

O contrato como regulador e como produtor de riscos

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa**

RESUMO: O artigo pretende mostrar formas diferentes de se encarar a relação entre contrato e risco, a partir da ampliação dos negócios globais. Não apenas a plausibilidade de prejuízo financeiro, subsistente em qualquer acordo e suficientemente tratada pelo direito dos contratos, mas as formas renovadas de produção de risco e os novos modos de gestão dos riscos engendrados no curso das relações contratuais da atualidade. O contrato como disciplinador e também como produtor de riscos.

Palavras-chave: Contrato. Risco. Globalização. Contratos relacionais.

Introdução

A ampliação do mercado de bens e serviços, como consequência natural do processo de globalização da economia, tem ocasionado uma crescente contratualização de novas práticas do comércio, interno e internacional, assinalando a existência concomitante de contratos estruturados pelos esquemas (i) clássico, assinalado pelo voluntarismo e pelo respeito quase incondicional aos postulados da autonomia da vontade e da liberdade de contratar; (ii) neo-clássico, marcado por regras de disciplinamento exterior e de tutela social; e (iii) os contratos organizados e regulados a partir das demandas do mercado globalizado, nomeadamente os contratos nos setores comerciais e financeiros, impulsionadores de um processo de permanente reestruturação do direito dos contratos.

Na atualidade dos negócios globais, encontram-se em causa os fragmentos teóricos que foram sendo justapostos pela doutrina, desde o liberalismo clássico, com vistas à sedimentação das bases analíticas do contrato, enquanto operador social e econômico¹, o que tem provocado importantes discussões em torno de seus princípios norteadores, do seu

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Adjunto IV do Centro de Ciências Jurídicas, UFPB.

¹ A diferença entre “contrato-operação econômica” e “contrato-conceito jurídico” é trabalhada em Roppo. Cf. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, capítulo I, p. 7 ss.

tempo de duração, dos novos instrumentos de equilíbrio contratual e, por conseguinte, das maneiras mais recentes de lidar com a questão dos *riscos*. As mudanças ocorridas na esfera contratual conseguem por na berlinda muitos elementos que hoje compõem a teoria dos contratos, num duplo movimento que assinala a presença de tendências aparentemente opostas e contraditórias. No contexto atual dos negócios, formas neoclássicas de subjetivação e de voluntarismo contratual, exercitadas na esfera do comércio internacional, parecem correr em paralelo com as possibilidades de intervenção imperativa no conteúdo do contrato, ainda exercitada pelos poderes locais. Enquanto no primeiro ambiente, acompanha-se a reconfiguração da autonomia negocial privada, nas instâncias públicas estatais ou comunitárias consolidam-se medidas garantidoras das formas básicas de proteção e de controle dos excessos, inseridas no espaço de comunicação entre o ordenamento civil e os postulados constitucionais².

A presente conjuntura, marcada, por um lado, pelo ressurgimento de elementos importantes do *subjetivismo* contratual e, por outro lado, pela reação institucional tendente à preservação dos motivos que autorizam o procedimento interventivo externo (objetivação contratual³) em setores específicos da contratação, permite que se vislumbre no interior do enquadramento discursivo algumas circunstâncias reveladoras do panorama atual dos acordos. Nesse sentido, interessamos destacar, para além da relativização do elemento voluntário e intencional da declaração, as formas renovadas de *produção de risco* e os novos *modos de gestão dos riscos* engendrados no curso da relação contratual. É, portanto, nos limites da ambivalência acima encetada que se volta a por em relevo a idéia de risco, em perspectiva paradigmática, algo diversa da relação que sempre existiu entre o instituto do contrato e as situações que potencializam o prejuízo.

Afirmar que existe algo de especialmente inédito entre o instituto do contrato e o risco pode, em princípio, parecer repreensível, afinal, o risco (e, de certo modo, a *alea*) enquanto variável de retorno, sempre esteve efetivamente vinculado ao resultado dos pactos em geral. Contratar é, em si, uma potencial situação de risco e esta afirmação não comporta qualquer novidade. Convém antes, porém, entender que,

² Referência à fase de constitucionalização do direito civil, ocorrida na segunda metade do século XX. Vide: LOBO, Paulo L. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999; SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito* (separata), vol. LXXIV, Coimbra, 1998.

³ O subjetivismo e o objetivismo se alternam quanto à influência que exercem no regime do contrato. Na compreensão de Thierry Revet, essa questão não será jamais equilibrada, visto que aos avanços do subjetivismo (o que implica um recuo correlativo do objetivismo) corresponde uma renovação do objetivismo e uma nova retomada do subjetivismo, e assim por diante. Cf. REVET, Thierry. Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique?, In: JAMIN, Christophe e MAZEAUD, Denis. *La Nouvelle Crise du Contrat*. Paris: Dalloz, 2003, p. 90.

nesse quadro genérico, o risco corresponde, em suma, à plausibilidade de prejuízo financeiro, sub-reptícia a qualquer acordo e proveniente, via de regra, de acontecimentos inesperados que afetam os negócios, tomados isoladamente. Referem-se, portanto, a possibilidades genéricas de perdas específicas.

A problemática da incidência do risco nos negócios privados não se esgota, entretanto, na situação indicada. Falar hoje de “riscos” na esfera dos contratos significa ampliar a questão de modo a encará-los conexos ao fato de contratar e à operação contratual, no seu conjunto. Significa, ainda, investigar acerca das formas de responsabilização; pensar os perigos que podem ocasionar o desequilíbrio entre as vontades contratantes; trazer ao debate o risco da administração (convencional e preventiva) das cláusulas contratuais gerais, sem esquecer de ponderar, em contrapartida, a respeito do risco da intervenção externa na disciplina interna dos pactos, ante a insegurança causada pela ausência de parâmetros efetivos de controle. Enfim, refletir sobre o tema do risco inclui discernir sobre a sua gestão *ex ante* e *ex post*, numa análise geral e particular, que enxergue o contrato como disciplinador mas também como produtor do risco, diligenciando, sobretudo, para não se deixar levar pela mistificação ou por reclamos inconsistentes a genéricas instâncias éticas⁴.

1- Uma tipologia⁵ dos riscos. Riscos técnicos (específicos e sistêmicos) e riscos globais.

⁴ A invocação ao equilíbrio das prestações e à justiça contratual significa a salvaguarda da equivalência subjetiva na troca, inserida num dado contexto social e econômico. Cf. GENTILI, Aurélio. De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni. In: DI MARZIO, Fabrizio (a cura di). *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 153 ss.

⁵ Preferimos não nos deter, dada a amplitude do tema, numa investigação minuciosa sobre a etimologia do risco (conceitos, formas, medidas, elementos etc.). Não trataremos as relações bipolares risco/segurança, risco/perigo, comuns na retórica política e na análise sociológica, respectivamente. Também não é nosso propósito, no âmbito da relação risco/perigo, estabelecer as vinculações entre risco e previsão, perigo e precaução. Ao inserirmos a temática numa abordagem contratual, apontamos a existência de variadas situações de risco, potenciais causadoras de danos, no universo da contratação (não apenas dos contratos) e escolhemos, para tanto, a classificação normalmente utilizada pelas instituições financeiras para averiguação prática das probabilidades de riscos e perdas. Desdobramos, por via dedutiva, essa tipologia e chegamos à identificação de riscos técnicos (específicos e sistêmicos) e riscos globais. Vide: BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo – hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Básica. 1998; id., *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996; CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. São Paulo: Editora Hill, 1987; BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Consultive Document Operation Risk*. Comitê da Basileia (1988 e 2000). Disponível em: www.bis.org. Acesso em: 22 de dez. 2004.

