar que o Decreto, especificamente no que se refere à hipótese a regulamentar (inciso X, do art. 51 do CDC), disse mais do que a lei (a lei fala em impossibilidade de rescisão unilateral sem correspondência para o consumidor, o decreto fala em impossibilidade de rescisão unilateral em todos os contratos de longa duração, tendo ou não o consumidor direito equivalente). A restrição à liberdade contratual do fornecedor no Decreto é mais grave, por qualquer

contratos de longa duração (e aqui, para fazer algum sentido o texto, é preciso considerar a expressão “nos contratos de longa duração ou de trato sucessivo” da norma regulamentar como querendo se referir aos contratos cativos de longa duração) simplesmente desaparece, uma vez que a necessidade de alegação de justa causa para “cancelar” o contrato equivale à resolução, pois a justa causa somente pode ser a infração contratual por parte do consumidor, a impossibilidade superveniente de cumprimento por fato extraordinário e imprevisível, a força maior ou caso fortuito.

Em outras palavras, equipara-se o regime dos contratos de longa duração no CDC ao regime dos contratos de concessão comercial de veículos terrestres e aos contratos de seguro de saúde, com a diferença que nos dois últimos casos isso se deu por lei.

A idéia aqui é claramente proteger a duração justa do contrato, na perspectiva do consumidor, assim como também de proteger sua duração útil (na perspectiva mais ampla que o simples cruzamento das curvas de utilidade marginal das partes contratantes, passando a levar em conta também os interesses institucionais envolvidos na espécie, em especial, a ordem pública de proteção do consumidor).

Como vimos anteriormente, a jurisprudência, ao menos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, tratando do seguro de vida e sem fazer referência expressa ao Decreto, tem dado guarida à tese de que a duração justa dos contratos cativos de longa duração, na ótica do consumidor, é mesmo vitalícia, o que torna ainda mais relevante termos essa norma como parâmetro⁵¹⁶.

ângulo que se analise a questão. A pergunta é: pode um decreto restringir a liberdade contratual de alguém? A resposta é não. Pode-se argumentar, não negamos, que o Decreto é apenas uma especificação da hipótese legal, tendo em vista o parágrafo primeiro do art. 51, especialmente seu inciso II, uma vez que a exagerada dependência econômica produzida nos contratos de consumo de longa duração revelaria desequilíbrio contratual inaceitável se o fornecedor pudesse denunciar o contrato a qualquer tempo. Mas esse argumento é frágil tendo em conta que a dependência econômica varia para cada tipo contratual. Some-se a isso o fato de que a rescisão do contrato só é possível em contratos que se protraem no tempo. Assim, pode-se argumentar com facilidade que o Decreto está criando distinção onde o legislador ordinário não distinguiu. O legislador tratou todos os contratos que duram no tempo de um mesmo modo: só pode haver rescisão unilateral se ela for para ambas as partes, independente de ser um contrato de longa duração *lato* ou *stricto sensu*, independentemente de ser um contrato cativo ou não. Por tudo isso, somos cautelosos com a redação do Decreto nº 2.181/1997 porque não podemos concordar com limitações graves à liberdade contratual feitas por normas que não são formais e materialmente lei ordinária. Em suma, somos propensos a considerar ilegal o Decreto.

⁵¹⁶ Não se deve esquecer, contudo, que não há posição definida na jurisprudência do TJMG e do TJSP a respeito da vitaliciedade do contrato de seguro de vida (v. *supra*, item 6.1.1.).

7.1.9. Panorama geral

Denis Mazeaud escreve que na França é notável como as legislações e a jurisprudência, a partir do meio do século XX, passaram a restringir as possibilidades de resilição unilateral de contratos por tempo indeterminado para a parte mais forte da relação jurídico-contratual. Foi assim nos contratos de trabalho em 1973, em que o empregador perdeu o direito de resilir o contrato sem motivação pela criação de um direito de licenciamento do empregado. Da mesma forma no que se refere à locação para fins de moradia, cuja lei de 1989 determinou duração mínima de três anos para contratos com locatários pessoas físicas e de seis anos para locatários pessoas jurídicas, de modo que dentro do prazo mínimo o contrato se torna irrevogável para o locador. O autor fala ainda de decisões da Corte de Cassação sobre o comodato, nas quais o tribunal afirmou que o direito de retomada do comodante em contratos por tempo indeterminado há de respeitar o tempo mínimo necessário para que o comodatário possa usar o bem (na linha do que dispõe o art. 581 do nosso Código Civil)⁵¹⁷.

Prosseguindo, Mazeaud descreve também a limitação operada pela Corte de Cassação quanto ao poder de revogação do mandato de interesse comum. Havendo interesses comuns, o contrato passa a ser relevante para o patrimônio do mandatário, tornando o direito de o mandante revogá-lo condicionado à indenização pelas perdas que tal conduta impõe ao mandatário, exceto se houver mútuo consenso ou justa causa reconhecida judicialmente. Afirma o autor que tal entendimento permitiu estender o raciocínio aos contratos de representação comercial e aos de agência.

O autor conclui, após a análise de todos esses casos, haver irrelevância se o contrato é pactuado por tempo determinado ou indeterminado, pois a grande limitação do direito de resilir o contrato por tempo indeterminado equipara, na prática, os dois tipos de cláusula de tempo nesses negócios.

Conclusão semelhante é possível de se tirar da análise de todos os textos normativos que empreendemos nesse item 7.1. Como falamos no início, o legislador, para disciplinar as mais diversas relações contratuais, utiliza-se de meios bastante semelhantes (basicamente a restrição ao direito de denúncia por imposições de aviso prévio ou pagamento de valores, a estipulação de prazos mínimos de duração de contratos ou a

⁵¹⁷*Durées et ruptures*, in *Revue des Contrats*, número especial dedicado ao colóquio “*Durées et Contrats*”, Paris, LGDJ, janeiro de 2004, p. 133-134.

vedação a contratos por tempo determinado a partir de certa duração, a prorrogação forçada de vínculos e a renovação compulsória ou automáticas, no intuito de eternização do vínculo).

O mais relevante, contudo, é a conduta praticamente unidirecional do legislador ao direcionar a qualificação dos contratos de longo duração transformando-os em contratos por tempo indeterminado e aí regulamentação sua extinção de modo a proteger a parte economicamente dependente. Por isso vimos por diversas vezes expedientes legais para desconsiderar pactuações de contratos naturalmente de longa duração por prazos curtos ou para evitar contratações sucessivas a prazo (arts. 47 e 50 da Lei de Locações; arts. 445, 451 e 452 da CLT; art. 27, §§ 2º e 3º da Lei dos representantes comerciais; art. 21 da Lei de concessão comercial de vendas de veículos terrestres).

E somente em casos em que o interesse em jogo era realmente um interesse institucional, o legislador trabalhou para eternizar o contrato (art. 53 da Lei de locações, art. 13 da lei dos planos de saúde e, com certas restrições de caráter formal, o art. 22, X, do Decreto nº 2.181/1997).

Enfim, pode-se dizer que o legislador, para tutelar a duração útil e a duração justa dos diversos contratos de longa duração, utilizou-se de três expedientes: (i) criou instrumentos para incentivar os contratos de longa duração a serem celebrados por tempo indeterminado; (ii) tutelou a duração útil, a partir daí, a duração justa destes contratos com fixação de prazos mínimos de duração, obrigatoriedade de avisos prévios e restrições ao direito de denúncia; e (iii) havendo interesses institucionais a tutelar para além da duração útil do contrato, interveio para promover uma estabilização maior do vínculo, dependendo a intensidade dessa estabilização do interesse tutelado⁵¹⁸.

O ponto comum a todos os textos legais é que eles são, na verdade, meios ou caminhos a permitir a aplicação do princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual de modo concreto e preciso à questão da extinção dos contratos e do prolongamento do tempo contratual.

Os pressupostos que permitem a aplicação dos princípios, diretamente, são demasiado fluidos, o que dificulta, como pontuamos, a produção de prova a respeito de seu

⁵¹⁸Renovação compulsória para proteger a livre iniciativa – locação empresarial urbana e rural; prorrogação eterna do vínculo para promover a saúde, educação e liberdade religiosa – locação de hospitais, escolas e igrejas; renovação automática para promover a saúde – planos de saúde.

atendimento em nível suficiente. Principalmente porque, em matéria de aplicação de princípios, a quantidade ou o volume de pressupostos presentes (comprovados) pode dar ensejo a uma solução mais grave ou mais branda. É possível ao julgador ponderar.

As leis por nós mencionadas até aqui concretizam esses princípios. Presumem os pressupostos (isentando quem os alega de prová-los) ou, no mínimo, estabelecem patamares muito mais palpáveis para que se configure o direito à prorrogação forçada do vínculo ou à indenização pelo seu abrupto desfazimento. Dentre todos os fatos possíveis, a lei elege alguns que, se provados, servem para demonstrar o direito ao prolongamento forçado do vínculo contratual.

Como em toda relação entre regra e princípio, as normas por nós referidas neste Capítulo 7 estão para os princípios de que tratamos no Capítulo 4 assim como o gps está para a bússola.

É possível chegar ao destino (no nosso caso: a prorrogação compulsória dos contratos a prazo) usando qualquer um dos dois equipamentos. Mas ninguém tem dúvida de que o gps exige muito menos esforço, técnica e conhecimento (como cartografia, princípios de navegação, senso de direção etc.) do que a boa e velha bússola.

As leis são criadas para, em determinados caminhos, criar um gps para o intérprete usar para chegar a destinos onde, antes, ele só chegava de bússola.

A criação do gps específico não impede que continuemos usando a bússola para chegarmos àquele local, mas todos concordarão que com o novo equipamento é bem mais fácil chegar lá.

Todavia, não há gps disponível para todos os destinos e mesmo os gps disponíveis, se usados em conjunto com a bússola, podem nos levar a novos destinos até então inalcançados. Afinal, a bússola serve para conferirmos se o gps não está nos levando para o lugar errado.

Vimos diversos aparelhos gps aqui. Veremos outros, norte-americanos, no próximo tópico. Conheceremos ainda, um gps mais potente, capaz de, se lido literalmente, nos levar a alguns destinos (o art. 473 do Código Civil).

Depois de conhecermos todos estes equipamentos (as regras disponíveis) e sabermos manejar bem a velha bússola (os princípios), nossa ideia é usá-los conjuntamente

para chegar a um novo destino, que é justamente a prorrogação compulsória de contratos a prazo.

Mas não apenas chegaremos até lá, como faremos também um mapa do caminho percorrido (fixação dos pressupostos para a prorrogação compulsória). Este mapa não servirá para tornar a ida a tal destino fácil como seria se dispuséssemos de um gps especificamente desenvolvido para ele (como se tivéssemos uma lei prevendo expressamente uma regra geral de prorrogação compulsória de contratos a prazo), mas ao menos facilitará o emprego da bússola (princípios contratuais) para quem se aventurar a tentar chegar até lá.

Leonardo Sperb de Paola descreve o texto legal, que é extenso, da seguinte forma:

O § 2.802 deste diploma dispõe sobre os casos de *termination* e *nonrenewal*. Como regra geral, ressalvada a existência de um dos motivos elencados na Lei, não é possível se colocar fim ao contrato antes de seu termo e, ademais, há uma obrigação de renovar o contrato. Dentre as hipóteses permissivas da terminação do contrato, são elencadas: as falhas significativas do distribuidor e a falta de esforço em dar cumprimento à avença, desde que tenha-lhe sido concedido prazo para efetuar as correções necessárias; a caracterização de eventos imputáveis ao distribuidor que tornem razoável o fim do contrato, tais como fraudes, crimes, falência, incapacidade física ou mental, inadimplência, interrupção do serviço; a existência de acordo entre as partes (distrato), celebrado com antecedência de cento e oitenta dias ao término do contrato, e a possibilidade de arrependimento, pelo distribuidor, em até sete dias; a saída do produtor do mercado ou da área geográfica, nos contratos com duração igual ou superior a três anos; a recusa do distribuidor a proceder alterações na forma de distribuição a partir de determinações feitas de boa-fé pelo produtor; e outras hipóteses em que, em contratos de duração superior a três anos, a renovação venha se revelar anti-econômica. Por seu turno, o § 2.804 determina que, a *termination* ou *nonrenewal* seja possível, ela seja precedida de aviso prévio de noventa dias. Já o § 2.805, ingressando em matéria processual, dispõe sobre a possibilidade de se conceder *preliminary injunction* em favor do distribuidor, para se garantir a continuação do contrato. O mesmo dispositivo também atribui ao produtor o ônus da prova quanto aos motivos justificadores da *termination* ou *nonrenewal*. O produtor ainda poderá, em defesa, afastar a renovação obrigatória, alegando que ‘that renewal of the franchise relationship is likely to be uneconomical to the franchisor despite any reasonable changes or reasonable additions to the provisions of the franchise’ (seção 2.805, e, 1, v). Cite-se, por fim, o § 2.806, que veda aos estados o estabelecimento de obrigação do produtor de pagar pelo *goodwill* da franquia [distribuição] terminada regularmente⁵²³.

⁵²³Ob. cit., p. 158-159.

Na esteira dessa norma federal, aplicável somente a um mercado específico⁵²⁴, diversos estados norte-americanos criaram normas para tratar da extinção e da não renovação de contratos de distribuição em geral.

Rupert M. Barkoff e Andrew C. Selden relatam que os estados de Delaware, Havaí, Iowa, Nova Jersey, Rhode Island, Wisconsin, Califórnia, Arkansas, Connecticut, Indiana, Nebraska, Minnesota, Illinois, Michigan, Washington, Mississippi, Missouri e o protetorado de Porto Rico têm normas que restringem, de algum modo, o direito de extinção e de não renovação de contratos de distribuição⁵²⁵.

Em todos esses estados norte-americanos, o fornecedor deve ter justa causa para terminar ou para não renovar o contrato. Em Iowa, por exemplo, além de justa causa, é preciso que a notícia de não renovação seja dada com, pelo menos, seis meses de antecedência. Na Califórnia, além da justa causa, é permitido não renovar se o distribuidor não acordar com o fornecedor as condições da renovação até cento e oitenta dias antes do término do prazo contratual, exceto se essas condições forem abusivas ou impossíveis de ser cumpridas pelo distribuidor. No Arkansas, o direito de não renovação pode estar previsto no contrato, dispensando-se a justa causa desde que as condições para tanto não sejam arbitrárias ou meramente voluptuárias. Em Indiana e Nebraska, o contrato pode prever expressamente que não será renovado, afastando-se assim a exigência de justa causa. Se não houver menção expressa, entretanto, a exigência de justa causa permanece.