Inicialmente, se tomarmos por empréstimo uma tipologia de classificação de riscos estabelecida pelo *Core Principles for Effective Banking Supervision (Basle Committee, 1997 - risks in banking)*⁶ para as instituições financeiras, poderemos dividi-los em: (i) risco de crédito, incluídos, dentre outros, os riscos de inadimplência, de degradação da garantia e de operações internacionais (de câmbio ou títulos); (ii) risco de mercado, potencializado pela instabilidade e pela diversidade do mercado, insertas as perdas decorrentes das taxas de juros e de câmbio, do uso de derivativos ou futuros e o risco da liquidez; (iii) risco legal e jurídico (este último, no sentido de jurisdicional), ocasionado pela ação externa dos órgãos de fiscalização, governo e regulamentação, incluídos neste item o risco advindo de cláusulas contratuais de interpretação duvidosa (risco de contrato), de mudanças na tributação, de sanções dos órgãos reguladores e de decisões judiciais; e, por último (iv), o risco operacional, resultante de falhas ou inadequação entre processos internos e sistemáticos (questão de análise e controle de dados, por exemplo), problemas tecnológicos e pelo fator humano (problemas com pessoas).

Se prestarmos bem atenção, veremos que, embora o risco contratual, segundo a classificação apontada, esteja inserido nos riscos decorrentes da fiscalização externa (nomeadamente a que ocorre na esfera jurisdicional), não representa qualquer prejuízo à análise a tentativa de ampliar e generalizar esta tipologia de modo a torná-la empiricamente adequada à temática generalista dos contratos. As possibilidades de prejuízos que se acostam, em geral, às diversas espécies de pacto não dista do elenco referido, ou seja, é possível enxergar riscos de crédito, de mercado, risco legal e risco operacional na averiguação regular do risco contratual.

Essa sistematização pode, por sua vez, ser enquadrada em dois grandes desdobramentos: (i) riscos técnicos, tidos como acontecimentos possíveis de ocorrer em data incerta, de resultado circunscrito, avaliados e medidos por abordagens quantitativas e qualitativas previamente conhecidas (muitas delas estabelecidas em lei ou no próprio instrumento do contrato), com a particularidade de somente atingirem os sujeitos direta ou indiretamente interessados e (ii) riscos globais, inseridos numa avaliação de matriz econômico-financeira e de natureza sociológico-dogmática, que transformou abstratamente em risco o conceito concreto de perigo⁷.

Os riscos técnicos podem ser avaliados em diversos contextos, antigos e atuais. As relações do contrato com a figura do risco vêm identificadas, em geral, de duas maneiras, sendo uma conhecida, consolidada e não objetada e a outra, mais recente, vista como matéria

⁶ Disponível em www.bis.org/publ. Acesso em: 22 de dez. 2004.

⁷ Vide: BECK, Ulrich. *Sociologia del rischio*, op. cit..

de debates contemporâneos incidentes sobre os modos de formação e execução dos contratos e sobre as novas técnicas de gestão dos riscos. Estamos nos referindo, no primeiro caso, à qualidade do contrato como debelador e disciplinador do risco, posição que o instituto sempre ocupou no seio da doutrina e da regulação jus-privatística tradicional, enquanto instrumento de disciplinamento de vontades teoricamente autônomas e livres e, no segundo caso, à condição do contrato como o próprio causador e produtor do risco no contexto dos negócios que ocorrem nos setores comerciais e financeiros do capitalismo contemporâneo. São os riscos específicos a que nos reportávamos linhas atrás.

Situação mais grave e diversa vem configurada, nos extremos, pelos riscos que a contratação empreendida num determinado setor da economia globalizada pode produzir, em efeito cascata, sobre os agentes envolvidos (grupos empresariais e instituições financeiras), sobre os mercados e, de igual modo, sobre a coletividade global, tomando a dimensão de uma possibilidade de perda que se processa em cadeia no espaço mundial. Estas eventualidades, encaradas no plano macro, são conhecidas como riscos sistêmicos ou de mercado.

Os riscos globais dar-se-iam no limiar desses riscos técnicos de mercado, com intensidade agravada, culminando na propagação dos efeitos nocivos de um contrato ou de uma série deles, de maneira abrangente, por sobre pessoas e instituições que não apresentavam qualquer vinculação mediata ou imediata com o acordo inicialmente celebrado. Referimo-nos aqui à existência, latente e efetiva no âmbito do comércio mundial, dos grandes riscos, das potenciais probabilidades de perdas globais surgidas depois do advento da modernidade avançada, agudizadas pelos processos tecnológicos. São os chamados riscos da produção e do mercado pós-industrializado, especialmente exuberantes no setor da contratação financeira internacional. O incremento desses riscos pode gerar *situações sociais de perigo*: fechamento de mercados, desvalorização do capital, excessivo controle burocrático das decisões empresariais, custos espetaculares, degradação ambiental e uma corrida aos procedimentos judiciais⁸. Por ser este um tema que abrange elementos pertinentes à sociologia do risco⁹, preferimos inclui-lo como

⁸ Cf. BECK, Ulrich. *Sociologia del rischio*, *op. cit.*, p. 29-30.

⁹ O conceito de risco pode hoje ser encontrado com parâmetros e critérios distintos, a depender do setor e da disciplina científica analisada. Na economia, na estatística, na política, na antropologia cultural, no direito, na psicologia, na medicina, o enfoque do risco pode assumir feições diversas. No âmbito da chamada "sociologia do risco", nomeadamente em Beck, o risco é tematizado em enfoque tecnocientífico e abrange, a partir da ideia de risco global, elementos como biosegurança, biotecnologia etc. Um desdobramento dessa disciplina alcança os contratos que ocorrem nestas áreas, além daqueles que se processam nos setores-chave da economia financeira, incluídos os bancos. Beck trata especificamente o tema no capítulo referente aos "riscos no sistema econômico". Nesses ambientes, o contrato, como instrumento das transações que

referência importante e obrigatória mas não enveredaremos por esse caminho no desenvolvimento do presente artigo.

2 - As codificações e a prevenção genérica do risco. Os contratos aleatórios na classificação *nomen juris* do código civil.

Pode-se inferir, de antemão, que o disciplinamento em sede codicista do direito das obrigações, a regra da força obrigatória dos pactos e a expansão da figura do contrato como instrumento próprio da autonomia da vontade constituíram os modos iniciais e genéricos de prevenção jurídica e de administração dos riscos na esfera dos negócios privados. A estipulação legal e doutrinária das formas de pagamento e sua prova; a previsão dos modos de cumprimento das obrigações; a solidariedade na obrigação como artifício técnico para reforço do vínculo; a instituição da cláusula penal como multa por incumprimento; as formas técnicas de controle do enriquecimento sem causa; as sanções pela execução defeituosa; os procedimentos especiais de pagamento e o acolhimento do princípio da boa fé (e de outros postulados que se prestam ao esforço de interpretação dos contratos), equivalem, todos, à formalização de regras que compõem a ordenação básica necessária ao funcionamento regular do sistema de obrigações e contratos, inserido no conjunto maior do ordenamento jurídico que, por sua vez, se estabelece em consonância com o sistema econômico e sócio-político de cada época. Em cada período histórico (mesmo antes do advento do Estado moderno) pode-se identificar disposições prévias, de natureza legal, doutrinária e jurisprudencial, que acautelam o risco e procuram consubstanciar os elementos de certeza e de segurança dos negócios jurídicos.

Nesse mesmo sentido, uma subdivisão dos pactos onerosos os distingue, segundo a previsibilidade das prestações, em contratos comutativos e aleatórios, sendo comutativo o contrato em que os contraentes conhecem, *ex radice*, suas respectivas prestações, e aleatório o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença¹⁰. Neste último caso, o conhecimento da prestação ocorrerá no curso do contrato ou quando do cumprimento da prestação. Trata-se de contrato de coisas futuras cujo risco de virem a existir passa a ser assumido pelo adquirente. A *alea* pode resultar da própria natureza do pacto, como nos casos de seguro, jogo e aposta, loteria etc., ou da vontade das partes, como a aquisição contratual de uma colheita futura. Nesta última hipótese, a prestação seria naturalmente comutativa mas, em virtude de vontade expressa das partes, submete-se à introdução do elemento aleatório. Num ou noutro

ocorrem no seio do mercado, instrumentaliza, por consequência, o risco. Cf. BECK, Ulrich. *Sociologia del rischio*, *op. cit.*, cap. IX., p. 199 ss..

¹⁰ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Tomo II. São Paulo: Atlas, 2001, p. 362.

caso, o risco tratado refere-se à existência total ou parcial da coisa adquirida. Tais negócios não se resumem apenas aos casos de compra e venda, sabendo-se que resultam aleatórias todas as transações que tenham por objeto uma prestação sujeita à sorte (ou ao risco). Importa lembrar que por este motivo torna-se difícil invocar (e provar), nos contratos aleatórios em geral, a proteção *rebus sic stantibus* quanto aos riscos assumidos.

Adquiriram também relevância prática, a partir dos séculos XVIII e XIX, os contratos especificamente destinados a prevenir riscos, como é o caso, por exemplo, do seguro (com a generalização da cobertura dos riscos a que estão expostos as pessoas e seus bens), da capitalização e da constituição de renda. O seguro se destaca, sem dúvida, como um importante veículo de financiamento do risco e de pulverização da perda patrimonial¹¹, com a diferença de que, na técnica securitária, o risco, tido como um acontecimento futuro e incerto capaz de provocar danos, concretiza-se na realização do *sinistro*. O seguro constitui, essencialmente, a transferência de risco de uma pessoa para outra.

Importa registrar, na esfera própria dos seguros pessoais, uma particularidade ocorrida com a consolidação do Estado social, que foi o deslocamento de sua matéria originária do âmbito do contrato e da iniciativa privada para o Estado e para o seu sistema de *previdência social*. Hoje, porém, a previdência privada e os contratos previdenciários expandem crescentemente o seu campo de atuação, constatada uma certa “tendência” mundial de privatização do regime de seguridade social, apenas ‘acompanhada’ pelas normas disciplinadoras do chamado Estado regulador¹².

3 - O risco na atualidade dos contratos. Contratos *standard* e os contratos com cláusulas predispostas: ambientes propícios ao risco.

As relações entre contrato e risco tratadas pela legislação civil, na forma até aqui descrita, são tradicionalmente conhecidas e não geram qualquer perplexidade doutrinária. Já era assim compreendido desde as primeiras elaborações da moderna teoria dos contratos (século XVII) até a atualidade. O período clássico, marcado pela idéia de sistematização das regras jurídicas e pelo surgimento no campo jus-positivo do constitucionalismo e das codificações civis (com destaque para o *Code Napoléon* de 1804 e para o código civil alemão de 1896, o célebre BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*), é representativo dessa atitude genérica de precaução contra as possibilidades de danos que viessem a ocorrer no curso da execução contratual. Em sintonia com a época, compreendia-se

¹¹ Cf. VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil*. Tomo III. São Paulo: Atlas, 2001, p. 319.

¹² Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo P. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 305.

que a justiça da relação contratual residia no fato de se poder contratar livremente, de acordo com os interesses particulares, num plano de recíproca igualdade, garantida em função da irrevogabilidade do acordo. O cumprimento lógico-formal desta equação significava, no íntimo, a preservação do interesse geral da sociedade e do bem-estar coletivo, assegurados pela máxima do liberalismo econômico *laissez-faire, laissez-passer*.

Em linhas gerais, a contratação, nos termos clássicos, supunha a existência de pactos (i) descontínuos e instantâneos, na medida em que cada ato da relação contratual era visto isoladamente; (ii) celebrados mediante mútuo consentimento, onde preponderava a discussão mais em torno do objeto da transação (contrato visto como simples troca de mercadorias) do que sobre as qualidades pessoais dos contratantes; (iii) no interior de um acordo destinado a reger os comportamentos futuros, a partir do pacto celebrado no presente.

No entanto, a partir de meados do século passado, as necessidades de racionalização, planejamento, rapidez e eficácia dos negócios conduziram à sistematização de uma prática contratual padronizada, estandardizada, capaz de se ajustar à produção e à distribuição também *standards*. Por esse período, atesta-se, em contrapartida, a expansão do Estado social intervencionista, que ampliou a incidência de normas objetivas (cogentes) sobre vários setores de atuação da figura contratual (trabalho, locação predial, condomínio, direitos autorais, seguros etc.) e impôs, em decorrência da crescente utilização dos contratos celebrados mediante adesão às condições gerais (as chamadas condições gerais dos contratos¹³ ou c.g.c.), o rompimento com a idéia de liberdade formal, em medida proporcional a uma certa materialização da liberdade contratual.

Surgem, nesse período, os pactos sucessivos ou de execução continuada¹⁴, muitos dos quais inseridos em *standards* e estabelecidos segundo condições contratuais pré-formuladas. Essa profusão de novos tipos contratuais incidia, sobretudo, no setor terciário (de serviços) e se

¹³ Constituem um tipo de regulação unilateralmente estabelecida pelo predisponente (ou utilizador) destinada a se integrar (uniforme e compulsoriamente) ao *contrato de adesão*, aceito sem questionamentos pela parte que a ele aderir (aderente). Este modo de contratar caracteriza-se, de início, pela prévia elaboração de cláusulas gerais e abstratas a serem incorporadas a uma série de contratos de mesmo tipo, no curso de uma determinada atividade econômica. Cf. LOBO, Paulo L. N. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991; SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Coimbra, 1990; id., *O Problema do Contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁴ São os pactos abertos do período neo-clássico. Orlando Gomes ensina que os contratos podem ser *instantâneos* (de execução única ou diferida) e de *duração* (de execução periódica ou de execução continuada). Estes últimos têm em comum a distribuição da execução no tempo. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 85 ss..

manifestava nos nichos mais evoluídos do sistema econômico (em âmbito comercial e financeiro), reclamando um tratamento diverso do previsto pela sistemática contratual clássica.

É o que se pode identificar como a fase neo-clássica da contratação. A mudança que queremos destacar, nesse período, vem representada pelo papel de *regulador privado* que, no âmbito das condições gerais dos contratos, era desempenhado por uma das partes contratantes. Eis um risco diverso do que se conhecia até então e que acabou por engendrar forte reação do Estado. O problema é que, diante da potencial probabilidade de exorbitância do poder contratual do contratante utilizador contra a vulnerabilidade do aderente¹⁵, o Estado social, à época intervencionista, em plena fase de objetivação das relações contratuais¹⁶, viu-se diante de uma hipótese de poder contratual privado perante o qual as soluções de justiça contratual até então utilizadas pelo ordenamento jurídico demonstravam insuficiência. Era um novo tipo de risco que surgia do desenvolvimento da economia e dos perfis remodelados da contratação.

Diante da magnitude da situação, fazia-se necessário estabelecer uma rede de proteção que primasse pela expressão solidária dos pactos¹⁷ e que servisse de tutela à parte contratual mais vulnerável, no patrocínio do equilíbrio contratual representado pelo exercício equitativo das prerrogativas de autonomia privada e de liberdade subjetiva. A intervenção pública passou a impor controles à autonomia privada e, diante das condições gerais dos contratos, empreendeu um regime limitativo da liberdade contratual em proteção de uma das partes, promovendo a substituição da liberdade contratual, conforme era pensada, por mecanismos heterônomos de regulação¹⁸. Um importante instrumento jurídico de racionalização e distribuição do risco nos

¹⁵ Denominam-se *utilizador* e *aderente* as partes diante das c.g.c. e dos contratos de adesão.

¹⁶ Nessa época, o Estado já utilizava direções legais, jurisprudenciais e doutrinárias no controle geral do *pacta sunt servanda* (caso da revisão dos contratos por onerosidade excessiva sobrevinda a uma das partes em virtude de medidas externas, proibição de cláusulas leoninas, recurso à cláusula geral de boa fé objetiva e a *interpretatio contra stipulatorem* etc).

¹⁷ Referência aos pressupostos de solidariedade (potencializados pela função social do contrato) divulgados a partir dos enunciados teóricos de Duguit e Hauriou, entre fins do século XIX e início do século XX. Expressam a compatibilização entre os interesses privados dos contratantes e os interesses de toda a coletividade, no propósito de privilegiar esta última, ainda que ao custo da redução da esfera de liberdade contratual dos indivíduos.