Em Illinois, se houver cláusula de não concorrência no contrato, o fornecedor fica obrigado a renovar ou a recomprar todo o estoque e demais ativos do distribuidor. Em Michigan, é proibido não renovar contratos de distribuição que tenham prazo inferior a cinco anos e cláusula de não concorrência, exceto se o fornecedor se dispuser a recomprar os ativos do distribuidor. Em Washington, só é permitido não renovar se houver declaração expressa do fornecedor de que o distribuidor poderá concorrer com ele após o término do contrato e a intenção de não renovar for comunicada com, no mínimo, um ano de antecedência.

Como se pode perceber, o cerne da limitação ao direito dos fornecedores de não renovar os contratos está no condicionamento deste direito a uma *good, just* ou

⁵²⁴Como, aliás, é o caso da nossa Lei nº 6.729/1979. Não há como não notar semelhanças entre as duas normas, ainda mais considerando que foram produzidas muito proximamente uma da outra. A lei americana é de 1978 e a brasileira de 1979.

⁵²⁵*Ob. cit.*, p. 203-205.

reasonablecause, o que aproxima muito o ato de não renovar de uma denúncia cheia. Nos casos em que a justa causa é dispensada, exige-se expressa previsão contratual nesse sentido, aviso-prévio com longa antecedência, obrigação de recompra de ativos e não imposição de cláusula de não concorrência.

O que se percebe, portanto, é que em diversos estados norte-americanos a regra é a renovação automática do vínculo contratual⁵²⁶. A expiração do prazo inicialmente pactuado não tem o condão de, *per se*, extinguir a relação jurídica. A ruptura ou interrupção da relação contratual está sempre condicionada à prova, pelo fornecedor ou franqueador, de uma justa causa para pôr fim ao contrato, ou, ao menos, de notificação com longa antecedência, nunca inferior a seis meses.

As normas norte-americanas preocupam-se sobremaneira com a duração justa dos contratos de franquia e distribuição, estabelecendo avisos-prévios de ano, obrigações de recompra de ativos, não estabelecimento de cláusulas de não competição, previsões contratuais expressas acerca do desinteresse em renovar o contrato, tudo para preservar as expectativas das partes contratantes fracas, permitir a elas se adaptar ao término do vínculo em tempo hábil e impedir que lhes sejam impostos custos de transação desproporcionais.

Em suma, as normas dos EUA tutelam abertamente a dependência econômica que distribuidores e franqueados têm em relação a fornecedores e franqueadores.

Naquele país, assim como ocorreu recentemente na França (ver item 7.3., *infra*) as pressões e o *lobby* dos grandes grupos empresariais não foram capazes de impedir o Poder Legislativo de estabelecer proteção geral às partes mais fracas nos vínculos que George Virassamy chamou de “Contratos de Dependência” (ver item 4.3., *supra*).

Mesmo sendo a sede do liberalismo econômico e os criadores da doutrina da não intervenção estatal na economia e nos mercados, os EUA impuseram severas restrições ao direito das partes contratantes fortes de pôr fim a contratos do gênero de distribuição calcados em relações de longa duração, tutelando assim a frágil posição de dependência econômica em que se encontram as partes contratantes fracas nessas relações.

⁵²⁶ Na linha do que prevê o art. 13 da Lei nº 9.656/1998, só que esta para os contratos de seguro saúde.

É por isso que autores daquele país, ao referirem-se a tais contratos, afirmam categoricamente serem eles eternos até que se prove o inadimplemento das partes contratantes fracas⁵²⁷.

O legislador federal e estadual norte-americano reconheceu a dependência econômica de distribuidores e de franqueados, invertendo o ônus da prova e incumbindo os fornecedores e franqueadores de provar terem uma boa razão para tanto se quiserem sair dos contratos. Se não atenderem a tal ônus, ficam obrigados a renovar os vínculos.

Por isso, grandes fornecedores e distribuidores norte-americanos desempenham um papel relevante na concretização desses conceitos abertos referentes à justa causa para a não renovação. Um dos que mais se destacou nesse aspecto foi, por exemplo, a rede de restaurantes McDonald's.

Como relata John F. Love, os casos de conflitos da matriz com os franqueados do McDonald's criaram importantes precedentes judiciais no que diz respeito ao direito de não renovar contratos. Antes deles, os Tribunais tinham a impressão de que a relação franqueado-franqueador era muito injusta para o primeiro e isso criava uma pré-disposição dos julgadores em manter os contratos em vigor compulsoriamente, a despeito do implemento do termo final contratado. Por conta da legislação, o Judiciário presumia a dependência econômica acentuada dos franqueados e tendia a protegê-los.

Os casos do McDonald's mudaram essa realidade a partir do momento em que a empresa franqueadora conseguiu demonstrar a justiça de sua política de renovação, que estabelecia critérios claros e objetivos para conferir o direito à repactuação do vínculo aos franqueados. Isso permitiu ao McDonald's obter o reconhecimento da licitude de seu direito de não renovar contratos com franqueados que não atingiam os limites mínimos exigidos pelo que ficou conhecido como “a política do QSL (qualidade, serviço e limpeza)”⁵²⁸.

⁵²⁷ Rupert M. Barkoff e Andrew C. Selden, *ob. cit.*, p. 205.

⁵²⁸ *McDonald's*, Nova Iorque, Bentam, 1986, p. 407-408.

7.3. O art. 473 do Código Civil

A leitura de uma norma legal, a extração de seu conteúdo normativo, demanda do intérprete conhecer a realidade na qual ela se insere e os propósitos para os quais foi criada, embora se reconheça que a intenção do legislador não é a mesma intenção da lei, devendo prevalecer esta sobre aquela.

Como se sabe, o Código Civil de 1916 não trouxe qualquer norma sobre a resilição unilateral de contratos. Da mesma forma, o anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, embora tivesse um capítulo dedicado aos contratos, também não tocou no tema da resilição.

Foi somente na década de 1960 que o Poder Executivo Federal, por meio do Decreto nº 51.005/1961, criou o Serviço de Reforma dos Códigos no Ministério da Justiça. A partir deste ato, alterado pelo Decreto nº 1.490/1962, contrataram-se juristas para compor Comissões de Elaboração dos novos Códigos, dentre os quais um Código Civil e um Código de Obrigações, na linha do que defendiam, na época, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, os dois, aliás, relatores dos projetos de Código Civil e do Código de Obrigações, respectivamente⁵²⁹.

Caio Mário da Silva Pereira foi incumbido de elaborar o anteprojeto da primeira parte do Código de Obrigações. É nesse anteprojeto que se vê, pela primeira vez no Brasil, a iniciativa de se inserir no ordenamento jurídico uma norma geral de resilição unilateral dos contratos. No Capítulo II do Título V do anteprojeto, inseriu-se o artigo 349 cuja redação era a seguinte: “A resilição unilateral operará mediante denúncia notificada à outra parte, naqueles casos em que a lei o permite”⁵³⁰. Segundo o próprio Caio Mário da Silva Pereira, “Acrescentei a resilição unilateral, ou revogação, nos casos em que a lei o permite, dos quais o exemplo mais frisante é o mandato”⁵³¹.

Após as revisões de Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Nehemias Guerreiro, o anteprojeto de Caio Mário deu origem ao projeto de Lei nº 3.264/1965, que foi apresentado pela Presidência da República para discussão no Congresso Nacional em 12 de outubro de 1965, por meio da mensagem nº 804/1965.

⁵²⁹ Brasil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, *Exposição de Motivos aos Projetos de Lei nº 3.263 e 3.264 de 1965*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil:Anteprojeto*, v. 4, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989, p. 07.

⁵³⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Anteprojeto de Código de Obrigações*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil:Anteprojeto*, v. 3, cit., p. 48.

⁵³¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil:Anteprojeto*, v. 3, cit., p. 115.

O Projeto de Lei nº 3.264/1965 trazia em seu bojo o art. 337, cuja redação era a seguinte: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei não o vede, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Tal artigo, embora importante para nós hoje, não mereceu sequer menção dos membros da Comissão de Elaboração do Projeto, vez que em seu relatório tratam apenas da rescisão bilateral dos contratos, não dedicando uma palavra sequer à rescisão unilateral⁵³².

Percebe-se que houve alterações entre o texto originalmente apresentado por Caio Mário da Silva Pereira em 1963 e o encaminhado ao Congresso Nacional em 1965. A alteração se deveu à obra da Comissão Revisora do Anteprojeto. Para Caio Mário, só há rescisão nos casos em que a lei permite. Para a Comissão Revisora (da qual Caio Mário era membro), era possível rescindir qualquer contrato, exceto em caso de vedação legal. Embora sutil, a alteração é sensível.

Tais projetos foram discutidos no Congresso Nacional até o dia 21 de setembro de 1967, não tendo sido apresentada nenhuma emenda à redação original do art. 337. Em 05 de setembro de 1967, por meio da Mensagem nº 611/1967, a Presidência da República solicitou ao Legislativo a retirada da Mensagem nº 804/1965, para reexame do assunto, interrompendo-se a tramitação dos projetos de Código Civil e Código de Obrigações.

Esse pedido de reexame se deveu à entrada em vigor da Constituição Federal de 1967. Haja vista a alteração da ordem constitucional, entendeu o Poder Executivo que era preciso adaptar os Códigos Civil e de Obrigações à nova realidade. Por meio do Decreto nº 61.239/1967, criou-se nova Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Códigos para executar os trabalhos de elaboração de novos projetos a serem apresentados às Casas Legislativas.

Cumprindo o novo Decreto, o Ministério da Justiça, em 1969, constituiu a Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, que tinha como supervisor Miguel Reale e era composta por José Carlos Moreira Alves (responsável pela Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (responsável pelo Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

A nova comissão optou por abandonar a estrutura dúplice de Código Civil e Código de Obrigações, sob a justificativa de que é fundamental a existência de uma Parte

⁵³² Brasil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, *Relatório da Comissão Elaboradora dos Projetos de Lei nº 3.263 e 3.264 de 1965*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojeto*, v. 4, cit., p. 416.

Geral para abranger tanto direitos reais, como direitos de família, das sucessões e de crédito. Nas palavras de Miguel Reale,

Nada justifica, em verdade, a existência de um Código de Obrigações destacado do Código Civil, tão essencial e imediato é para aquelas, como para as demais partes especiais da legislação civil, o conjunto dos dispositivos concernentes às pessoas, aos bens, aos fatos e atos jurídicos. Na realidade, a disciplina do Direito Obrigacional resulta, por força lógica intrínseca, de maneira imediata, da colocação mesma dos preceitos gerais, dispensando repetições normativas que, sobre serem inúteis, implicam riscos de compreensões divergentes⁵³³.

Agostinho de Arruda Alvim, ao tratar do tema da resilição unilateral dos contratos, inseriu no anteprojeto de 1972 o artigo 469, cujo texto era o seguinte: “A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. Retoma-se a redação original de Caio Mário da Silva Pereira, restabelecendo-se a necessidade de a lei, expressa ou implicitamente, permitir a denúncia unilateral do contrato. Até este momento, contudo, nada havia sobre a limitação temporal do poder de denúncia.

Com a publicação do Anteprojeto de Código Civil em 1972, a Comissão encarregada de sua elaboração se pôs a ouvir sugestões e opiniões vindas dos mais diversos rincões do país. A própria Comissão, relendo o texto, entendeu por bem alterar alguns dos dispositivos inicialmente propostos. Em 19 de março de 1973, Miguel Reale remeteu ao Ministro da Justiça o texto revisado do Anteprojeto de Código Civil⁵³⁴.

Segundo o próprio Miguel Reale, signatário da exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil Revisto (1973), foi durante este ano de revisão que ele percebeu a necessidade de se acrescentar um parágrafo ao artigo que tratava da resilição unilateral dos contratos. Nas palavras dele, foi necessário introduzir

A limitação de poder de denúncia unilateral dos contratos por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável compatível com as despesas feitas. Esta sugestão, por mim feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação que tivemos no sentido de coarctar os abusos do poder econômico⁵³⁵.

Ao final das discussões, o texto final do Anteprojeto de Código Civil, finalizado em 1973 e publicado em 18 de junho de 1974, ficou assim:

⁵³³Brasil, Ministério da Justiça, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código Civil (1972)*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil:Anteprojeto*, v. 5, t. 1, cit., p. 17.

⁵³⁴Brasil, Ministério da Justiça, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código Civil – Revisto (1973)*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil:Anteprojeto*, v. 5, t. 2, cit., p. 07.

⁵³⁵Idem, p. 15.

Art. 467. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Por meio da mensagem nº 160/1975, o Poder Executivo encaminhou o novo Projeto de Código Civil ao Congresso Nacional, lá tendo ele ganhado a denominação de Projeto de Lei nº 634/1975. Entre a publicação do Anteprojeto em 1974 e seu encaminhamento ao Poder Legislativo, em 1975, percebe-se, na última versão, que o artigo dedicado à rescisão unilateral dos contratos deixa de ter o número 467 e passa a ter o número 472, devido à inclusão de alguns dispositivos nesse meio tempo.

De 1975 até 2001, quando houve a aprovação do Projeto de Código Civil pelo Congresso Nacional e seu encaminhamento para sanção presidencial, não houve qualquer alteração na redação do art. 472, exceto quanto a sua numeração, que passou a ser 473. Além disso, não se tem notícia de que tenha sido apresentada alguma emenda ao projeto original para alterar ou suprimir este dispositivo. O texto permaneceu tal como proposto por Miguel Reale em 1973. Passou incólume, e talvez despercebido, por vinte e nove anos de tramitação legislativa.

Nenhum dos códigos civis ou de obrigações europeus que serviram de inspiração ao Código Civil de 2002, quais sejam, o português, o italiano⁵³⁶, o suíço⁵³⁷, o alemão e o francês, trazem a previsão de uma regra geral de rescisão contratual nos moldes da brasileira.

Há que se reconhecer o pioneirismo de Miguel Reale ao inserir o parágrafo único do atual art. 473, em 1973. Como ele mesmo afirmou, a preocupação naquele momento era o combate ao abuso de poder econômico, ou como já dissemos aqui, o abuso no exercício de posição jurídico-contratual vantajosa causada por dependência econômica entre os contratantes (v. item 4.3.4., *supra*). Em 1973, esse debate, embora já existisse na Europa e nos EUA, não era tão candente quanto foi nas décadas de 1980 e 1990, nesses locais e aqui no Brasil.

Paula Andréa Forgioni, em detalhado estudo sobre o art. 473 do Código Civil, faz referência a treze julgados emblemáticos extraídos de Tribunais Estaduais e de Tribunais Superiores brasileiros entre 1981 e 2000, todos a tratar da questão da

⁵³⁶ Prevê o direito de recesso unilateral no art. 1373, que é tanto direito de arrependimento pela conclusão do negócio como direito de rescisão unilateral em contratos de longa duração, mas não prevê limitações ao exercício do direito de denúncia, por exemplo. Todavia, quanto a contratos específicos, como o de fornecimento (art. 1569), de locação (1612), prestação de serviços (1655).