¹⁸ O escasso grau volitivo do consentimento do aderente à estipulação e à vigência das cgc não teria robustez suficiente para legitimar estipulações negociais que o prejudiquem. Assim, a uma força vinculativa débil, deveria corresponder uma vinculação de menor eficácia, condicionada a certos limites de conteúdo, impostos pelo ordenamento público. Cf. SOUSA RIBEIRO, Joaquim. *O Problema do Contrato...*, *op. cit.*, p. 285.

contratos de execução prolongada, estabelecidos mediante condições gerais, vem representado no controle judicial da compatibilidade das circunstâncias supervenientes propagadoras da onerosidade excessiva, através do filtro das cláusulas gerais, nomeadamente a cláusula geral da boa fé objetiva.

Antes de nos demorarmos na análise da situação acima descrita, convém referir os contratos relacionais, também conhecidos como pactos de longa duração ou, como prefiro, contratos (relacionais) de duração¹⁹, espécie negocial coetânea com a realidade atual, diversa dos subtipos de matriz codicista embora guarde semelhança com os pactos de execução continuada ou de trato sucessivo²⁰. Nos contratos relacionais, projeta-se uma lógica diferente, determinada em regra pela análise econômica, pelo contingenciamento e pela flexibilidade, formando um *continuum* processual em cujo interior as partes (em geral, empresas comerciais) são instigadas à renegociação do acordo, ajustado e reajustado regularmente segundo as exigências internas, surgidas do processo econômico, de modo a não comprometer o funcionamento geral da rede de contratos (*network* contratual) que os agentes são levados a estruturar. Os contratos relacionais ocorrem preferencialmente nos pactos plurilaterais e se assemelham, em geral, aos tipos societários, como as parcerias profissionais, os acordos empresariais de cooperação tecnológica, a formação de redes produtivas e de fornecimento de produtos, as franquias ou ainda os contratos de trabalho.

Aqui, a reciprocidade de expectativas e de riscos é tão marcante que torna especialmente complicado antever os problemas ou calcular o montante do valor dos danos e das perdas experimentadas em caso de ruptura do compromisso. Nesse contexto, os riscos são vistos com naturalidade (como elementos normais ao processo) e os seus efeitos induzem à necessidade de um novo planejamento, métodos específicos de resolução que dependerão da atuação conjunta das partes. Não se estabelece a expectativa de uma solução imposta de fora pelo juiz, mas da construção de uma regulação interna, própria ao andamento do negócio. Diante desses contratos, o papel do judiciário é significativamente reduzido, o que reforça a idéia, comum na doutrina ligada aos contratos relacionais, de que a experiência contratual

¹⁹ Os contratos relacionais, por sua feição societária, podem não chegar a ter longa duração mas são, certamente, contratos celebrados na intenção de subsistirem. São, portanto, mais contratos de duração do que de longa duração. O casamento, por suas características de duração, solidariedade, divisão de responsabilidades e direitos etc., é indicado, por alguns, como exemplo paradigmático de contrato relacional (afirmação duvidosa, posto ser discutível a própria inserção do casamento enquanto contrato).

²⁰ Para Ian Macneil, há um terreno intermédio onde muitos contratos abertos são tidos como relacionais, numa profusão de abordagens que o próprio Macneil entendeu como *negociações descontínuas, mas com muitas concessões relacionais*. Cf. MACNEIL, Ian. *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven and London: Yale University, 1980, p. 72.

relacional engendraria sua própria normatividade, constituindo-se no direito de si mesmo, ou seja, o contrato transformar-se-ia, pela performance normatizante que assume no curso do acordo, no próprio direito do contrato²¹. É preciso alertar, neste momento da análise, para o perigo que essa radicalização pode representar em termos de reforço dos postulados ideológicos do livre mercado, pela liberação incondicional da autonomia privada.

Entretanto, sabendo que os contratos relacionais se inserem mais numa conjuntura de auto-regulação do que de hetero-regulação, não analisaremos, neste trabalho, os riscos de mercado que são capazes de produzir e procuraremos situar a nossa crítica nos contextos contratuais marcados, simultaneamente, pelas duas formas de regulação, alertando para os riscos que o uso abusivo do poder (seja o poder privado que controla a emissão da vontade, seja o poder público que controla o excesso de autonomia individual), podem vir a provocar nos negócios atuais.

4 - Poderes privados e poderes do juiz. O duplo risco nos casos de onerosidade excessiva, condições gerais dos contratos, cláusula de *hardship* e contratos relacionais. Estratégias de conservação, desfazimento ou de renegociação dos contratos de duração.

A tutela estatal passa, em geral, pela intervenção do Estado na disciplina dos acordos, por via legislativa ou judiciária. Conforme já destacamos, ante a padronização (standardização) dos contratos e o recurso às estipulações pré-formuladas (condições gerais os contratos), duas importantes ocasiões de risco se impuseram, representadas, nos extremos, pelo uso imoderado da liberdade privada e/ou pelo uso abusivo de medidas públicas de proteção e de intervenção judicial, direcionada, esta última, no sentido da anulação (rescisão ou resolução) ou da renegociação (espontânea ou obrigatória) dos termos iniciais do acordo. Resolvemos, no interesse desta análise, agregar em conjunturas similares estas cinco situações, que abrangem cláusulas e contratos, em circunstâncias intercomunicantes: (i) a standardização dos pactos, (ii) o recurso às cláusulas predispostas (c.g.c.), (iii) as cláusulas de *hardship*, (iv) os contratos de execução continuada e (v) os contratos relacionais, consideradas todas do ponto de vista da possibilidade de intervenção judicial e passaremos a tratá-las sem o compromisso da sistematização sequenciada.

A partir dos três últimos decênios do século passado, ante a presença maciça da modelização contratual e das c.g.c., considerada

²¹ Cf. EWALD, François. Le Droit du Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, tome 31, 1886, p. 245-259. Esta visão de clausura normativa é a mesma que se encontra base teórica no pensamento autopoietico.

também a influência dos contratos relacionais, a interpretação judicial apta a racionalizar, *a posteriori* e por intermediação de um órgão disciplinador externo, a distribuição do risco contratual fincado *a priori* pelos sujeitos internos²², veio reforçada pela inclusão nas legislações civis (mediante leis específicas e depois pela inclusão em sede codicista) da ampliação das possibilidades de emprego da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão. Significa que o poder do juiz, nos casos de revisão dos contratos cuja prestação se tenha tornado excessivamente onerosa para uma das partes²³, foi alargado por via legislativa no sentido não somente da resolução do pacto, circunstância conhecida, mas da possibilidade preliminar de renegociação de seus termos iniciais, situação que pode ser proposta espontaneamente pela parte demandada na ação de rescisão ou pode ser imposta pelo juiz, como resultado da reforma ocorrida no direito das obrigações e dos contratos, em ordenamentos jus-civilistas ligados ao tronco romano-germânico²⁴, ocorridos na sequência da repercussão, em sede contratual, das alterações que vinham sendo empreendidas no seio do comércio internacional, da nova *lex mercatoria* e do exame das decisões arbitrais, sem olvidar a influência da *common law* e das análises ligadas à *law and economics*²⁵.

²² BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: 1970, p. 343 ss.

²³ O artigo 478 do novo código civil brasileiro, ao tratar a resolução do contrato em virtude de onerosidade excessiva, estabelece os seus elementos: “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 (...)”.

²⁴ Alterações ocorridas, por exemplo, no Livro VI do Código Civil holandês, que entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1992 e também no Direito das Obrigações do BGB, reforma de 2001/2002, que retoma os conceitos de imprevisibilidade (da modificação) e inexigibilidade (da prestação na forma pactuada), apontando como soluções (i) a adaptação judicial do vínculo (*Anpassung*) ou (ii) a cessação do vínculo (*Beendigung*), caso não sejam possíveis a adaptação ou a inexigibilidade pela contraparte. Cf. ainda: MACARIO, Francesco. *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare*. In: DI MARZIO, Fabrizio (a cura di). *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 226.