⁵³⁷ Fala em “*résiliation*”, mas querendo dizer resolução por inadimplemento (art. 108).

necessidade de aviso prévio para o exercício da denúncia em contratos de distribuição⁵³⁸. O mesmo faz Antonio Junqueira de Azevedo, listando cinco julgados ilustrativos, proferidos entre 1984 e 2001, a tratar do mesmo tema para garantir o direito de aviso prévio ao contratante denunciado⁵³⁹.

Na França, os debates doutrinários ao longo da década de 1980 influenciaram sobremaneira a jurisprudência da Corte de Cassação, que após idas e vindas, firmou posições sobre o assunto. O desenvolvimento deste processo de discussão e fixação de soluções empíricas por meio da atuação judicial levou à edição das leis de 15 de maio de 2001 e de 02 de agosto de 2005, responsáveis pela redação que do art. L. 442-6, I, 5º, no *Code de Commerce* francês tem hoje.

Em trabalho bastante aprofundado sobre essa norma e seu impacto para o tratamento da ruptura de relações contratuais de longa duração, Denis Mazeaud delineia a evolução jurisprudencial que desencadeou na sua produção⁵⁴⁰.

Escreve ele que a discussão sobre o tratamento das rupturas de contratos empresariais de longa duração opõe duas correntes jurídico-ideológicas igualmente apaixonadas e opostas. De um lado, os partidários da livre iniciativa e da eficiência de mercado, ao pregar pela ampla possibilidade de se substituir, a todo momento, parceiros comerciais ineficientes, de modo a gerar ganhos para a cadeia produtiva como um todo. De outro, a corrente que defende o solidarismo e a perenidade contratuais, para quem a tendência de estabilidade das relações é uma realidade dura para os contratantes mais fracos, que se tornam cada vez mais dependentes de seus co-contratantes, sofrendo perdas irreparáveis quando do término abrupto de relações jurídicas de longa duração⁵⁴¹.

O jogo de forças entre essas duas correntes é claramente visto na jurisprudência da Corte de Cassação francesa, tendo este Tribunal dado maior guarida à posição dos denunciantes do contrato do que à dos que pediam sua manutenção forçada.

⁵³⁸ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 454-469.

⁵³⁹ (Parecer) *Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico per relationem na cláusula de opção de compra de direitos do distribuidor pelo fabricante e conseqüente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, cit., p. 306-308.

⁵⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 143-149.

⁵⁴¹ Esse mesmo jogo de forças é também notado por autores brasileiros, como Paula Andréa Forgioni, ao afirmar que prevalece nos órgão de regulação da concorrência e na legislação européia sobre esse tema a proteção ao pequeno e médio empresário em detrimento das grandes redes varejistas, sob a máxima *small is beautiful*; ao passo que no Direito Antitruste norte-americano a tendência é inversa, prevalecendo os predicados de eficiência econômica propostos pela Escola de Chicago (*Contrato de Distribuição*, cit., p. 352-355).

Isso, todavia, não fez com que se fechassem os olhos para algumas questões importantes relativas à extinção dos contratos de longa duração.

É assente na Corte de Cassação a idéia de que a denúncia contratual ou a não renovação do contrato feita em contraposição às expectativas de estabilidade e prolongamento do vínculo é abusiva, dando ensejo à pretensão por perdas e danos da parte do denunciado. Segundo Denis Mazeaud, se um contratante deixa entrever uma clara aparência de prolongamento do contrato para além do prazo pactuado – seja no momento de formação do negócio, seja durante sua execução – e depois não corresponde à expectativa criada, haverá abuso do direito de não renovação⁵⁴².

Por outro lado, a mesma Corte não acolhe o argumento da corrente solidarista de que a resilição em contratos de longa duração deva ser motivada, isto é, que a denúncia tenha de ser necessariamente cheia, como ocorre, por exemplo, em diversos estados norte-americanos quanto a contratos de distribuição *lato sensu* (v. item 7.2., *supra*).

O Tribunal francês tem também negado pedidos referentes a obrigações pós-contratuais de recompra de estoques ou de assistência (financeira e técnica) para readaptação do contratante frágil à nova realidade pós-ruptura do contrato. Em todos esses casos, a Corte francesa se contentou em afirmar que o aviso prévio é suficiente para permitir ao contratante denunciado se preparar para mudanças por vir. E mais, que tal aviso não deve ser dado somente em caso de interrupção completa da relação comercial, mas também nos casos de sensível redução da frequência ou do objeto contratual.

No que se refere ao tempo necessário, isto é, na antecedência mínima para o aviso, a Corte se pautou por critérios como o tempo de relação contratual até então, o

⁵⁴²Na fase de formação do vínculo, o autor cita o condicionamento da contratação a pesados investimentos por parte do contratante, tais como a promoção de melhoramentos sensíveis no estabelecimento da contraparte, mediante a imposição de um plano de ação e de um curto cronograma de implantação de tais melhoramentos ou a realização de gastos com treinamento e contratação de pessoal especializado; a necessidade de tomada de crédito para poder contratar, a constituição de sociedade, dentre outros. Nesses casos, tais exigências feitas pelo contratante, nos termos das decisões da Corte francesa, desautorizam-no a não renovar contrato estabelecido por tempo incompatível com a recuperação de tais investimentos. O mesmo se diga de exigências feitas no curso da execução contratual, como o envio, pelo contratante mais forte, de um representante para testar e promover mudanças consideráveis e custosas nas práticas comerciais do contratante mais fraco, a imposição de novos custos por alteração da relação comercial (adaptação a novos produtos, novas práticas comerciais, novos métodos de trabalho, novos sistemas de comunicação etc.), o silêncio do contratante mais forte quando questionado se pretende ou não renovar o contrato etc. (Denis Mazeaud, *ob. cit.*, p. 145-146).

caráter *intuitu personae* do contrato e a falta de alternativa contratual equivalente ao contratante denunciado.

Tudo isso levou ao texto legal do Código de Comércio da França, cuja tradução livre é a seguinte⁵⁴³:

Artigo L 442-6 I. – Causa a responsabilização de seu autor obrigando-o a reparar o prejuízo causado, o fato de qualquer produtor, comerciante, industrial ou pessoa registrada no Registro de Comércio:

(...)

5º De romper brutalmente, mesmo que parcialmente, uma relação comercial estável, sem aviso prévio que leve em conta a duração da relação comercial e respeite o prazo mínimo de aviso prévio previsto, de acordo com os usos do comércio, pelos acordos coletivos interprofissionais. Se a relação comercial tiver por objeto o fornecimento de produtos sob a marca do distribuidor, o prazo mínimo de aviso prévio é o dobro daquele aplicável se o produto não for fornecido sob a marca do distribuidor. Não obstante os acordos coletivos, o Ministro encarregado da economia pode, considerando os usos do comércio e mediante portaria, fixar um prazo mínimo de aviso prévio para cada categoria de produtos, além de disciplinar as condições de ruptura das respectivas relações comerciais, notadamente em função de sua duração. As disposições deste artigo não são obstáculo à faculdade de “resilição”⁵⁴⁴ sem aviso prévio em caso de inexecução de obrigações pela outra parte ou em caso de força maior (...).

⁵⁴³O texto original:

Articel L 442-6 I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers:

(...)

5º De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas;

⁵⁴⁴A lei francesa chama de “resilição” o que para nós, nos termos do Código Civil, é “resolução” (vide *supra*, item 1.2.1.).

Nota-se no texto legal uma grande preocupação com a duração do aviso prévio, ou do período de paciência como gosta de chamar Denis Mazeaud⁵⁴⁵. É bastante perceptível a influência das decisões da Corte de Cassação no texto da norma, como no que se refere à expressa referência ao tempo de relação contratual antes da denúncia como critério para determinação do período de paciência. A antecedência mínima para o aviso prévio é, de fato, a grande preocupação do legislador francês, como foi também a preocupação da jurisprudência antes da sua existência. Chega-se a permitir sua regulamentação, pelo Ministério da Economia, para determinados setores específicos.

Mazeaud escreve que o verdadeiro sentido da norma do Código de Comércio deve ser corretamente compreendido. Ele não significa, de modo algum, a conferência de um direito à perenidade contratual para distribuidores, fornecedores ou quem quer que seja, mas simplesmente evitar o abuso resultante da não consideração, por parte do denunciante do contrato, da duração mínima da relação jurídica estabelecida entre as partes, assim como de sua específica natureza capaz de criar uma dependência particular de um dos contratantes para com o outro. Não se trata, pois, de uma ofensa aos princípios de eficiência de mercado que clamam pela sua fluidez e pela faculdade de as partes trocarem de parceiros comerciais. Simplesmente se quer civilizar, retardar a ruptura contratual, sem restringir fundamentalmente a liberdade⁵⁴⁶.

A norma não faz distinção entre contrato por tempo determinado ou por tempo indeterminado. Ela se preocupa com a ruptura abrupta de uma relação contratual estável. Isso, segundo Mazeaud, tem uma explicação também empírica. A norma anterior a esta, de 1996, falava em relações por tempo indeterminado e isso levou a um fenômeno curioso. Os contratos de distribuição passaram a ser celebrados com prazos curtos e algum tempo antes do vencimento desses prazos os contratantes notificavam suas contrapartes sobre sua intenção de não renovar e só então iniciavam as negociações para eventual renovação pelo próximo ano. Isso colocava os distribuidores em situação muito desvantajosa, pois não tinham nenhuma segurança acerca da continuidade da relação e acabavam se submetendo a condições menos favoráveis no contrato renovado.

⁵⁴⁵*Ob. cit.*, passim.

⁵⁴⁶*Ob. cit.*, p. 152.

É por essa razão que a norma foi alterada para não mais tratar de contratos por tempo indeterminado, passando a falar em ruptura brutal ou abrupta de relações jurídicas estáveis⁵⁴⁷.

A semelhança do desenvolvimento teórico dos conceitos e pressupostos da ruptura contratual abrupta na França e no Brasil é notável.

Na França, o desenvolvimento foi paulatino. Iniciou-se na doutrina, tomou a jurisprudência por mais de vinte anos e, depois, virou lei que contemplou uma posição doutrinária específica e refletiu as decisões da jurisprudência relacionada ao tema.

No Brasil deu-se o mesmo, com uma peculiaridade: embora a lei só tenha entrado em vigor em 2003, ela foi feita em 1973 e seu texto, no que tange à resilição unilateral, não foi alterado. É como se o Projeto de Código Civil tivesse adivinhado qual seria o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que se formaria nos trinta seguintes à sua confecção.

É por isso que a análise da norma francesa e das normas norte-americanas feita no tópico antecedente é importante para compreender a norma brasileira. As normas do direito estrangeiro são muito mais detalhadas e extensas porque elas, de fato, refletiram um processo de formação conceitual paulatino. As regras foram alteradas várias vezes nas últimas duas décadas para refletir exatamente a posição adotada pelos tribunais e para corrigir eventuais falhas de redação anterior⁵⁴⁸.

O texto brasileiro, embora reflita parcialmente o processo de formação conceitual pátrio, é muito mais conciso e não foi sendo alterado conforme a jurisprudência se deparava com novos problemas relativos ao tema

Sobre o art. 473, é-nos dado dizer que a compreensão histórica de seu ambiente de discussão e de criação é vital para bem extrair seu sentido. Como afirmávamos há pouco, Miguel Reale, ao introduzir o parágrafo único ao artigo antecipou uma tendência mundial, como bem demonstram o acima narrado a respeito das leis francesa e norte-americanas.

⁵⁴⁷ Adverte Mazeaud, entretanto, que o vencimento do prazo de um único contrato por tempo determinado não caracteriza a ruptura abrupta de uma relação estável, muito embora essa ruptura possa ser considerada abusiva haja vista as expectativas criadas antes ou durante a execução do contrato (*ob. cit.*, p. 153).

⁵⁴⁸ A confecção do gps, nesses casos, foi caprichada.

Isso tem uma consequência importante. O desenvolvimento, após 1973, dos debates mundo afora e também no Brasil a respeito da ruptura de contratos de longa duração deve ser levado em conta na hora de se extrair o conteúdo do art. 473 do Código Civil brasileiro. A norma não se renovou em seu texto, conservado intacto, mas renovou-se em seu espírito e em seu conteúdo ao longo desses mais de trinta anos⁵⁴⁹.

Sua leitura não pode ficar restrita ao pensamento de 1973. É preciso atualizar a norma sem necessariamente alterar o texto legal, procedimento típico da hermenêutica jurídica, como bem apontou Paulo de Barros de Carvalho⁵⁵⁰. Na França, optou-se por alterar a norma conforme o pensamento sobre o tema evoluía. Nos EUA também. Aqui, essa tarefa fica a cargo do intérprete, que preso ao texto legal, tem de interpretá-lo para adequá-lo à nova sistemática que se vai estabelecendo com o passar do tempo e o desenvolver da ciência. A atuação dos princípios contratuais aqui, portanto, é salutar.

A análise histórica nos revela ainda outro ponto relevante. O Código Civil preservou a redação do *caput* tal como sugerida por Caio Mário da Silva Pereira em 1963. Assim, a rescisão não é inerente a todo e qualquer contrato, sempre. Ela apenas tem lugar nas hipóteses em que a lei, implícita ou expressamente, permitir.

Fica claro que a rescisão unilateral não é uma forma ordinária de extinguir contratos. O Código foi restritivo ao prever suas hipóteses. Inverteu-se a lógica da autonomia privada. A regra não é a de que se pode rescindir sempre, exceto se for proibido (na linha: “o que não é proibido é permitido”). Mas de que não se deve rescindir nunca, exceto se for expressa ou implicitamente permitido (na linha: “o que não é expressa ou implicitamente permitido, é proibido”). De acordo com o texto do *caput* do art. 473, a rescisão unilateral é exceção e não regra⁵⁵¹.

Os casos expressos são aquele citado por Caio Mário (mandato) e outros como o art. 720 (agência e distribuição) e aqueles por nós referidos no item 7.1., *supra*.

⁵⁴⁹ O mapa que consta da base de dados do gps brasileiro é de 1973, mas o intérprete tem de usá-lo para navegar pelo cenário atual. Por isso, o gps sozinho não basta, é preciso de uma bússola para ajudar a conferir e melhor acertar o rumo a ser seguido.

⁵⁵⁰ *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 49.

⁵⁵¹ Nesse sentido: Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodor de Mello, *O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil, em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*, in RT825/48. Assim também o próprio Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil – Contratos*, v. III, 13ª ed. atualizada por Regis Fichtner, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 130).

Já os casos de autorização legal implícita são, por exemplo, os contratos por tempo indeterminado, considerando-se a vedação às relações contratuais eternas⁵⁵².

Cumpre a nós, agora, enfrentar o problema. A autorização legal implícita referida pelo art. 473, *caput*, restringe sua aplicação apenas aos contratos por tempo indeterminado? Ou é possível aplicá-lo também para contratos por tempo determinado?

Antônio Junqueira de Azevedo, em abalizado estudo sobre o assunto, em que se socorre de lições de autores de escol como Orlando Gomes e Pontes de Miranda, no Brasil; Bianca, na Itália; Luiz Díez-Picazo, na Espanha; Mário Júlio de Almeida da Costa, em Portugal; e Jaques Ghestin, Christofe Jamin e Marc Billiau, na França, conclui “que a denúncia dos contratos de duração determinada não é permitida; seria admissível somente se houvesse regra contratual expressa e inequívoca nesse sentido”⁵⁵³.

A prevalecer, portanto, a lição de que a rescisão unilateral só é admitida em contratos cuja lei expressamente a admita (mandato, depósito e comodato, por exemplo) e nos contratos por tempo indeterminado. O modo natural de extinção de contratos a prazo é o próprio decurso deste.

Todavia, não é de hoje que a doutrina vem percebendo alguns problemas típicos de contratos de duração indeterminada a ocorrer em contratos com prazo.

Paula Andréa Forgioni afirma, por exemplo, que “o prazo determinado não é uma oposição ‘natural’ da maioria dos contratos de distribuição (exceção feita aos períodos de experimentação, quando ambas as partes acordam um período de ‘teste do mercado’)”⁵⁵⁴. E prossegue dizendo haver três situações especiais em contratos por tempo determinado que merecem tratamento cuidadoso: (i) contratos celebrados formalmente por prazo determinado, mas que têm prazo indeterminado; (ii) existência de eventual abuso de direito de não-renovação e (iii) contratos celebrados por prazo determinado em que uma das partes é levada a crer em sua prorrogação além do termo contratado.

No primeiro e no terceiro casos, entende a autora que deve ser aplicado o art. 473 e seu parágrafo único, mesmo lendo-se no texto contratual cláusula prevendo prazo.

⁵⁵² Nesse sentido, por todos, confira-se Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. XXV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsó, 1972, p. 294).

⁵⁵³ (*Parecer*) *Contrato atípico, complexo, com elementos de contrato de know-how...*, cit., p. 151-154.

⁵⁵⁴ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 486.

Na primeira situação porque, embora o texto contratual reflita um contrato por tempo determinado, a situação de dependência econômica caracterizada entre distribuidor e fornecedor leva à conclusão de que aquele foi compelido por este a assinar contrato a prazo apenas para evitar a incidência do art. 473 à relação jurídica, na medida em que a verdadeira intenção das partes é o prolongamento do vínculo por tempo indefinido.

Valendo-se dos exemplos do contrato de trabalho e do contrato de representação comercial, em que a prática de estabelecimento de contratos a prazo foi coibida e desconsiderada pela legislação, Paula Andréa Forgioni afirma que a mesma lógica deve ser aplicada aos contratos de distribuição, por meio da incidência do art. 473⁵⁵⁵.

O argumento de fundo aqui é a percepção, pelo intérprete, da causa concreta daquele contrato. Se ele tiver, de fato, sido feito para durar, é preciso qualificá-lo corretamente, sob pena de impedir que o vínculo atinja suas funções individuais, econômicas e sociais. Em outras palavras, é preciso garantir a duração útil mínima deste contrato e também sua duração justa para cada uma das partes contratantes.

A autora também defende a aplicação do art. 473 para a terceira situação apontada por ela, qual seja, contratos de duração determinada em que um dos contratantes é levado a crer que haverá prorrogação do vínculo para além do prazo original.

Cita como exemplo um caso de contrato de distribuição com prazo de oito anos em que, no último ano de vigência, a fornecedora exige da distribuidora a realização de investimentos relevantes, criando a expectativa de prorrogação do vínculo⁵⁵⁶.

Pautada nas lições sobre prorrogação tácita de Orlando Gomes e Paulo Mota Pinto, ela conclui:

O ato do fornecedor que pretende romper a avença ao final do prazo originalmente estipulado consubstancia uma denúncia de contrato cuja vigência é, agora, indeterminada. Portanto, conforme disposto no art. 473, parágrafo único, o

⁵⁵⁵ *Contrato de Distribuição*, cit., p. 487-489.

⁵⁵⁶ Esse exemplo também é dado por Denis Mazeaud para justificar a aplicação do dispositivo da lei francesa (*ob. cit.*, p. 148).

fornecedor será obrigado a manter o fluxo de produtos durante o prazo ali mencionado⁵⁵⁷.

Para Paula Andréa Forgioni somente não se aplica o art. 473 ao caso de não-renovação do vínculo. Na opinião dela, a não renovação pode caracterizar abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, desde que o abuso reste indubitavelmente comprovado. Nesse caso, “a solução preferencial dada pelo ordenamento é a *indenização* pelos prejuízos causados pela não renovação do vínculo, e não a obrigação de contratação”⁵⁵⁸.

No que se refere aos “falsos contratos por tempo determinado” e aos contratos que têm cláusula de prazo modificada por comportamento concludente, como não poderia deixar de ser, concordamos expressamente com Paula Andréa Forgioni. Em ambos os casos os contratos sempre foram ou se transformaram em contratos por tempo indeterminado, o que leva à conclusão de que são unilateralmente resilíveis e, conseqüentemente, submetem-se ao art. 473.

Todavia, quanto a não-renovação, discordamos. Para nós, contratos renovados sucessivamente, por anos e anos a fio, desfiguram-se e se transformam em contratos por tempo indeterminado, em decorrência do processo de prolongamento que estabiliza a relação e a transmuda para um vínculo perene⁵⁵⁹.

Jaques Mestre afirma que tal conclusão é por demais perigosa para a própria parte mais fraca, como por exemplo, o distribuidor, pois permitirá ao fornecedor que renovou o contrato por inúmeras vezes denunciá-lo a qualquer tempo, sem respeito o termo final da última renovação, o que faria o tiro sair pela culatra, restando prejudicada justamente a parte que se queria beneficiar⁵⁶⁰.

Inicialmente, assevere-se que o argumento de Jaques Mestre, com o devido respeito, tem uma grave falha lógica. A intenção de uma parte ao não querer renovar um

⁵⁵⁷ Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit., p. 493.

⁵⁵⁸ *Idem*, ibidem (destaques no original).

⁵⁵⁹ Note-se que a norma francesa sobre resilição unilateral foi modificada justamente para contemplar essa situação em seu suporte fático. A expressão “ruptura de relação de duração indeterminada” foi substituída por “ruptura de relação estável” (Denis Mazeaud, *ob. cit.*, p. 153). A evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial naquele país levou a tal mudança na lei.

⁵⁶⁰ *Résiliation unilatérale et non renouvellement dans les contrats de distribution*, in *La Cessation des Relations Contractuelles D’Affaires: colloque de l’Institut de Droit des Affaires d’Aix-en-Provence*, 30-31 mai 2006, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 16.

contrato somente pode ser considerada ilícita (abusiva) se ficar provado que o contrato deveria ter durado mais tempo do que o originalmente pactuado.

Assim sendo, a qualificação do contrato como por tempo indeterminado levará, necessariamente, ao prolongamento de sua duração para além do termo final inicialmente avençado, nos termos do art. 442-6 I do *Code de Commerce*, na França, e do art. 473 do Código Civil, no Brasil.

A aplicação de tais dispositivos legais não obrigará a parte que se recusa a renovar o contrato a fazê-lo, como ocorreria se aplicássemos uma das várias leis norte-americanas que obrigam a renovação. Provocará apenas a prorrogação do vínculo por certo tempo (necessariamente mais longo que o prazo original), até que a parte dependente possa se adaptar à nova realidade.

Assim, nunca há risco de a parte mais fraca ser prejudicada com o fim abrupto do contrato, pois não bastarão apenas as renovações sucessivas para sua conversão em contrato por tempo indeterminado, mas será preciso demonstrar-se também que o encerramento do vínculo pela não renovação causará prejuízos consideráveis a uma das partes, prejuízos que poderiam ser evitados com o prolongamento da relação para além do prazo original.

Do mesmo modo, não há ofensa à liberdade de contratar, porque não se está obrigando ninguém a celebrar novo contrato (que é o que ocorre em caso de renovação – ver item 1.1.2., *supra*), mas apenas compelindo as partes a se manterem atreladas em um contrato que já existia e que foi livremente aceito por elas (que é o que ocorre em caso de prorrogação).

De fato, não há como obrigar uma parte a renovar um contrato sem que haja lei dispondo sobre isso (*e.g.* o art. 51 da Lei de Locações de Imóveis Urbanos, o art. 13 da Lei dos planos de saúde e as leis estaduais norte-americanas sobre contratos de *franchise*). O tolhimento da liberdade contratual é muito severo.

Da mesma forma, não se está prejudicando a parte contratual mais fraca, uma vez que a ela será dado tempo suficiente para se adaptar ao término do contrato. O que não ocorreria se se admitisse como lícita a não renovação do vínculo pela parte mais forte.

Não há nenhum problema em se prorrogar por certo tempo um vínculo contratual já existente, desde que emanem dos fatos concretos considerados provas

suficientes de que as renovações sucessivas criaram a expectativa de prolongamento do vínculo indefinidamente e desde que se façam presentes os requisitos do parágrafo único do art. 473 (prejuízos consideráveis).

O argumento de fundo dos julgados que determinam a manutenção de contratos de seguro saúde e seguro de vida com base na doutrina de Cláudia Lima Marques é exatamente esse. Todos os julgados afirmam que houve renovações sucessivas dos contratos deixando transparecer que o vínculo perduraria por tempo indeterminado. E todos os julgados afirmam que a cessação da relação contratual provocaria imenso prejuízo aos segurados, porque ou teriam de pagar muito caro para aderir a outro contrato ou, tendo em vista suas condições, não lhes seria possível obter nova cobertura.

Sob outra ótica, tais julgados estão dizendo que, pelas renovações sucessivas, o contrato desfigurou-se, transformando em relação por tempo indeterminado. E que foram feitos investimentos consideráveis feitos pelo consumidor que autorizam o prolongamento do contrato até sua amortização⁵⁶¹.

Nesse caso específico dos contratos de seguro, como em outros contratos cativos de longa duração, o investimento é tão alto que o contrato tem de ser prorrogado para além do prazo inicialmente proposto. Nos casos de seguro de vida, até a morte dos segurados.

O verbo é prorrogar e não renovar. As próprias decisões judiciais determinam que se mantenham inalteradas as condições contratuais, até a morte do segurado: trata-se, tecnicamente, de prorrogação e não de renovação.

Dessa forma, para nós, há três possibilidades de se aplicar o art. 473 a contratos aparentemente celebrados a prazo.

A primeira é a de contratos formalmente a prazo, mas materialmente celebrados para durar indefinidamente. A segunda é a de contratos a prazo renovados sucessivamente a ponto de tal renovação criar para uma das partes a expectativa de permanência do vínculo por tempo indeterminado e o desfazimento do vínculo no prazo combinado lhe causar prejuízos que poderiam ser evitados com a prorrogação da relação. A terceira é a de contratos a prazo em que o comportamento das partes no curso da

⁵⁶¹ Verdadeiros custos idiossincráticos representados pela perda da oportunidade de ter contratado com outra companhia seguradora ou por não se ter optado por um produto que permitisse o acúmulo e rendimento dos valores gastos até então, como um plano de previdência privada, por exemplo.

execução contratual revela a intenção de prolongamento do vínculo para além do termo final originalmente pactuado. Tais hipóteses, ao lado da dos contratos material e formalmente celebrados sem prazo e da dos contratos a prazo em que o próprio pacto ou a lei expressamente prevejam a possibilidade de denúncia, são aquelas em que é possível haver resilição, nos termos do art. 473 do Código Civil.

Falamos que esses contratos são, em tese, unilateralmente resilíveis. Mas para se determinar os efeitos da denúncia, ou seja, para se saber se a resilição extingue o contrato *ad nutum* ou fica sujeita a termo suspensivo é preciso olhar para o parágrafo único do art. 473⁵⁶².

Já escrevemos que o parágrafo único do art. 473 foi inserido no Código Civil para coibir o abuso de poder econômico. Esse dispositivo submete o ato de resilição (denúncia) a termo suspensivo. A denúncia é ineficaz e a extinção do vínculo não acontece antes de esgotado lapso temporal determinado.

Parece haver uníssono na doutrina a esse respeito⁵⁶³. Como escreve Nelson Rosenvald, ao comentar o dispositivo, “O parágrafo único do art. 473 suspende a eficácia da resilição unilateral nas hipóteses em que uma das partes tenha feito investimentos consideráveis por acreditar na estabilidade da relação contratual”⁵⁶⁴.

Para Paula Andréa Forgioni,

Na prática, isso significa que o contrato continuará irradiando sua eficácia plena até o escoamento de tal prazo. As partes permanecem vinculadas ao cumprimento das obrigações avençadas e, conseqüentemente, o fabricante não poderá parar de fornecer os bens para que o distribuidor os revenda. O Código impõe obrigação de realizar as vendas na forma estabelecida no contrato de distribuição denunciado até o transcurso do *prazo razoável* mencionado no parágrafo único do art. 473; conseqüentemente, o distribuidor tem direito ao fornecimento.

⁵⁶² Se forem os casos de resilição expressamente previstos na lei ou no contrato, há que olhar para a lei que previu essa hipótese ou para o texto contratual.

⁵⁶³ Muito embora não se dê o mesmo na jurisprudência, em que a 3ª Turma do STJ firmou entendimento, posterior à entrada em vigor do Código Civil em 2002, de que a relação se extingue desde logo, cabendo apenas as perdas e danos (v. itens 6.3. e 6.4., *supra*). Na doutrina, contra, ver Leonardo Sperb Paola, *ob. cit.*, p. 204-206. Todavia, a obra foi escrita antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

⁵⁶⁴ Cezar Peluso [coord.], *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, 3ª ed., Barueri, Manole, 2009, p. 507.

Fixamos, destarte, uma primeira conclusão: o contrato continua em pleno vigor até a denúncia poder produzir seus efeitos, isto é, até o decurso do prazo razoável do parágrafo único do art. 473.

É por isso que discordamos de Paula Forgioni e Leonardo Sperb de Paola quando eles afirmam que nos casos de não renovação abusiva a solução primária é a indenização e não a manutenção forçada do vínculo. Como entendemos aplicável a este caso o art. 473, qualificamos o ato de comunicação da intenção de não renovar como denúncia cujos efeitos ficarão suspensos até que termine o período de paciência determinado pelo parágrafo único daquele dispositivo legal.

O texto do parágrafo único é o seguinte: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Não há espaço para dúvida, a norma afirma textualmente que a denúncia somente produzirá efeito após o transcurso de prazo compatível com a natureza e vulto dos investimentos consideráveis, feitos pela outra parte, para a execução do contrato, em virtude da natureza dele.

É preciso entender, então, o que significam esses investimentos consideráveis, feitos pela outra parte, para a execução do contrato, em virtude da natureza dele. Pois é de acordo com a natureza e o vulto desses mesmos investimentos que se definirá a duração do prazo pelo qual a denúncia não produzirá efeitos.