²⁵ Esse percurso que traçou o contrato na tradição da *common law* estadunidense vai ser inserido historicamente em duas etapas distintas e sucessivas – do realismo (de Holmes) ao *Law and Economics* (da Escola de Chicago - Coase e Posner) – e induz à constatação final de que os contratos instrumentalizam, na verdade, a produção de um risco. Tentam, em suma, caracterizar o cumprimento (ou não) dos pactos contratuais como uma espécie de escolha da parte, algo entre a execução e o ressarcimento por inadimplemento, opção que remete às formas iniciais de avaliação da relação custo/benefício. Essa teoria demonstrou-se sintomática de uma corrente teórica que pretendia conduzir a *praxis* contratual para fora do contexto normativo (e do *pacta sunt servanda*). Vide: COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*, *Economica* (n.s.), 4, 1937; POSNER, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge/Massachusetts/London/England: Harvard University Press, 2003.

Para prevenir contra o risco da onerosidade excessiva superveniente, opera hoje, no âmbito dos contratos de trato sucessivo, pela instrumentalização processual da teoria da imprevisão e também por influência dos contratos relacionais, um disciplinamento legislativo propenso a enquadrá-los em perspectiva mais civilista, mantendo-os, por intermédio de reformas, na ordem sistemática dos códigos civis. As soluções legislativas indicadas para compatibilizar a autonomia privada nesses casos passaram a incluir (i) as exigências de adequação ou modificação do regulamento contratual, em condições diversas das iniciais, pontuando a manutenção do pacto ou (ii) por seu desfazimento, mediante rescisão ou resolução²⁶. No primeiro caso, a disciplina geral dos contratos típicos, em vários contextos, aparece como uma *macro ratio*²⁷ que responde às necessidades de alteração dos termos iniciais do acordo, podendo ser divididas em dois grupos de normas: (i) as que colocam uma *alternativa jurídica ao desfazimento*, incidindo positivamente sobre o acordo ou concedendo à parte uma alternativa funcional e (ii) as que fixam as modalidades de *modificação das condições contratuais*, como as várias formas de interpretar as obrigações das partes no contrato de empreitada, por exemplo.

A doutrina italiana²⁸ tem compreendido, de um modo geral, que a intervenção judicial no contrato percorre um *iter* que varia entre soluções de (i) manutenção do vínculo (noutras bases) e o que chamam de (ii) “*vanificazione*”, expressão pouco técnica que exprime um objetivo de tornar vão, inutilizar, incluídas nesta última as intervenções tendentes à anulação (que possibilitam, em contrapartida, a renegociação), à rescisão (com oferta de modificação pelo contraente demandado) e à resolução do vínculo contratual. É o que se extrai de comentários feitos aos arts. 1.418 ss. do *Codice Civile* italiano (*nullità, annullabilità, azione di annullamento, rescissione, risoluzione*).

²⁶ Anulação (*stricto sensu*), rescisão e resolução constituem modos de dissolução dos contratos, embora sejam termos técnicos diferentes. O motivo da anulação reside na incapacidade ou no vício do consentimento, portanto, em causa anterior. Rescisão, resilição e resolução entram para o vocabulário juscivilista como causas supervenientes de inexecução contratual, que, por sua vez, pode ser voluntária ou involuntária. A onerosidade excessiva não equivale à inexecução involuntária (ou impossibilidade de execução) mas à *extrema dificuldade* em cumprir a prestação. Para conseguir a resolução do contrato por onerosidade excessiva a parte prejudicada pelo inadimplemento demanda a rescisão (neste ponto, os dois termos se confundem). No fundo, resolução e anulação se assemelham, melhor dizendo, portam-se igualmente quanto ao modo de exercício e aos efeitos mas diferem quanto à causa. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos, op. cit.*, p. 188-203.

²⁷ Termo usado por Roppo. Cf. ROPPO, Enzo. *Il contratto*. In: IUDICA e ZATTI (a cura di). *Trattato di diritto privato*. Milano: 2001, p. 1044.

²⁸ Para Sacco [e De Nova], a resolução mata a relação contratual, enquanto a renegociação serve para curá-la. Cf. SACCO, R. e De NOVA, G. “*Il contratto*”. In: SACCO, R. (diretto da). *Trattato di diritto civile*. Torino: Utet, 1993, p. 686.

No Brasil, o novo Código Civil, ao tratar a onerosidade excessiva, permite, de acordo com o disposto do art. 479, que a resolução seja evitada mediante a modificação das condições iniciais do negócio, ou seja, no curso do processo o juiz deve possibilitar à parte contra quem é demandada a revisão, a oferta espontânea de alteração das condições desequilibradas. A possibilidade de renegociação funciona, na lide, como medida processual anterior à dissolução, ou seja, os remédios mantenedores funcionam como novas técnicas de tutela jurisdicional (renegociação que surgem das partes ou da lei, sem esquecer o poder do juiz de intermediar essa renegociação).

Outro problema importante nos casos da leitura judicial dos contratos, refere-se à extensão das cláusulas predispostas. Em geral, os critérios de interpretação judicial dos pactos foram sendo desenvolvidos pela doutrina, a partir de orientações tópicas fixadas pelo senso comum dos juristas, no propósito de reduzir o risco do componente arbitrário. Cite-se as *regras de Pothier*²⁹ que atribuem prioridade à intenção das partes mais do que ao sentido literal do texto; à aceção que melhor se adapte ao efeito e à natureza do contrato; aos usos e costumes do lugar; na dúvida, que se interprete contra quem houver estipulado as normas contratuais etc. Algumas codificações também estabelecem regras de interpretação dos contratos, no intuito de nortear a ação interpretativa do julgador. É o que ocorre, por exemplo, com o *Codice civile* italiano que dispõe, nos artigos 1.362 ss., sobre as intenções dos contratantes, a interpretação da boa fé, a interpretação contra o autor da cláusula (em caso de condições gerais dos contratos) etc.

Um outro critério interpretativo especificamente voltado para as limitações à liberdade contratual vem elencado por Sousa Ribeiro nas seguintes razões: (i) para atender aos interesses gerais da coletividade (interesse social alargado); (ii) para tutelar bens e interesses altamente valorados pela ordem jurídica (os constitutivos da personalidade e os que radicam no sujeito privado, como, por exemplo, a proibição do pacto comissório ou a limitação constitucional dos juros); e (iii) nos casos de acionamento da ordem pública de proteção, pela contenção das disposições contratuais abusivas³⁰.

No caso das c.g.c., há um elemento diferente da generalidade dos contratos, que é a ausência de vontade ou de declaração comum. Em sendo assim, exigem estas uma interpretação mediante ponderação de princípios, na busca do efetivo equilíbrio dos poderes contratuais (“equalização jurídica dos poderes desigualados pela natureza da atividade envolvida”)³¹, por intermédio do favorecimento tendencial do aderente. O risco da atuação judicial excessiva pode ser acautelado,

²⁹ Vide: POTHIER, Robert J. *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.

³⁰ Cf. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *O Problema do Contrato...*, *op. cit.* p. 259-264.

³¹ Cf. LOBO, Paulo. *Condições Gerais dos Contratos ...*, *op. cit.*, p. 130.

segundo a doutrina³², mediante o recurso a uma interpretação assente, dentre outros critérios, na igualdade jurídico-material dos poderes e das posições contratuais; na defesa do aderente-consumidor; na conduta social típica do aderente (irrelevante que é sua vontade); no peso das cláusulas particulares (se as houver) contra as condições gerais etc. Este é um terreno minado de riscos, numa zona que embaralha autonomia privada e interferência judicial. Os danos podem advir da não intervenção (que ratifica o abuso da contraparte e gera uma desconfiança dos sujeitos sociais na atuação do judiciário), da errônea intervenção (fraca, débil, inconsistente) ou da excessiva intervenção (incursão descomedida na autonomia interna do contrato, que pode motivar estratégias, cada vez mais sofisticadas, de “contornar” a possibilidade do desfecho judicial, afugentando, desta vez, os operadores econômicos).