A lei faz referência à natureza do contrato. Que natureza é essa? Refere-se ao fato de o contrato ter prazo determinado ou indeterminado? Não nos parece. A questão acerca de o contrato ter ou não prazo está no *caput*, ao se prescrever que a rescisão pode se dar se implicitamente permitida pela lei. O legislador não repetiu a fórmula do *caput* no parágrafo único. Isso não faria sentido.

Ao se referir à natureza do contrato, a norma quer mencionar a classificação dos contratos em contratos de longa duração *stricto sensu*, tais como os definimos no item 3.5., *supra*⁵⁶⁵. Se o contrato é verdadeiramente de longa duração, a ele se aplica a regra. Se não é, a denúncia pode se dar a qualquer tempo.

⁵⁶⁵ Nesse mesmo sentido, Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit., p. 472-473.

Além de ser de longa duração, é preciso que tenha havido investimentos consideráveis pelo contratante denunciado.

O que são investimentos consideráveis?

Investimentos consideráveis são comprometimentos patrimoniais feitos por uma das partes contratuais em nível suficiente para colocá-la em posição de dependência econômica em relação ao próprio contrato ou à outra parte, haja vista que o término do contrato transformará o custo de tais investimentos em prejuízos a serem assumidos exclusivamente pela parte dependente⁵⁶⁶. A diferença entre investimento e custo é que do primeiro espera-se alguma espécie de retorno, ao passo que no segundo, não.

Considerando a natureza dos investimentos, Paula Andréa Forgioni os divide em dois: (i) recuperáveis e (ii) irrecuperáveis. Ambos relacionados especificamente à execução daquele contrato determinado⁵⁶⁷. Logo, se o investimento do contratante agrega eficiência para que ele cumpra outros contratos que não o denunciado, esse montante não deverá ser levado em conta na determinação do prazo de ineficácia da denúncia.

Para a autora, são investimentos recuperáveis “aqueles que, como o próprio nome indica, podem ser *recuperados* pelo agente econômico, seja, por exemplo, mediante (i) a venda de bens adquiridos para a execução do contrato, após sua extinção ou (ii) o redirecionamento de suas atividades comerciais”⁵⁶⁸. Pensando na classificação contábil e para que fique mais fácil a compreensão do conceito: são os investimentos que dão origem a ativos contabilizados na conta “ativo circulante” do balanço.

Já os custos irrecuperáveis “(também conhecidos como *sunk costs*) são aqueles cujo ‘gasto é irreversível’, pois a extinção do contrato de distribuição acarretará sua perda”⁵⁶⁹. Aqui a autora dá como exemplos os gastos realizados com a promoção de produtos do fabricante, ativos específicos adquiridos, gastos com treinamento de pessoal etc. Ou seja, investimentos que dão origem a ativos contabilizados na conta “ativo imobilizado”.

⁵⁶⁶ Isto é, que colocam a parte em uma situação que se o contrato acabar de uma hora para a outra a ela serão transferidos custos de transação muito altos, comprometendo sobremaneira o sinalagma funcional da avença no exato momento em que ela terminaria.

⁵⁶⁷ “(...) esses investimentos correspondem a custos, denominados *custos idiossincráticos*, ou seja, *aqueles concernentes a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes consequências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a transação*” (Paula Andréa Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit., p. 472, destaques do original).

⁵⁶⁸ Idem, p. 473.

⁵⁶⁹ Idem, *ibidem*.

Concluindo, afirma Paula Andréa Forgioni, que o objetivo do parágrafo único do art. 473 é permitir a amortização do valor dos investimentos irrecuperáveis, bem como garantir ao contratante denunciado lapso temporal suficiente para, a partir da denúncia, “recuperar os investimentos recuperáveis”, seja vendendo o estoque remanescente ou redirecionando a atividade empresarial, por exemplo. O objetivo é impedir que os investimentos se transformem em prejuízo.

As palavras da autora vêm ao encontro do que temos exposto e defendido aqui quanto às durações útil e justa do contrato (v. item 4.2.4., *supra*). Investimentos irrecuperáveis tem mais que ver com a duração útil do contrato. Tais investimentos fazem parte da causa concreta do contrato (sem eles, o contratante não estará apto a executar a avença), tanto que, no mais das vezes, são impostos pelo contratante mais forte. Para que o contrato agregue utilidade à sociedade na qual ele se insere, é preciso que tais investimentos sejam feitos. A razão que leva o contratante a fazer tais investimentos é a segurança de que o contrato durará tempo suficiente para permitir a amortização destes custos. Daí porque se garantir uma duração mínima à avença, pois são investimentos “a fundo perdido” cujo retorno não será direto.

Investimentos recuperáveis são mais próximos do conceito de duração justa. Estes não se relacionam tão proximamente com a causa contratual concreta. Mas colocam o contratante em posição de dependência econômica. É preciso que o contrato dure um pouco mais para permitir ao contratante dependente recuperar os valores investidos para mantê-lo funcionando. Os investimentos recuperáveis são custos do dia-a-dia contratual. Esses custos são antecipados pelo contratante dependente com a expectativa de recuperá-los em um futuro não muito distante. Interromper essa corrente antes da recuperação atenta contra a duração justa do contrato.

Paula Andréa Forgioni não esconde, contudo, certa preocupação com a aplicação deste artigo para os contratos empresariais. Segunda ela, a proteção normativa não pode servir de guarida à incompetência ou aos erros de cálculos dos empresários. Erros de cálculos, inexperiência, incompetência na tomada de decisões, tudo isso faz parte da álea ordinária do contrato empresarial. Quem os comete há de pagar por isso⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ “(...) para fins de determinação do ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’ realizados pelo distribuidor, durante o qual o vínculo contratual perdurará mesmo após a notificação da denúncia, é preciso que sejam considerados os resultados da atividade econômica por ele empreendida. Não se trata de garantir ao revendedor, pura e simplesmente, o retorno integral do numerário investido, mas sim

O que a lei quer coibir, como asseverou Miguel Reale em 1973, é o abuso de poder econômico. Isso é álea contratual extraordinária. Valendo-nos de pensamento muito bem esclarecido por Kleber Luiz Zanchim em suas aulas sobre o princípio do equilíbrio contratual na pós-graduação em Direito Contratual da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, a álea contratual pode ser medida por uma régua dividida ao meio. À esquerda está a álea ordinária e à direita, a álea extraordinária.

A figura ajuda a melhor compreender o que queremos dizer⁵⁷¹:

Quanto maior é a dependência econômica de um contratante em relação ao outro, maior é o espaço da álea extraordinária na régua, deslocando-se o divisor de áleas para a esquerda. Isso é definido em lei quando se pensa em relação de consumo. A presunção de hipossuficiência do consumidor desloca e muito a régua contratual para a esquerda, restando um pequeno espaço de álea ordinária e um grande espaço de álea extraordinária.

Traduzindo-se o raciocínio para a problemática da aplicação do art. 473, parágrafo único, nos contratos empresariais, quanto maior for a dependência econômica na relação jurídico-contratual considerada, maior será a “margem de erro” do contratante dependente, isto é, maior é a possibilidade de os investimentos recuperáveis e

evitar que a denúncia imotivada do fornecedor cause-lhe prejuízos não relacionados à álea normal do negócio” (Idem, p. 476).

⁵⁷¹ A figura foi extraída de material didático elaborado por Kleber Luiz Zanchim para o curso de pós-graduação em Direito Contratual da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a ser aplicado na rede conveniada. O material foi elaborado em 25.09.2008.

irrecuperáveis não amortizados ou recuperados no momento da denúncia do contrato serem considerados custos decorrentes de álea contratual extraordinária e, assim, serem computados na fixação do tempo mínimo até que a denúncia produza seus efeitos.

É isso o que define a expressão “natureza dos investimentos” presente na lei. Apenas aqueles relacionados à álea extraordinária do contrato é que serão considerados. A dependência econômica influencia aqui, pois quanto maior ela for, maior será o espectro de álea extraordinária do contrato, o que significa que um maior número de investimentos serão levados em conta para fixação do prazo de prorrogação forçada do contrato.

Uma vez definidos quais são os investimentos que, por sua natureza serão considerados, deve-se apurar seu valor para preencher a expressão legal “vulto dos investimentos”. Pequenos prejuízos levam a prazos curtos. Altos investimentos que se transformam em custos não amortizados ou não recuperados na data da denúncia contratual culminam em prazos mais longos.

A natureza dos investimentos tem que ver com o aspecto qualitativo da análise a ser feita. O vulto destes investimentos é o aspecto quantitativo dessa análise.

O procedimento para se saber quais são e qual é o valor dos investimentos consideráveis, portanto, tem três passos. Primeiramente, devem-se separar os investimentos feitos exclusivamente em razão do contrato denunciado. Feito isso, deve-se desprezar aqueles feitos em razão da álea ordinária do negócio, ou seja, aqueles cuja perda ou não recuperação é considerada risco esperado do contrato. Restarão apenas os investimentos recuperáveis ou irrecuperáveis cuja perda ou não amortização será considerada álea extraordinária, ou seja, risco não esperado. O último passo é somar o valor desses investimentos (feitos exclusivamente para o contrato denunciado e cuja perda ou não recuperação revela risco não que não deveria ser assumido pelo contratante denunciado). Ao final, estabelecer-se-á o que a lei chama de investimentos consideráveis, em seu aspecto qualitativo e quantitativo.

Chegando-se a esse valor, deve-se calcular o tempo necessário para que, sob a égide do contrato denunciado, esses investimentos consideráveis gerem retorno, ou seja,

sejam amortizados ou recuperados⁵⁷². Este tempo é o prazo pelo qual a denúncia não deverá produzir efeitos e o contrato deverá ser mantido em vigor mesmo contra a vontade da parte denunciante.

É possível fazer esse mesmo raciocínio em se tratando de contratos de consumo.

Tome-se o contrato de fornecimento de sinal de televisão à cabo, por exemplo. É preciso dar ao consumidor certo tempo para que ele não perca o investimento recuperável feito (o pagamento das mensalidades, por exemplo) e para que ele não tenha de arcar sozinho com o investimento irrecuperável (a compra de um conversor de sinal de televisão, por exemplo). A dependência econômica aqui dependerá da existência ou não de outra empresa disposta a fornecer serviço sucedâneo. Se houver, a dependência será menor. Da mesma forma, o custo de aquisição do conversor de sinal somente entrará na conta se ele não puder ser utilizado para receber o sinal da nova empresa, pois se ele puder ser empregado para este fim, não se estará mais falando de custo considerável, pois amortizável.

Esse mesmo raciocínio ganha contornos ainda mais reveladores quando o transpomos para os contratos de consumo de seguro de vida. Diferentemente do contrato de sinal de televisão a cabo, o investimento aqui não é de natureza estritamente pecuniária. Ele é composto pela perda de outras opções de contrato semelhante, pela passagem do tempo, pelo envelhecimento do segurado, pelo maior risco de morte em decorrência disso. Tudo isso é investimento(escolhas recuperáveis ou irrecuperáveis, amortizáveis ou não amortizáveis) que será transformado em custo (prejuízo) a ser assumido exclusivamente pelo consumidor se o contrato for extinto naquele momento.

Como se está tratando de relação de consumo, é sempre necessário ter em conta que o espectro de álea extraordinária é grande, de modo que muitos custos (investimentos) serão considerados.

O objetivo do parágrafo único do art. 473 do Código Civil é justamente impedir essa causação de prejuízos e ele o faz mediante o prolongamento do vínculo até

⁵⁷² Em outras palavras, o tempo necessário para impedir que os custos assumidos para a realização de tais investimentos não se transformem em prejuízos assumidos exclusivamente pela parte que os fez em caso de extinção do vínculo contratual.

que os custos a serem assumidos ao término da relação, pela parte denunciada, sejam aceitáveis. Essa é a medida do prazo razoável a que a lei faz referência.

Nos contratos empresariais e nos contratos de consumo envolvendo custos estritamente pecuniários, os prazos do parágrafo único são mais curtos, pois em algum tempo de contrato espera-se que tais custos sejam recuperados ou amortizados. Já nos contratos de consumo cujo objeto tem ares de essencialidade, como nos seguros de vida e de saúde, por exemplo, os prazos tendem a ser mais longos, pois pode ser que por mais que se prolongue o contrato nunca os custos decorrentes de sua extinção, a serem assumidos pelo consumidor, atingirão patamar aceitável. As escolhas feitas pelo consumidor são investimentos dele naquele contrato. O término abrupto do contrato transforma esses investimentos em custos transferidos a ele, ou seja, em prejuízo.

É isso que justifica a decisão da prorrogação de determinados contratos de consumo pelo tempo em que o consumidor viver. É isso, em última análise, que gera a catividade de alguns contratos de longa duração. Contratos são cativos porque a cada dia que o consumidor permanece vinculado ao fornecedor ele investe mais e mais naquela relação (simplesmente por escolher não sair dela enquanto há tempo), chegando-se, em determinado momento, a um ponto sem volta, após o qual o tempo necessário de prorrogação forçada do contrato para permitir amortizar e recuperar esses investimentos feitos é maior do que o tempo de vida que resta ao consumidor.

Nesses casos, solução não há que o prolongamento do vínculo até a morte da parte economicamente dependente. Os contratos são tão cativos quanto maior o tempo que tenham durado e quanto mais opções equivalentes tenham sido deixadas de lado pela parte mais fraca por acreditar de boa-fé no prolongamento daquele vínculo.

Em resumo, portanto, temos o seguinte:

- (i) O art. 473 é resultado de um processo legislativo iniciado em 1965, retomado em 1972 e cuja aprovação só se deu em 2001. A despeito de seu texto ser, portanto, antigo, sua interpretação tem de acompanhar a evolução do pensamento jurídico no Brasil e no mundo havida nos últimos trinta e oito anos;
- (ii) Prevê o dispositivo que resilição unilateral é exceção. Dessa forma, ele se aplicaria, em tese, somente aos contratos por tempo indeterminado;

- (iii) Todavia, há três hipóteses em que os contratos por tempo determinado permitem a aplicação do art. 473. São elas:
 - (a) contratos formalmente celebrados a prazo mas materialmente feitos com a intenção de prolongamento por tempo indeterminado;
 - (b) contratos renovados sucessivamente inúmeras vezes e por longo período, a ponto de produzir uma estabilidade duradoura na relação a perdurar por tempo indefinido; e
 - (c) contratos com prazo originalmente fixado pelas partes que, por conta de comportamento concludente das partes, revelam a geração de legítimas expectativas de prolongamento da relação para além do termo inicialmente pactuado;
- (iv) O exercício da denúncia é livre, podendo ser feito a qualquer tempo. Todavia, em se tratando de contrato de longa duração *stricto sensu*, seus efeitos poderão ficar sujeitos a termo suspensivo, de modo que o contrato continuará em pleno vigor até o implemento deste termo;
- (v) A determinação do tempo de duração do termo suspensivo está atrelada à natureza e ao vulto dos investimentos consideráveis feitos pela parte denunciada em razão do contrato denunciado;
- (vi) São consideráveis os investimentos exclusivamente relacionados ao contrato denunciado, que se dividem em investimentos irrecuperáveis (a serem amortizados pela duração do contrato – ativo imobilizado) e investimento recuperáveis (responsáveis pela geração de ganhos de curto e médio prazo – ativo circulante);
- (vii) Tais investimentos têm um aspecto qualitativo e um aspecto quantitativo. Quanto ao aspecto quantitativo (“natureza”), apenas os investimentos cuja impossibilidade de recuperação ou amortização decorrente do término da relação contratual seja considerada risco não assumível pela parte contratante entram na conta. A soma de tais investimentos revela o aspecto quantitativo (“vulto”) dos investimentos consideráveis;

- (viii) A dependência econômica da parte denunciada em relação a parte denunciante é o parâmetro de aferição de quais investimentos serão qualitativamente eleitos consideráveis. Quanto maior for a dependência econômica presente no contrato, maior será o espectro de álea contratual extraordinária da parte dependente, o que significa que mais investimentos não recuperados ou não amortizados por ela no momento da denúncia do contrato serão qualificados como consideráveis;
- (ix) Para determinar o tempo pelo qual deverá durar o termo suspensivo dos efeitos da denúncia contratual, deve-se pegar o valor dos investimentos consideráveis e calcular em quanto tempo de duração do contrato seria normalmente possível recuperá-los ou amortizá-los (“prazo razoável”). Esse será o tempo pelo qual o contrato deverá ser mantido em pleno vigor a despeito da denúncia manifestada por uma das partes;
- (x) O art. 473 e seu parágrafo único se aplicam tanto a contratos empresariais, como a contratos civis e de consumo. Nos contratos empresariais, civis e de consumo que tenham objeto não essencial, o tempo de duração do termo suspensivo dos efeitos da denúncia unilateral é menor. Nos contratos de consumo que tenham objeto essencial como (seguros de saúde e de vida), o tempo de prorrogação forçada do contrato tende a ser maior, podendo chegar ao tempo de vida do consumidor, se se concluir que não será possível obter, mediante prolongamento do vínculo, a amortização e recuperação dos investimentos feitos, antes da morte do contratante dependente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A) Pressupostos e conteúdo do direito de prorrogação de contratos de longa duração a prazo

No curso do longo caminho até aqui percorrido, em que passamos pelos aspectos teóricos e práticos relativos ao tema da prorrogação compulsória de contratos a prazo e dos pressupostos para sua ocorrência, nossas conclusões parciais foram sendo deixadas para guiar o leitor e permitir que ele, assim, como nós, chegasse até aqui já sabendo onde iremos chegar.

Para finalizar este trabalho, portanto, cumpre-nos reunir nossas conclusões parciais de forma sintética de modo a apresentarmos os pressupostos ensejadores da prorrogação compulsória de contratos a prazo. Colocaremos as conclusões resumidas nas letras “A” a “H” colocadas a seguir. Abaixo de cada letra, breves linhas delinearão o conteúdo de cada uma das conclusões.

Uma vez feito isso, para demonstrar a utilidade do trabalho, aplicaremos nossas conclusões para resolvermos os três casos concretos que nos despertaram para a importância desse tema e nos levaram a aceitar o desafio de enfrentá-lo.

I. Somente são passíveis de prorrogação compulsória os contratos de longa duração *stricto sensu*

Consideram-se contratos cativos de longa duração *stricto sensu* os contratos que tem por causa típica a satisfação de um interesse durável. O que os diferencia dos demais contratos que se prolongam no tempo é o fato de que, nesta categoria contratual, a duração lhes agrega utilidade de modo que são tão mais úteis quanto mais tempo durarem. Justamente por isso, esses contratos têm a peculiaridade de não se extinguirem com o adimplemento da obrigação principal.

Quanto a seu aspecto estrutural, tais contratos têm um regime jurídico diferenciado dos contratos descontínuos, orientado pela flexibilidade (decorrente de sua incompletude) e pela tendência de preservação (colaboração e confiança), em que a formação é constante pois o contrato nasce incompleto e vai se preenchendo ao longo da execução.

Uma relevante classificação dos contratos de longa duração *stricto sensu* diz respeito a sua duração, se ela é determinada ou indeterminada. A importância dessa

classificação se dá principalmente pelos diferentes modos de extinção de uma espécie e de outra. O modo de extinção ordinário dos contratos de duração determinada é o implemento de seu termo final. O modo de extinção ordinário dos contratos de duração indeterminada é a resilição unilateral operada mediante denúncia de uma parte notificada à outra. Essa diferenciação de espécies empresta fundamentos diferentes à prorrogação compulsória dos vínculos, num caso e noutro.

Nota-se nos contratos de longa duração um fenômeno peculiar, que é a exacerbação da situação de dependência econômica de uma parte em relação a outra, possibilitando à parte não dependente o exercício abusivo de posições contratuais vantajosas, de modo a impor injustos prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial à parte dependente. Isso se é facilmente perceptível na extinção dos contratos de longa duração e é mais acentuado em relações de consumo.

É justamente por serem feitos para durar, por estarem em constante formação, por terem modos diferentes de extinção do vínculo em caso de haver ou não prazo previsto para tanto e por darem ensejo mais facilmente a relações de acentuada dependência econômica que apenas os contratos de longa duração *stricto sensu* são passíveis de prorrogação compulsória.

II. Para que atendam a sua função, os contratos de longa duração devem ter sua duração útil e sua duração justa preservada, o que autoriza sua prorrogação compulsória

A duração útil do contrato de longa duração é aquela mínima para que ele produza os benefícios sociais e econômicos que dele são esperados. Ela se afere pela interseção das curvas de utilidade marginal dos contratantes. Em contratos de longa duração bilaterais, a curva de utilidade marginal de um dos contratantes começará bem alta e tenderá a terminar próxima de zero, ao passo que a curva do outro contratante iniciará próxima de zero e finalizará tendendo ao infinito. O contrato que é interrompido antes do ponto de cruzamento dessas duas curvas no tempo é um contrato que não atingiu sua duração útil ótima. O não atingimento da duração útil do contrato atrelado a uma situação de dependência econômica pré-contratual acentuada é capaz de autorizar a prorrogação compulsória do contrato.

Mas além de atender a objetivos sociais e econômicos gerais, o contrato atende também a objetivos individuais dos contratantes. Nos contratos de longa duração, para que esses objetivos sejam plenamente atingidos a duração justa do contrato, na perspectiva de cada uma das partes, tem de ser preservada, sob pena de serem transferidos a um contratante, em decorrência da extinção abrupta da relação contratual, custos excessivos capazes de impactar no sinalagma funcional da avença.

A duração justa de um contrato é a soma das razões entre este custo ou prejuízo decorrente do término do contrato (“c”) e as vantagens auferidas pelo contratante ao longo da execução do contrato (“v”) e o ganho de eficiência que o outro contratante terá com o fim do vínculo (“g”), culminando na seguinte representação matemática: Se $\frac{c}{v} + \frac{c}{g} > 1$ = duração justa; se $\frac{c}{v} + \frac{c}{g} < 1$ = duração injusta.

O fato de o resultado apontar para duração injusta é um dos fatores autorizadores da prorrogação compulsória do contrato.

III. A incompletude estrutural e a constante formação dos contratos de longa duração permitem que as partes alterem a classificação do contrato de duração determinada para duração indeterminada mediante comportamentos concludentes

A atuação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de longa duração é mais intensa do que em outros contratos, pois o tempo pelo qual as partes interagem ao longo da vigência do contrato é longo, permitindo adaptações, correções e complementações do pacto. Por isso mesmo que o nível de lealdade contratual também é mais elevado.

Decorrencia disso é que a atuação do princípio da boa-fé objetiva torna possível a repactuação da cláusula de duração do contrato mediante simples comportamento. Tal comportamento precisa fazer surgir na contraparte legítima expectativa de que a cláusula de prazo contratual mudou.

A expectativa só será legítima se o homem médio (eis o critério objetivo de boa-fé), se colocado no lugar da parte afetada pelo comportamento concludente, também

confiaria na conduta da outra parte como reveladora da alteração da cláusula de fixação do termo contratual, haja vista as circunstâncias do caso.

Havendo a repactuação a reclassificação do contrato, pode ser que haja também alteração da duração justa do contrato, o que ensejaria a prorrogação compulsória do vínculo contratual.

IV. A dependência econômica é o parâmetro de aferição da abusividade da conduta parte ao se recusar a prolongar voluntariamente a relação contratual inicialmente dotada de prazo

A dependência econômica, por ser uma circunstância negocial relevante, implica no deslocamento do ponto de relevância hermenêutico para o contratante dependente.

A consequência direta disso é o aumento da “margem de erro” da parte dependente no que diz respeito à fixação inicial do prazo contratual ou na realização de investimentos consideráveis para a execução do contrato.

Dessa forma, quanto maior for a dependência econômica de um contratante, maior será a possibilidade de se concluir que ele “errou” (foi forçado) na determinação do prazo, que está aquém da duração útil do contrato, o que enseja a prorrogação compulsória da relação jurídica contratual.

De outra banda, quanto maior for a dependência econômica, maior será a gama de investimentos a compor a conta custos não assumíveis pela parte dependente por conta da extinção do vínculo, pois se considerará que a parte “foi levada a erro” (foi forçada) na realização daquele investimento, porque não poderia esperar que o contrato acabasse antes de sua recuperação ou amortização, o que permite a prorrogação compulsória do contrato para preservação de sua duração justa para parte dependente.

V. A realidade demonstra que os contratos estão mais flexíveis, mais longos e que o comportamento das partes está mais distante do texto contratual

As premissas teóricas que fixamos na primeira parte do trabalho, relativas à flexibilidade, à maior duração e à distância que vai se criando entre o texto dos contratos de longa duração foram satisfatoriamente confirmadas pelo levantamento estatístico que fizemos na sondagem de opinião de setenta e dois advogados que trabalham e estudam contratos.

Isso significa que além de estarmos amparados teoricamente, nossa tese terá aplicação prática, pois o problema que nos propomos a resolver efetivamente ocorre no dia-a-dia contratual.

VI. A jurisprudência tende a permitir a prorrogação compulsória do contrato em situações em se veem claramente a dependência econômica, a repactuação do tempo do contrato mediante comportamento e causação de prejuízos excessivos a uma das partes em decorrência das expectativas geradas pela repactuação do termo final do vínculo

Para o julgador, a existência de dependência econômica é fator decisivo para permitir a prorrogação de contratos a prazo. Por isso permite-se a prorrogação vitalícia de contratos de seguro de vida e de seguro saúde.

Do mesmo modo, em casos em que fica clara a repactuação da cláusula de duração do contrato mediante comportamento concludente das partes, embora em menor grau, a jurisprudência também autoriza a prorrogação compulsória, desde que concorra com a repactuação investimento da parte na execução do contrato.

O fato de a prorrogação compulsória se dar mais facilmente nos contratos de consumo que nos contratos empresariais decorre do próprio CDC, que criou a presunção de que o consumidor é hipossuficiente, isto é, economicamente dependente do fornecedor, razão pela qual os custos que lhe seriam impostos pela extinção abrupta do contrato são

mais facilmente considerados como inaceitáveis ou excessivos, levando à decisão de prorrogação forçada do vínculo.

Já nos contratos empresariais, a presunção de que não há dependência econômica leva o Poder Judiciário a ter mais dificuldade em prorrogar contratos compulsoriamente, pois o juiz tende a considerar os custos decorrentes do término do negócio como aceitáveis ou inerentes ao risco da atividade empresarial.

VII. As leis específicas que tutelam o prolongamento forçado dos contratos e também o próprio artigo 473 do CC nada mais são que expedientes normativos voltados a dar parâmetros mais palpáveis ao intérprete para que ele enxergue os pressupostos mediante os quais a atuação dos novos princípios contratuais levam à prorrogação compulsória dos vínculos originalmente pactuados com prazo

Tento em vista a dificuldade e a subjetividade para se considerar como aceitáveis ou não os custos que são impostos a um contratante ao término de uma relação contratual de longa duração *stricto sensu*, foram editadas inúmeras leis prevendo requisitos mais determinados e facilmente aferíveis para autorizar o prolongamento compulsório dos vínculos, seja mediante a fixação de prazos mínimos de duração, seja mediante renovações forçadas ou estabelecimento de prazos de avisos prévios.

O art. 473 do Código Civil é o produto final desse fenômeno legislativo, na medida em que ultrapassa os limites das espécies contratuais isoladamente consideradas e cria uma norma geral autorizadora da prorrogação compulsória de vínculos contratuais de longa duração.

VIII. São pressupostos autorizadores da prorrogação compulsória dos contratos a prazo (i) ser o contrato da categoria dos de longa duração *stricto sensu*, (ii) haver investimentos consideráveis em volume suficiente, (iii) dependência econômica e (iv) repactuação da duração do contrato por comportamento concludente, sendo que ao menos três deles devem ocorrer em conjunto para que seja possível o prolongamento forçado da relação jurídico-contratual.

São quatro as hipóteses em que é possível a prorrogação compulsória de contratos a prazo, a prolongar-lhes a vigência para além do termo final inicialmente pactuado. Em todas, é preciso que os contratos sejam de longa duração *stricto sensu*:

1. contratos feitos originalmente com prazo curto para atender a função cuja duração útil mínima é superior a esse prazo;
2. contratos formalmente celebrados a prazo mas que, na verdade, foram feitos com a intenção de durar indefinidamente;
3. contratos renovados sucessivamente por muito tempo a ponto de gerar expectativa de duração por tempo indeterminado a pelo menos uma das partes; e
4. contratos originalmente celebrados a prazo mas que são convertidos em contratos de duração indeterminada pelo comportamento concludente das partes.

O primeiro caso é o único que não se resolve pela aplicação do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. Isso porque nesse caso não há transfiguração do contrato inicialmente celebrado a prazo em contrato por tempo indeterminado.

Nesse caso, uma das partes leva outra parte a contratar em prazo inferior ao tempo mínimo necessário à consecução do objetivo contratual concreto, ou seja, ao atendimento da própria função do contrato, por conta de seu poder econômico que implica na correspondente dependência econômica pré-contratual da outra parte.

Para que seja possível a prorrogação compulsória do contrato não basta que o contrato tenha sido feito em prazo inferior à sua duração útil simplesmente, pois levaria, apenas, à ineficácia do vínculo por desatendimento ao princípio da função social.

É preciso que haja necessidade de preservação da duração justa do contrato, o que somente ocorrerá se a parte dependente tiver sido levada pela parte dominante a, antes mesmo da conclusão do negócio, fazer investimentos tais que o prazo inicialmente pactuado se mostre, desde logo, insuficiente para a amortização ou recuperação desses investimentos.