Verifica-se, ainda, nos contratos com cláusulas abertas (contratos de execução continuada e/ou contratos relacionais) ligados ao comércio internacional, uma tendência para a possibilidade de estipulação das chamadas *cláusulas de hardship* (ou cláusulas de adaptação), entendidas como aquelas que estabelecem um dever de renegociar o contrato, diante de determinadas circunstâncias e dificuldades (*hardship*). Aqui, as partes tentam, elas próprias, gerir *ex ante* o risco, não acarretando o dever de rescindir o acordo mas tão-somente o dever de o renegociar de boa fé. Da relação entre a *hardship* e a imprevisão, convém lembrar que a resolução por onerosidade excessiva pode vir a ocorrer mesmo diante da cláusula de reajuste, no entendimento de que a gestão convencional preventiva da *alea* contratual não pode excluir a relevância jurídica da desproporção sobrevinda na relação entre as partes.

Outro problema é saber se a renegociação dos termos iniciais do acordo não deveria ser reconhecida à base da existência de um dever geral, imposto pelo princípio da boa fé, ainda que não exista estipulação expressa nesse sentido, ou seja, mesmo que não tenha sido estipulada a *hardship*. A questão é que o reconhecimento (por parte da lei, da doutrina ou da jurisprudência) de uma possível *obrigação genérica* de reajuste dos termos livremente pactuados, pode gerar um novo risco, que é o de interferir em preceitos contratuais consolidados e essenciais para a estrutura teórica do sistema contratual, perfazendo um momento de efetiva alteração paradigmática no universo dos contratos. Se esta obrigação, estabelecida pelas partes em dispositivo contratual indicativo da opção, passasse a ser imposta por lei, teríamos aí uma modificação relevante na estrutura principiológica dos contratos.

Na verdade, a influência dos contratos relacionais tem levado à inclusão em sede legislativa de remédios mantenedores da relação contratual que repercutem, na esfera própria da aplicação do direito, permitindo que, na prática, os juízes acabem exercendo o seu poder para

³² Cf. LOBO, Paulo. *Condições Gerais dos Contratos...*, *op. cit.*, p. 137-138.

impor o acordo modificativo, correndo o risco de suscitar o temor generalizado de um efeito de alargamento jurisprudencial seriamente invasivo da esfera da autonomia privada. Não se pode dizer que alguma vez tenha havido intenção do legislador (mesmo o legislador constitucional) de se imiscuir diretamente nos contratos, antes, sempre procurou respeitar a margem de autonomia privada necessária à movimentação do mercado e ao surgimento dos acordos que buscam soluções para as necessidades individuais³³. A figura da “renegociação obrigatória” revela-se tecnicamente arredia aos postulados contratuais mais elementares na esfera negocial privada e não parece bem acomodada no ordenamento jurídico, seja no sistema da *civil law* ou naquele da *common law*.

No primeiro caso, gera uma solução jurisprudencialista incomum à prática juscivilista, atestando um crescimento da produção do direito jurisprudencial, como resultado de uma renovada influência fática da *praxis jus-realista*, e, no segundo caso, produz um paradoxo interessante porque ao tempo em que reforça o poder do juiz, pressuposto importante do realismo, coloca o jurista de *common law* em dificuldades, por descartar a gestão *ex ante* do risco da impraticabilidade do contrato.

Para concluir, resta-nos compreender que esse conjunto de alternativas no quadro do disciplinamento *ex ante* e *ex post* do conteúdo dos contratos apresenta uma abordagem de fundo comum, ou seja, está situado no contexto geral de preservação do *equilíbrio contratual*. É este o propósito que deve governar o sistema. Os parâmetros de controle vêm fornecidos pela necessidade de se fazer vigorar nas relações entre privados os princípios da proporcionalidade e da adequação, largamente mediados pela cláusula geral da boa fé³⁴. Canotilho destaca que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso detém *dimensão normativa* a partir de quando alcançou *referência constitucional*. Em âmbito europeu,

³³ Cabe concordar com Sousa Ribeiro quando adverte que os particulares são livres para assumir obrigações que os poderes públicos não lhes poderiam impor e que se deva ver com bastante cautela a invocação de regras constitucionais garantidoras de liberdade individual para obstruir os efeitos vinculativos de negócios que possam estar somente representando o cumprimento do seu exercício. Cf. SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *O Problema do Contrato... op. cit.*, p. 744-746.

³⁴ A vigência do princípio da adequação seria indicativa, na disciplina interna do contrato, da aplicação judicial da cláusula geral da boa fé. Cf. MACARIO, Francesco. *Rischio contrattuale e rapporti di durata... op. cit.*, p. 218.

Na Europa, os postulados comunitários têm-se revelado bases de importante evolução no âmbito interpretativo. Nesse sentido, um dos preceitos comunitários que mais incidiu sobre os sistemas dos contratos na concretização de valores (fórmulas) como equidade e boa fé, foi o princípio da proporcionalidade, acionado contra o abuso de poder mas também contra situações de assimetria de poder) privado nas relações de mercado. A anulação do contrato em virtude de desequilíbrio provocado por vantagem unilateral excessiva é prevista inclusive nos Princípios UNIDROIT para os contratos internacionais. Cf. CRISCUOLO, Fabrizio. *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*. In: *Il nuovo diritto dei contratti, op. cit.*, p. 191 ss.

este preceito resulta da convergência dos sistemas de *common law* e de direito administrativo e vem sendo assumido pelos tribunais como um postulado de controle. *Standards* jurisprudenciais como os da proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso migram do texto constitucional para outros ramos do direito público ou privado, estendendo-se aos *conflitos de bens jurídicos* de qualquer espécie³⁵.

Assiste razão àqueles que alertam para o engano de simplesmente se contrapor autonomia privada e intervenção judicial. O que está em jogo, no momento, é a idoneidade do contrato de se apresentar como um instrumento da autonomia privada e como um meio para a realização das atividades econômicas dos contratantes, numa relação que não se configure exclusivamente como uma situação de poder (que beneficia os interesses de um na proporção em que espolia e exclui o interesse do outro). Num ambiente contratual profundamente marcado por fatores novos (normativas internas, internacionais e comunitárias, jurisprudência proveniente de diversas fontes, *praxis* contratual múltipla) não se pode por em xeque a autonomia privada, nem se pode prescindir do intervento judicial. Há que se encontrar o ponto de equilíbrio, diante do caso concreto, porque o risco contratual nas circunstâncias indicadas não pode ser de tudo controlado. As regras das relações entre os particulares não se estabilizam *ex ante*, seja por efeito de acordo ou pela atuação supletiva do legislador.

5 - Fase atual do capitalismo financeiro: o contrato como produtor do risco.

Retornando às análises econômicas, considerada a questão do risco, podemos dizer que, de fato, contratar é uma atividade³⁶ sempre arriscada, visto que qualquer contrato estaria exposto, em tese, às vicissitudes do mercado, à ingerência de algumas determinações de ordem pública e à possibilidade de inadimplemento. Porém, construir critérios débeis de responsabilização contratual para implementar uma apreciação sumariamente economicista do acordo, como pretenderam alguns realistas e mentores da *law and economics*³⁷, seria institucionalizar o risco e, sobretudo, provocar uma inversão na lógica contratual originária: não mais o contrato como garantia do risco mas o contrato como meio de produção do risco. Essa grande mobilidade (e versatilidade) a que se presta o mecanismo contratual reluz como um

³⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266-272, 1297-1298.

³⁶ Diferença entre contrato como *ato* e contrato como *atividade*, considerados os pactos de duração.

³⁷ Referência em primeiro lugar a Oliver Holmes (*legal realism*), depois a Richard Posner, Ronald Coase (*Law and Economics* e *New Institutional Economics*), para citar alguns dos nomes mais conhecidos.

fator de justificação teórica para aqueles que defendem a instrumentalização do direito pelo mercado, enxergando o direito dos contratos como o ramo do ordenamento jurídico estatal mais apropriadamente voltado à facilitação das relações que se desenvolvem em âmbito mercadológico, colocado à disposição dos agentes econômicos, condescendente aos seus propósitos, pronto a disciplinar sem controlar.