A dependência econômica pré-contratual aqui é muito relevante porque ela será a única justificativa capaz de explicar a aceitação de tal contrato pela parte dependente. Se não houver dependência econômica pré-contratual, não há que se falar em prorrogação compulsória do vínculo, pois terá ocorrido, no máximo, erro de cálculo de uma das partes.

Nesse primeiro caso, portanto, é preciso que haja pactuação de prazo inferior à duração útil e à duração justa da avença, dependência econômica pré-contratual e investimentos da parte dependente cuja amortização ou recuperação não seja possível no prazo inicialmente pactuado. Presentes os quatro pressupostos, pode se dar a prorrogação compulsória do vínculo.

Nos outros três casos, há aplicação do art. 473 do Código Civil, porque os contratos transformam-se em contratos por tempo indeterminado. Se há aplicação do parágrafo único do art. 473, é preciso que haja investimentos consideráveis pela parte denunciada. Esse pressuposto é comum a todos os três casos.

No segundo caso, além dos investimentos, é preciso que haja dependência econômica da parte denunciada, que pode ser pré-contratual ou não. Isso porque somente a dependência econômica é capaz de justificar o fato de uma parte realizar investimentos em um contrato que tem prazo final estabelecido, sabendo ou devendo saber que o tempo restante pactuado no contrato não é suficiente para permitir a completa amortização ou recuperação destes investimentos.

No terceiro caso é preciso que haja investimentos consideráveis em vulto suficiente a provocar a necessidade de prolongamento do contrato para além do prazo pactuado na última renovação e também é preciso que das circunstâncias se infira que o próprio ato de sucessivas renovações possa ser interpretado como comportamento

concludente das partes a revelar a intenção de transformar o contrato em por tempo indeterminado. A presença do pressuposto da dependência econômica aqui não é imprescindível, embora facilite em muito a ocorrência da hipótese, na medida em que aumenta a gama de investimentos a serem qualificados como consideráveis.

Por último, no quarto caso, é preciso que comportamento concludente das partes a revelar a intenção de alterar a cláusula de fixação da duração contratual e que haja investimentos consideráveis de uma das partes, em montante suficiente para permitir o prolongamento do vínculo para além de seu prazo inicialmente pactuado. Aqui também não é preciso que haja dependência econômica, muito embora sua presença seja grande facilitadora da ocorrência da hipótese, haja vista que ela influencia na qualificação dos investimentos como consideráveis.

Em resumo, portanto, temos dois grupos de duas hipóteses cada em que é possível haver a prorrogação compulsória dos vínculos contratuais inicialmente pactuados a prazo. Em todos os casos, o que justifica a prorrogação da avença é a preservação da duração justa do contrato. É por isso que o investimento de uma das partes é sempre necessário.

Nos dois primeiros casos, o prazo inicialmente pactuado não condiz com a causa do contrato, isto é, o prazo é curto para a consecução do objetivo a que se propõe o contrato, razão pela qual o término do contrato no termo inicialmente pactuado ensejaria violação de sua duração justa. O que justifica a aceitação de tais contratos pelas partes que nele investiram correndo o risco de não recuperar ou amortizar esses investimentos é a dependência econômica pré-contratual existente entre elas e a outra parte contratante. É por isso que sua presença, nesses casos, é imprescindível, sob pena de não haver direito à prorrogação compulsória.

Já no terceiro e quarto casos o prazo inicialmente pactuado era suficiente para atender à duração justa inicial do contrato para ambas as partes. Todavia, fatos ocorridos ao longo da execução contratual, levaram uma das partes a fazer investimentos consideráveis no contrato, o que fez aumentar sua duração justa em relação a estas mesmas partes para além do termo final original. O que justifica o investimento da parte nestes contratos é o comportamento da outra parte a indicar claramente que o contrato será prolongado para além de seu termo. Aqui, portanto, a dependência econômica não é imprescindível, muito embora sua presença facilite em muito o preenchimento do suporte

fático ensejador do direito à prorrogação compulsória, por permitir tal situação um aumento da gama de investimentos a serem qualificados como consideráveis.

Dos cinco pressupostos, portanto, dois devem estar presentes em todas as hipóteses: (i) ser o contrato de longa duração *stricto sensu* e (ii) haver investimentos consideráveis em volume suficiente a exigir o prolongamento do vínculo para além do prazo originalmente pactuado para sua amortização ou recuperação.

Além deles, nos dois primeiros casos é preciso haver a dependência econômica pré-contratual. Nos dois últimos é preciso haver comportamento concludente de uma das partes capaz de gerar legítima expectativa de prolongamento espontâneo do vínculo para além do termo inicialmente pactuado.

B) Solução dos três casos concretos

Para finalizar nosso trabalho, precisamos oferecer solução aos três casos concretos que apresentamos na introdução.

O primeiro deles era o da empresa de venda de automóveis usados pela televisão, que após anos e anos de renovações sucessivas de seu contrato de tempo de televisão ou espaço na grade de programação de emissora de televisão, foi avisada, a menos de um mês do término do contrato vigente, de que naquele ano o contrato não seria mais renovado.

O caso enquadra-se na hipótese nº 3 revelada no tópico anterior. O contrato sofreu inúmeras renovações sucessivas. Durante muitos anos as renovações foram feitas sem qualquer sobressalto ou indicação pela emissora de televisão que poderia haver o risco de não haver renovação no próximo período.

Ademais, a empresa vendedora de veículos é economicamente dependente da emissora de televisão, na medida em que ao longo dos anos, por ter sido levada a confiar na preservação do vínculo indefinidamente, foi especializando sua atividade empresarial e atualmente só vende carros pela televisão.

Dessa forma, a abrupta interrupção do contrato pela não renovação do pacto por mais um ano impõe a ela custos não recuperáveis e não amortizáveis, feitos exclusivamente em decorrência do contrato, e que não podem ser considerados como perdas inerentes ao risco do negócio em patamar a prorrogação forçada do vínculo por, pelo menos, mais seis meses, tempo que parece suficiente para que ela busque outra rede de televisão e com ela celebre contrato de espaço na grade programação, podendo assim manter-se exercendo sua atividade.

Os pressupostos estão todos presentes aqui: (i) contrato de longa duração *stricto sensu*, (ii) renovações sucessivas tranquilas que levam a crer que o contrato perdurará indefinidamente, (iii) dependência econômica da empresa vendedora de veículos e (iv) investimentos consideráveis da parte dela cuja amortização ou recuperação não se dará antes do término do contrato vigente.

A prorrogação compulsória do contrato por seis meses é medida que se impõe.

O segundo caso concreto é da lavanderia que também teve seu contrato renovado sucessivamente por inúmeras vezes e recebeu a notícia de que a franqueadora não renovaria sua avença, pelo prazo de cinco anos, porque esta quer entregar o ponto a outro interessado.

O caso também é o da hipótese número 2, mas aqui os pressupostos são mais difíceis de visualizar. O contrato é de longa duração, isso não se discute. Não se tem notícia, contudo, de que tenha havido investimentos consideráveis da lavanderia que não possam ser amortizados ou recuperados antes do fim do termo contratual ou mesmo depois dele, haja vista que os ativos de uma lavanderia permitem que o empresário exerça a mesma atividade fora do contrato de franquia.

Se houvesse uma cláusula de não concorrência ou se o ponto comercial fosse do franqueado, talvez, pudéssemos pensar em custos consideráveis a ensejar a prorrogação do vínculo, haja vista a necessidade de readaptação do franqueado e a perda de aviamento que a mudança de ponto comercial irá produzir para ele.

Por último, não há sequer indício de que nas renovações anteriores tenha havido comportamento concludente da franqueadora a permitir a transformação do contrato em relação por tempo indeterminado.

E a questão da dependência econômica da franqueada em relação a franqueadora, no específico mercado de lavanderias, é pequena haja vista a força da marca não ser tão grande nesse ramo de atividade e o fato de não haver *know-how* complexo envolvido. O máximo de dependência que poderia haver seria se de fato houvesse cláusula de não concorrência e se o ponto fosse da franqueadora.

Assim, na falta de cláusula de não concorrência e em não sendo o ponto da franqueadora, o que é o mais provável, aliás, não se vislumbram os pressupostos autorizadores da prorrogação compulsória da avença.

Se houvesse a dita cláusula e o ponto fosse do franqueador, mesmo nesse caso haveria dificuldade de configuração do direito à prorrogação compulsória da avença, pois é difícil enxergar a criação de legítima expectativa de prolongamento do vínculo causada pela franqueadora.

Por último, cumpre falar do caso do jornalista que, após muitos anos tendo renovada sua apólice de seguro de vida, recebeu comunicação da companhia seguradora informando que aquela apólice não seria mais renovada.

Mais um caso de renovação sucessiva. Aqui com a clara presença de conduta capaz de levar à criação de legítima expectativa de prolongamento indefinido do vínculo, uma vez que o contrato foi renovado por mais de vinte vezes, sem qualquer alteração relevante.

Além disso, a imposição de custos altíssimos e não amortizáveis ou recuperáveis pelo segurado em decorrência do fim do contrato também se constata. Por ser relação de consumo, a dependência econômica é presumida e não há nenhum fato capaz de ilidir a presunção.

Por tudo isso, a prorrogação compulsória do contrato é a medida que parece mais adequada, até por conta da idade avançada do segurado (mais de setenta anos), que certamente encontrará muita dificuldade ou simplesmente não conseguirá obter outro seguro de vida nas mesmas condições.

O termo da prorrogação há de ser enquanto o segurado viver, exceto se a companhia seguradora fizer prova de que é possível obter contrato semelhante, em condições similares.

BIBLIOGRAFIA

A) Julgados referidos

Superior Tribunal de Justiça - www.stj.gov.br

AgReg no AI nº 43.329/SP

AgReg no AI nº 1.140.339/RS

AgReg no AI nº 988.736/SP

AgReg no AI nº 164633/SP.

REsp nº 193.584/RJ

REsp nº 201.122/SC.

REsp nº 346.285/PR.

REsp nº 401.704/PR

REsp nº 436.853/DF.

REsp nº 493.159/SP

REsp nº 541.986/BA.

REsp nº 602.397/RS

REsp nº 654.408/RJ

REsp nº 681.100/PR

REsp nº 681.100/PR

REsp nº 704.384/MG

REsp nº 766.012/RJ

REsp nº 789.708/RS

REsp nº 803.481/GO.

REsp nº 834.564/BA

REsp nº 953.389/SP

REsp nº 966.163/RS

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - www.tjmg.jus.br

Apelação cível nº 1.0024.03.188591-6/001

Apelação Cível nº 2.0000.00.414681-2/000

Apelação cível nº 2.0000.00.508165-8/000

Apelação nº 1.0024.06.101066-6/006(1)

Apelação nº 1.0024.06.104672-8/002(1)

Apelação nº 1.0024.06.207871-2/001(1)

Apelação nº 1.0024.06.218976-6/002(1)

Apelação nº 1.0145.07.413817-6/001(1)

Apelação nº 1.0342.07.090179-4/003(1)

Apelação nº 1.0701.06.139094-7/002(1)

Apelação nº 1.0701.08.214173-3/001(1)

Apelação nº 1.0702.06.323317-6/002(1)

Embargos Infringentes nº 1.0024.06.076131-9/004

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - www.tjrs.jus.br

Apelação cível nº 70008644031

Apelação Cível nº 70006464176

Apelação cível nº 70006144794

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - www.tjrj.jus.br

Apelação cível nº 2005.001.20459

Agravo de Instrumento nº 2007.002.21515

Apelação cível nº 2006.001.08760

Apelação cível nº 2007.001.35579

Apelação cível nº 2005.001.06481

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - www.tj.sp.gov.br

Agravo de Instrumento nº 7243933900

Agravo de Instrumento nº 990104723302

Apelação cível com Revisão 238.409-4/2-00.

Apelação cível nº 1026272002

Apelação cível nº 1078801009

Apelação cível nº 114414400

Apelação cível nº 7136012200

Apelação cível nº 1116723001

Apelação com Revisão 994.07.090351-0.

Embargos de Declaração 1129599-1/2-00.

Medida Cautelar nº 1237548700

B) Obras referidas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Extinção do Contrato*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, v. I, Coimbra, Almedina, 1992.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I, 4ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1974.

AQUINO, Santo Tomás de, *Suma Teológica*, vv. 4 e 11, trad. Alexandre Corrêa, Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1980.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de, *Contrato de Representação Comercial*, in FERNANDES, Wanderley [org.], *Contratos de Execução da Atividade Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 265-317

_____, *Tratamento Contemporâneo do princípio da boa fé objetiva nos contratos*, in PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad [org.], *Direito dos Contratos*, v. II, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de; ZANCHIM, Kleber Luiz, *Interpretação contratual: o problema e o processo*, in FERNANDES, Wanderley [org.], *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, trad. Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2002.

ASCARELLI, Tullio, *O Empresário*, trad. COMPARATO, Fábio Konder, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 92, 1997, pp. 123-147.

ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo, RT, 2004.

AULETTA, Giuseppe, *Instituzioni di Diritto Privato*, Napoli, Humus, 1946.

_____, *Risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942.

AZÉMA, Jacques, *La Durée des Contrats Successifs*, Paris, LGDJ, 1969.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Extinção do contrato (rescisão, resilição e resolução)*, in Repertório de Jurisprudência IOB, v.13, n.1485, jul. 1988, pp. 192-194.

_____, *Contratos: disposições gerais, princípios e extinção*, in Antonio Junqueira de Azevedo; Heleno Taveira Tôres; Paolo Carbone [coords.], *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico: Existência, Validade, Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial)*, Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, s.c.p., 1986.

_____, *O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 25-37.

_____, (parecer) *Contrato atípico, complexo, com elementos de contrato de know-how, de gestão e de mandato com administração. Indenunciabilidade de contrato com duração determinada. Apuração das perdas e danos a partir da efetiva resilição, e não da anterior denúncia revogada por comportamento concludente do denunciante*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 136-161.

_____, *O Direito pós-moderno e a codificação* in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 55-63.

_____, (parecer) *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do*

terceiro que contribui para inadimplemento contratual, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 137-147.

_____, (parecer) *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (Tu Quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 159-172.

_____, (parecer) *Relação jurídica que não é de consumo. Destinatário final. Cláusula abusiva*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, Saraiva, 2004, pp. 226-234.

_____, (parecer) *Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato intuitu personae a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso de personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 219-234.

_____, (parecer) *Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico per relationem na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e conseqüente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 287-310.

_____, (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 345-374.

- _____, *RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo*, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 595-604.
- _____, *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio: Classificação de Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos; os Contratos Relacionais; a Boa-fé nos Contratos Relacionais; Contratos de Duração; Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva; Sinalagma e Resolução Contratual; Resolução Parcial do Contrato; Função Social do Contrato (parecer)*, in *RT*, São Paulo, v. 94, nº 832, pp. 113-137.
- BARKOFF, Rubert. M. e SELDEN, Andrew C., *Fundamentals of franchising*, 3ª ed., Chicago, ABA Publishing, 2008.
- BARROS, Luiz Gastão Paes de, *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*, in *RT* 719, pp. 83-96.
- BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421_8181901.pdf>>, acesso em 17.12.2010.
- BARRETO FILHO, Oscar, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- BESSONE, Darcy, *Renovação da Locação*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
- _____, *Do Contrato: Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- BETTI, Emílio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, 1969.
- _____, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto, *Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz*, São Paulo, Ed. RT, 1993.

BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Barueri, Manole, 2007.

_____, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, 1ª ed., 5ª reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1996.

BRASIL, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, *Exposição de Motivos aos Projetos de Lei nº 3.263 e 3.264 de 1965*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojetos*, v. 4, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.

BRASIL, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojetos*, vv. 3, 4 e 5, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.

BROOKE, Richard R. W., *The Efficient Performance Hypothesis*, in *The Yale Law Journal*, n. 116, 2006, pp. 568-596.

BULGARELLI, Waldírio, *Contratos Mercantis*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

CAMPOS FILHO, Paulo de B. Campos, *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*, Tese para concurso de provimento de cátedra na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1959.

CARBONNIER, Jean, *Sociologie de la vente*, in *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 415-433.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de S/A*, v. 4, t. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

CHAZAL, Jean-Pascal, *De la théorie générale à la théorie critique du contrat*, in *Révue des Contrats*, nº 1, 2003, pp. 27-34.

COASE, Ronald, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, n. 4, 1937, pp. 386-405.

COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

- COGO, Rodrigo, *A frustração do fim do contrato*, Dissertação de Mestrado apresentada à FDUSP, São Paulo, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 4^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____, *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, in *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- _____, *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 15-16, São Paulo, RT, 1974, pp. 90 e ss.
- CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, v. I, Coimbra, Almedina, 1984.
- _____, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, t. I, 2^a ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CORREIA, Antonio Ferrer, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955.
- COUTO E SILVA, CLÓVIS DO, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.
- DAIMAISIN, Stéphane, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000.
- DE OLIVEIRA, Lorelei Mori, *Ingerência das normas de ordem pública nos contratos agrários*, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 1997.
- DE VITA, Anna, *Buona Fede e Common Law (atração non fatale nella storia del contratto)*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano XLIX, n. 3, magg./giugno 2003, pp. 459.
- DIAS, Lúcia A. L. de Magalhães, *Onerosidade Excessiva e Revisão Contratual no Direito Privado Brasileiro*, in FERNANDES, Wanderley [org.], *Contratos*

Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 329-389.

_____, *Publicidade e Direito*, São Paulo, RT, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena, *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

_____, *Código Civil anotado*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

DOS SANTOS, Gilson, *Locação e Despejo: comentários à lei 8.245/91*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2004.

DURAND, P. [org.], *Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960.

FAVA, Marina Dubois, *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 2010.

FARNSWORTH, Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol, *Contracts: Cases and Materials*, 6ª ed., 2ª Reimpressão, Nova Iorque, Foundation Press, 2005.

FORGIONI, Paula Andréa; MESSINA, Paulo de Lorenzo, *Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários*, São Paulo, RT, 1999.

FORGIONI, Paula Andréa, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, RT, 2009.

_____, *Contrato de Distribuição*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 3ª.ed., São Paulo, Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., 15ª reimpressão, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975.

- FULLER, Lon L.; PERDUE JR., William R., *The Reliance Interest in Contract Damages*, in Yale Law Journal, n. 46, 1936-37, pp. 59-96, 373-420.
- GALGANO, Francesco, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1980.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1993.
- GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc, *Le Prix dans les Contrats de Longue Durée*, Paris, LGDJ, 1990.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- _____, *Contratos*, 25ª ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- _____, *A Função do Contrato*, in *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 101-109.
- GORDLEY, James [org.], *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001.
- GRAZIANO, Lugi, *O Lobby e o Interesse Público*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, Outubro de 1997, pp. 12-37.
- HAWKING, Stephen W., *Uma Breve História do Tempo: do Big Bang aos Buracos Negros*, 11ª ed., trad. Maria Helena Torres, Rio de Janeiro, Rocco, 1988.
- HEBRAUD, Pierre, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, Aix-en-Marseille, PUAM, 1979.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do*

vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira, in BARROSO, Lucas Abreu [Org.], *Introdução crítica ao código civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 117-132.

HOLMSTROM, Bengt; ROBERTS, John, *The Boundaries of the Firm Revisited*, in *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, nº 4, 1998, pp. 73-94.

HURST, Willard, *Law and Economic Growth: The Legal History of The Lamber Industry in Wisconsin 1836-1915* Apud FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol, *Contracts: Cases and Materials*, 6^a ed., 2^a Reimpressão, Nova Iorque, Foundation Press, 2005.

IRTI, Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*, 5^a Ed., Bari, Laterza, 2004.

JALUZOT, Béatrice, *La Bonne Foi dans les Contrats: Étude Comparative des Droits Français, Allemand et Japonais*, Paris, Dalloz, 2001.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson, *Resolução, rescisão, rescisão e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos*, in RT 882, pp. 87-337.

JOSSERAND, Luis, *De l'esprit des droits et de leur relativité - Essai de téléologie juridique*, t. 1, 2^a ed., Paris, Dalloz-Sirey, 2006.

_____, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2^a ed., v. II, Paris, LGDJ, 1902.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 7^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, Paris, 2005.

_____, *Les terme est alors un élément de la loi contractuelle; sont respect exclut, donc, l'exercice d'une faculté de résiliation unilatérale* (Jaques Mestre, *Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans le constrats de distribution*, in *La Cessation des Relations Contractuelles D'Affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, pp. 18-28.

- LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. RODRIGUEZ, Carlos Fernandez, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1956.
- LIMA, Alvino, *Culpa e Risco*, São Paulo, Ed. RT, 1960.
- LIMA, J. Franzen de, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípios Contratuais*, in WanderleyFernandes[org.], *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 3-74.
- LORDI, Luigi, *Istituzioni di diritto commerciale*, v. 2, Padova, CEDAM, 1943.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los Contratos*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal – Culzone Editores, 1999.
- LOUREIRO, *Extinção dos Contratos*, disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=26671>>, acesso em 14.12.2010.
- LOVE, John F., *McDonald's*, Nova Iorque, Bentam, 1986.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2006.
- MACNEIL, Ian R., *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, in Virginia Law Review, n. 68, May 1982, pp. 68 e ss.
- _____, *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*, trad. Alvamar Lampareli, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- MANCEBO, Rafael Chagas, *A Função Social do Contrato*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 22, 1997, pp. 64-86.

- _____, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1998.
- _____, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – Inexistência de justa causa – Enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração do trabalho alheio – conformação do abuso de poder econômico*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 62, São Paulo, out-dez./1992, pp. 128-139.
- MARTINS, Sergio Pinto, *Direito do trabalho*, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-fé no Direito Privado*, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 2000.
- _____, *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. I, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [coord.], *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- MARINO, Francisco Paulo Crescenzo, *Contratos Coligados*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- MASCARENHAS, Hélioz, *Alternativa viável contra o déficit habitacional*, in *Gazeta Mercantil*, edição de 19.02.2009, disponível em <<<http://jonasfederighi.wordpress.com/2009/02/19/alternativa-viavel-contra-o-deficit-habitacional-1922009/>>>.
- MAZEAUD, Denis, *Durées et ruptures*, in *Revue des Contrats*, número especial dedicado ao colóquio “*Durées et Contrats*”, Paris, LGDJ, janeiro de 2004.
- MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere*, t. I, Milano, Giuffrè, 1972.
- MESTRE, J., *Résiliation unilatérale et non renouvellement dans les contrats de distribution*, in *La Cessation des Relations Contractuelles D’Affaires: colloque de l’Institut de Droit des Affaires d’Aix-en-Provence, 30-31 mai 2006*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Locação de Imóveis e Prorrogação*, Rio de Janeiro, José Kofino, 1952.

- _____, *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.
- _____, *Tratado de Direito Privado*, t. VI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.
- _____, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsói, 1972.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*; parte geral, v. I, 39ª ed. rev. e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2003.
- MOUSSERON, Jean-Marc, *La durée dans la formation du contrat*, in *Études offertes à A. Jauffret*, Aix-en-Marseille, PUAM, 1974.
- MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj, *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, [s.c.p.], 2007.
- NASCIMENTO, Antonio Mascaro, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 29ª ed., São Paulo, LTR, 2003.
- _____, *Curso de Direito do Trabalho*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- NEGREIROS, Teresa, *Teoria dos contratos – Novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005.
- OPPO, Giorgio, *Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1942, I, pp. 305 e ss.
- _____, *I Contratti di Durata – Parte I*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XLI, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943, pp. 145 e ss.
- _____, *I Contratti di Durata – Parte II*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XLII, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1944, pp. 17 e ss.

- OST, François, *Temps et contrat, critique du pacte faustien*, in *La relativité du contrat*, Travaux de la Association Henri Capitant, t. IV, Paris, LGDJ, 2000.
- OPTIZ, Oswaldo e OPTIZ, Silvia C. B., *Contratos no direito agrário*, 3ª ed., Síntese, 1977.
- PACHECO, José Silva, *Tratado das locações, ações de despejo e outras*, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1998.
- PAOLA, Leonardo Sperb, *Contratos de distribuição: vida e morte da relação contratual*, tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, Curitiba, [s.c.p.], 2001.
- PELUSO, Cezar [coord.], *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, 3ª ed., Barueri, Manole, 2009.
- PETERNELLI, Luiz Alexandre, *Estatística Descritiva*, in *INF 162*, disponível em http://www.each.usp.br/rvicente/Paternelli_Cap2.pdf, acesso em 15.01.2011.
- PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomia*, 5ª ed., trad. Eleutério Prado, São Paulo, Prentice Hall, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Anteprojeto de Código de Obrigações*, in BRASIL, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojetos*, v. 3, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989, pp. 22-109.
- _____, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, in Brasil, Senado Federal, *Código Civil: Anteprojetos*, v. 3, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989, pp. 111-152.
- _____, *Instituições de Direito Civil*, v. I, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- _____, *Instituições de Direito Civil*, v. III, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- _____, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, v. III, 13ª ed. atualizada por Regis Fichtner, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2ª ed., v. II, Paris, LGDJ, 1902.

- POSADA, Estevan Lo Ré, *Procuração, mandato e representação – darepresentação voluntária como resultante funcional da concertação entre o negócio jurídico de outorga de poderes e o contrato de mandato*, in Antônio Jorge Pereira Júnior; Gilberto Haddad Jabur (Org.), *Direito dos Contratos*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Fusões e Aquisições no Brasil – Relatório elaborado pela área de Corporate Finance da PriceWaterhouseCoopers*, julho de 2010, disponível em <<http://www.pwc.com/pt_BR/br/estudos-pesquisas/assets/mea-julho-2010.pdf>>, acesso em 25.08.2010.
- RÁO, Vicente, *Ato Jurídico*, 4^a ed., 2^a tiragem, São Paulo, RT, 1999.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. I, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- _____, *Do Representante Comercial*, 8^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- RIPERT, Georges, *O regimen democrático e o Direito Civil moderno*, trad. J. Cortezão, São Paulo, Saraiva, 1937.
- RIZZARDO, Arnaldo *et. al.*, *Planos de Assistência e Seguros de Saúde*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1999.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*; parte geral, 27^a ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2002.
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988.
- _____, *O Contrato*, trad. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C., Coimbra, Almedina, 2009.
- RUOCCO, Francesco, *Funzione*, in Nuovo Digesto Italiano, Turim, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial: as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____, *Função Social do Contrato: Primeiras Anotações*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 132, outubro-dezembro de 2003, pp. 07-24.

- SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G., *Anticipating Litigation in Contract Design*, in The Yale Law Journal, n. 115, 2006, pp. 814 e ss.
- SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, São Paulo, RT, 1966.
- SHRIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam, *Contratos Cativos de Longa Duração: Tempo e Equilíbrio nas Relações Contratuais*, in IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, nº 10, maio de 2006, São Paulo, pp. 319 e ss.
- STOFFEL-MUNK, Philippe, *Le abus dans le contrat*, Paris, LGDJ, 2000.
- SZTAJN, Rachel, *Externalidades e Custos de Transação: A Redistribuição de Direitos no Novo Código Civil*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 133, ano XLIII, janeiro/março, 2004, pp. 07-31.
- _____, *Função Social do Contrato e Direito de Empresa*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 139, julho-setembro de 2005, pp. 29-46.
- TARTUCE, Flávio, *Função Social dos Contratos: Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, 2ª edição, São Paulo, Método, 2007.
- _____, *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Método, 2008.
- _____, *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*, v. I, São Paulo, Método, 2010.

- TEUBNER, Günther, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *Modern Law Review*, 1998, v. 61, pp. 11-32.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto e DE MELLO, A. Mandim Theodor, *O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil, em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, v.93, número 825, julho de 2004, pp. 34-76.
- THOMAS, Jonathan; WORRAL, Tom, *Self-Enforcing Wage Contracts*, in *The Review of Economic Studies*, n. 4, Outubro 1988, pp. 541-553.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides, *Abuso de Poder Econômico e Abuso de Poder Contratual*, in *RT* 715, pp. 87-107.
- _____, *Comentários aos artigos 1º a 13 da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991*, in OLIVEIRA, Juarez de [coord.], *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 02-172.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, v. II, Reimpressão 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*; parte geral, v. 1, São Paulo, Atlas, 2001.
- VENTURA, Deisy, *Do direito ao método, do método ao direito*, in CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto [org.], *O Ensino Jurídico em Debate*, Campinas, Millennium, 2007, pp. 257-292.
- VILLELA, João Baptista *et al*, *Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais/2004*, versão em língua portuguesa, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- VIRASSAMY, Georges J., *Les contrats de dependence*, Paris, LGDJ, 1986.

- XAVIER, José Tadeu Neves, *Reflexões sobre os contratos cativos de longa duração*, in Estudos Jurídicos, v. 37, n. 99, São Leopoldo – Porto Alegre, jan-abr. 2004, pp. 21-49.
- WEST’S Law and Commercial Dictionary in Five Languages. Minnessota: West Publishing Co, 1985.
- WILLIAMSON, Oliver E., *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, in *Journal of Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, 1993, pp. 99-118.
- _____, *Transaction Costs and Organization Theory*, in *Industrial and Corporate Change*, Oxford University Press, 1993.
- ZANCHIM, Kleber Luiz, *O contrato e seus valores*, in PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad [org.], *Contratos II*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 252-272.
- ZANETTI, Cristiano de Souza, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.
- _____, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008.