Importa reconhecer, no entanto, que na atualidade global, os mercados financeiros realizam (não sem a colaboração do mecanismo do contrato) uma verdadeira “cultura do risco”, num processo diverso de tudo o que já ocorreu no período do Estado liberal quando, amparado no *laissez-faire* e na equação responsabilidade/risco (com base na culpa), o contrato acenava para a superação dessa problemática, e diverso também dos postulados welfaristas de prevenção, construídos à sombra (solidarística) do Estado de Bem-Estar, que cancelava ou socializava o risco. Essa aproximação do contrato com a oralidade e com o risco se revela no mesmo contexto híbrido e plural de que falamos no início do texto. Na fenomenologia do risco contemporâneo, o direito dos contratos acabou, em determinadas conjunturas, por absorvê-lo e administrá-lo.

O problema é que diferentemente do que ocorre com o risco global, que se transforma em objeto de políticas públicas, o risco privado oriundo de algumas esferas da contratação, acaba passando indiferente ao controle público, como se fizesse parte de um processo de interesse exclusivamente privado. Até há bem pouco tempo, o direito (incluído o direito dos contratos) era visto como instrumento de certezas e de garantias do indivíduo, chegando-se mesmo a pensar numa sociedade sem riscos (*no-risk society*). Hoje, o risco é aceito como parte do mundo tecnológico, inserido nos contratos que se realizam no âmbito da globalização financeira³⁸.

Neste momento da apreciação crítica, surge um outro paradoxo a animar a figura atual dos contratos. É que enquanto triunfa como instrumento da globalização e ressurgue vitorioso no âmbito próprio da economia globalizada, o contrato vê-se enfraquecido em seu sentido regulador, ou seja, é como se, no contexto do capitalismo globalizado, o êxito final do mecanismo contratual se encontrasse proporcionalmente vinculado à redução de seu significado normativo, à possibilidade de reconstrução oral de seus termos, à probabilidade continuada de renegociação. E é justamente essa sua “fraqueza normativa” que seduz os operadores do mercado porque gera as condições propícias para uma maior mobilidade no ambiente global. Trata-se aqui, no fundo, da

³⁸ Vide: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996; BECK, Ulrich. *La Sociedad... op. cit.*; AHARONI, Yair. *The No-Risk Society*. Chatham, NJ: Chatham House, 1981; EWALD, François. Philosophie de la précaution. In: *L'Année Sociologique*, n.º 2, 1996.

conhecida idéia de superação do *corporate law* (de competência estatal)³⁹, em nome de um melhor e mais ágil funcionamento da economia ou, dito de outro modo, consiste na recolocação de uma idéia de *laissez-passer*. Para os que pensam desta forma, os mercados funcionam melhor quando os sujeitos contratuais não se enfonham em detalhes complicados relativos a obrigações de natureza social ou institucional, podendo mover-se com desenvoltura e desembaraço no mundo dos negócios⁴⁰.

Do ponto de vista jurídico, no período atual do capitalismo financeiro, a afirmação do contrato como instituto jurídico central das relações econômicas, encontrou nos EUA o ordenamento ideal para instrumentalizar as relações de mercado, expondo-se sempre à lógica da negociação e do risco (a busca americana por *welfare* é histórica e antropologicamente diversa da que ocorreu na Europa, que teve no Estado o seu tutor exclusivo⁴¹). No contexto anglo-norte-americano, entre a lógica de segurança e a lógica de oportunidade, não há dúvidas de que sempre houve uma tendência a privilegiar esta última, enquanto que no capitalismo europeu e japonês acabou prevalecendo uma antropologia *risk adverse*, inclinada a ponderar, com prioridade, por padrões de segurança. O capitalismo americano, fundado sobre a centralidade do financiamento da bolsa, produziu investidores propensos à aventura e contribuiu para modelar, a partir da influência que exerce no âmbito do mercado global, uma importante alteração no perfil atual dos contratos.

É comum hoje no mercado de produtos financeiros derivados (conhecido como mercado de derivativos e futuros), por exemplo, a ocorrência de contratos que compõem um sofisticado sistema de gestão dos riscos, tais como os contratos de permuta de divisas e taxa de juro ("swaps"). Diferentemente do que ocorria com o capitalismo industrial, o capitalismo financeiro global possibilita a formação de acordos no seio dos quais os direitos e as obrigações vão depender, em geral, da

³⁹ Nos EUA, a superação do *corporate law* no âmbito do direito acionário conduz à chamada *race to the top*, ou à concorrência entre os Estados para oferecer as melhores condições jurídicas de instalação e permanência para as empresas. Essa competição tem gerado uma concorrência entre os ordenamentos jurídicos dos vários Estados americanos no sentido de se apresentarem mais atrativos ao capital. Por enquanto, tem vencido o Estado de Delaware. Vide: ZOPPINI, Andrea (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma-Bari : Laterza, 2004.

⁴⁰ JOHNSON, Paul Quentin Lyman. Individual and Collective Sovereignty in the Corporate Enterprise. *Columbia Law Review*, 92, 1992, p. 2232.

Lembrar também que essas teorias traduzem princípios de reorganização dos mercados que se delinearam com maior vigor nos anos oitenta do século passado, período marcado pelas propostas de liberalização, cumulado com a rediscussão da figura do Estado. Esse fervor contestatório (ver *contestability theory*) perdeu muito de seu dinamismo na atualidade dos negócios globais.

⁴¹ Vide: FERRARESE, M. R. La civil litigation tra diritti e mercato. *Politica del diritto*, n. 4, 1993.

performance de mercado de bens jurídicos imateriais extremamente voláteis e dinâmicos, assim como créditos, valores, títulos, investimentos, serviços etc. A forma mais simples de *swap*⁴², por exemplo, implica numa troca de situações ativas e passivas em dois contratos de empréstimo, em que são partes duas instituições, perfazendo uma operação que é comumente realizada com a intermediação bancária. Nesse contexto obrigacional, diferentemente da troca tradicional, não se permutam coisas corpóreas ou incorpóreas mas as posições das partes, não chegando a configurar, tampouco, uma cessão de posição. O que se troca nesses pactos atípicos são taxas de juro ou fluxos financeiros (criados por intermédio de obrigações correspectivas de pagamento de dinheiro, numa mesma divisa ou em divisas diferentes) negociados quando da celebração do contrato, e reais, no seu vencimento.

Nos contratos que envolvem produtos financeiros derivados, tal como o que acabamos de indicar, o risco se transforma numa mercadoria e essa troca contratual de riscos é matéria diversa do que sempre se pensou sobre o contrato em geral (diferente do que se normatizou em torno da *alea* comum). É que nesse tipo de acordo, ao invés de apresentar uma feição benéfica e utilitarista, o contrato tem como objeto um risco, tornando-se difícil, enquanto operação seguidamente negociada, de ser traduzido mediante expressões escritas (os derivativos remetem para fatos diferidos ou futuros). Significa, em suma, que o direito escrito, nestes casos, não se constitui necessariamente numa barreira contra a indeterminação e o risco, podendo, antes, constituir-se num meio para produzi-lo e administrá-lo juridicamente⁴³.

6 - O contrato corre o risco de, ao ser executado mediante (re)ajustes orais, perder a sua força normativa?

Por todos estes motivos, sob a perspectiva do *law and economics*, perde sentido a conotação regulamentadora do contrato. Significa, em suma, que a idéia de um *efficient breach of contract* traz consigo a suposição de que toda forma de ilícito teria um preço e poderia ser cancelada (quer dizer, comprada), satisfeitas as razões de eficiência econômica. Este raciocínio econômico, ao conseguir condicionar as soluções jurídicas, acabaria por produzir, no âmbito contratual, uma diminuição de seu significado normativo, operação que resulta

⁴² A indicação deste contrato é meramente exemplificativa. Não é nossa intenção detalhar os pormenores deste acordo, nem adentrar a sua natureza jurídica. Como base para a compreensão de *swap*, cf. VITORINO, António de Macedo. Estudo sobre a permuta de divisas e de taxas de juro. *Revista da Banca*, Lisboa, n.º 40, Out./Dez. 1996, p. 113 ss.

⁴³ Cf. FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni della Globalizzazione - diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 221.

sintomática (i) de um certo distanciamento dos pressupostos sociais e pré-contratuais que Durkheim enxergava na base dos contratos (vistos como instrumentos da cooperação social), que faz preponderar uma aceção crescentemente individualista (e cada vez menos social) da contratação, especialmente no âmbito do mercado global; e (ii) do distanciamento do instrumento contratual da lógica dos direitos subjetivos, pela crescente exposição aos riscos dos cálculos de conveniência econômica. Assim o contrato, incapaz de acompanhar o contínuo movimento das relações de mercado, não somente se desvincula da lógica dos direitos mas arrisca-se a entrar em conflito com os próprios direitos, ficando muito próximo de se transformar num mero distribuidor de riscos, exposto às ameaças que representam os critérios débeis de responsabilidade contratual.

A questão, no âmbito da análise econômica, parece apontar para o fato de que os custos de transação, nas sociedades de mercado, tendem a aumentar sempre que os mercados se expandem, onerando sempre mais o universo das relações contratuais, desde a fase pré-contratual até o cumprimento final de seus termos. Essa sobrecarga geraria o que Ferrarese chama de “congenita incompiutezza” do direito contratual, que acabaria por andar sempre alguns passos atrás das mudanças geradas pelo mercado, dominado, desse modo, por uma cultura social crescentemente “aquisitiva” de novas situações negociais⁴⁴. A temática dos custos da transação também se presta, portanto, à indagação da transformação da teoria dos contratos no sentido oralidade *v.* escritura, à medida em que remete para uma circunstância onde a escritura já não consegue governar a relação contratual, frequentemente ultrapassada por uma oralidade determinada pelos interesses.

O perigo que representa a crescente exposição à oralidade carrega em si, no entanto, o risco de sua própria negação, ou seja, começaram a surgir, a partir dos EUA⁴⁵, os antídotos contra a perenização da expressão oral, e a forma encontrada para neutralizar e prevenir contra essa conjuntura instável foi exatamente engendrar o seu inverso. A tendência contrária foi tornar o instrumento contratual super-escrito, pormenorizado, definido nos seus mínimos detalhes. É o paradoxo de que falávamos linhas atrás. Hoje, os contratos firmados no âmbito internacional (não especificamente no mercado financeiro mas no mercado de trabalho e nos negócios do comércio internacional) circulam sobre *standards* de tal modo minuciosos que é possível encontrar pactos longamente escritos, já vertidos para vários idiomas e planejados à exaustão⁴⁶.

⁴⁴ Cf. FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni ... op. cit.*, p. 212.

⁴⁵ A tendência à oralidade surgiu nos EUA mas se propagou pela Europa e pelo comércio mundial.

⁴⁶ Em estágio que fizemos no UNIDROIT, Roma, em Julho de 2004, pudemos constatar a diversidade de modelos de contrato ligados ao comércio internacional, contendo, a

Diante do exposto, retomamos o argumento de que não há um abandono do texto escrito, o que existe é a transposição de uma forma predominantemente escrita e, bem assim, da subscrição individual manual (instrumentos assinados a próprio punho), para uma situação de multiplicidade dos modos vinculativos do ponto de vista jurídico-contratual. Na verdade, a nova economia, admitindo a assinatura eletrônica e os *e-mails*, incide numa outra contradição representada, desta feita, pela extrema flexibilização contratual em contraponto a uma crescente demanda de regulação. A facilidade de negociação engendrada pelo *e-commerce* reclama uma profunda alteração legislativa (nacional e internacional) no sentido de disciplinar todos esses acordos.

Mais uma vez, não há dúvidas de que o ambiente é diversificado e plural. Discordamos daqueles que radicalizam a mudança e enxergam, para aquém dessa pluralidade, uma verdadeira viragem paradigmática dos contratos, como se um ciclo tivesse sido concluído na teoria dos contratos. Não aceitamos que o contrato, ao participar desse jogo de virtualidades, próprio dos tempos atuais, e ao fazer-se gregário de uma economia de riscos, como a que foi encetada pela globalização financeira, tenha se transformado geneticamente, em todos os domínios⁴⁷, alterados os seus princípios e pressupostos. Esta suposição, quando generalizada, se distancia da verdade e prejudica a análise. Na atualidade das estruturas do mercado, escritura e oralidade, combate e veiculação do risco, são circunstâncias presentes que ocorrem, com maior ou menor intensidade, a depender do tipo e da categoria do acordo celebrado, mas uma não se constituem necessariamente numa viragem paradigmática, em etapa posterior de superação da antecedente.

7 - Referências

AHARONI, Yair. *The No-Risk Society*. Chatham, NJ: Chatham House, 1981.

maioria deles, cerca de cem, duzentas páginas. Estipulações detalhadamente elaboradas no sentido de evitar o imprevisto.

⁴⁷ Para Ferarese, o direito se familiariza de tal modo com o risco que se transforma profunda e geneticamente, passando por uma alteração nos seus próprios princípios e pressupostos. No direito dos contratos, poder-se-ia erroneamente pensar, segundo essa autora, que não existem mudanças tão graves porque o mecanismo do contrato, à semelhança de um “camaleão jurídico”, vai trocando de roupa e se mantendo na instrumentalização dos negócios, o que não significa, entretanto, que o contrato ainda se mantenha no essencial. Cf. FERRARESE, Maria Rosaria. *Le Istituzioni... op. cit.*, p. 222-223.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Consultive Document Operation Risk*. Comitê da Basileia (1988 e 2000). Disponível em: www.bis.org. Acesso em: 22 de dez. 2004.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo - hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Básica, 1998.

_____. *Sociologia del rischio*. Traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1970

BRASIL. *Código Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. São Paulo: Editora Hill, 1987.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm, *Economica* (n.s.), 4, 1937.

CRISCUOLO, Fabrizio. Adeguamento del contratto e poteri del giudice. In: DI MARZIO, Fabrizio (a cura di). *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004.

EWALD, François. Le Droit du Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, tome 31, 1886.

_____. Philosophie de la précaution. In: *L'Année Sociologique*, n.º 2, 1996.

FERRARESE, Maria Rosaria. La civil litigation tra diritti e mercato. *Politica del diritto*, n. 4, 1993.

_____. *Le Istituzioni della Globalizzazione - diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000.

GENTILI, Aurélio. De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni. In: DI MARZIO, Fabrizio (a cura di). *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Con la costituzione, i trattati U.E. e C.E. e le principali norme complementari. A cura di Adolfo di Majo. Milano: Giuffrè, 2004.

JOHNSON, Paul Quentin Lyman. Individual and Collective Sovereignty in the Corporate Enterprise. *Columbia Law Review*, n. 92, 1992.

LOBO, Paulo L. N. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

MACARIO, Francesco. Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare. In: DI MARZIO, Fabrizio (a cura di). *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo P. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven and London: Yale University, 1980.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge/Massachusetts/London/: Harvard University Press, 2003.

POTHIER, Robert J. *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.

RENET, Thierry. Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique?, In: JAMIN, Christophe e MAZEAUD, Denis. *La Nouvelle Crise du Contrat*. Paris: Dalloz, 2003.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. Il contratto. In: IUDICA e ZATTI (a cura di). *Trattato di diritto privato*. Milano: 2001.

SACCO, R. e De NOVA, G. "Il contratto". In: SACCO, R. (diretto da). *Trattato di diritto civile*. Torino: Utet, 1993.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Cláusulas Contratuais Gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Coimbra, 1990.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito* (separata), vol. LXXIV, Coimbra, 1998.

_____. *O Problema do Contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Tomo II. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Civil*. Tomo III. São Paulo: Atlas, 2001.

ZOPPINI, Andrea. In: _____. (a cura di). *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Roma-Bari: Laterza, 2004.