

ROGÉRIO LAURIA MARÇAL TUCCI

PRORROGAÇÃO COMPULSÓRIA DOS CONTRATOS

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA GERAL DO CONTRATO – DO PARADIGMA CLÁSSICO À MODERNIDADE

As trocas livres e voluntárias de bens e serviços revelam um importante, se não o mais relevante, instrumento de eficiência econômica de uma sociedade. Dois motivos são naturais e intuitivos. Primeiramente, porque é por meio das trocas que a comunidade prospera na medida em que seus consumidores podem satisfazer seus interesses. No mais, em uma sociedade em que há escassez de certos recursos, por força das trocas, é possível a alocação destes recursos simetricamente às escolhas dos consumidores¹.

Tome-se uma digressão sobre uma sociedade que desconheça por completo todo e qualquer contrato celebrado por seus cidadãos, sendo a alocação de recursos realizada a esmo. Inevitavelmente, não haverá recursos para satisfação deste ou daquele interesse consumerista, o que também impedirá a possibilidade de lucro daqueles que ali ou aqui alocariam certo recurso.

No mais, pela eficácia obrigatória dos contratos, a alocação de recursos mediante as trocas pode ser realizada da forma mais eficiente. Por exemplo, um fazendeiro pretende vender uma cabeça de gado que lhe custou R\$ 300,00. Existem dois compradores interessados, o primeiro oferece R\$ 500,00 à vista; o segundo oferece R\$ 1.000,00, mas para pagamento em trinta dias. Não fosse a possibilidade de execução de um contrato, a

1. P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 4-5.

escolha tenderia para a alocação de recursos mais imediata e não pela mais eficiente².

Observa-se, portanto, que o fim precípua das trocas (dos contratos) é duplo: satisfazer o interesse dos cidadãos e possibilitar a alocação de recursos da forma adequada.

Ocorre que simples trocas não são suficientes para a consecução de tais objetivos, uma vez que contratos instantâneos guardam papel cada vez menos acentuado no contexto social moderno. É necessário, destarte, o planejamento consensual para futuras trocas. Neste sentido, a confiança assume papel essencial no campo contratual, pois se uma parte não confiar no cumprimento da obrigação da outra, o sistema não mais se sustenta³.

Poder-se-ia afirmar que a confiança é desnecessária na medida em que são cominadas em lei sanções para quem descumpre a obrigação assumida, inclusive sendo possível a execução forçada específica. A confiança restaria como algo despiciendo e estranho à satisfação do interesse de certo credor. Este raciocínio, embora lógico, é equivocado. É imperioso lembrar que a execução do contrato como previsto e devidamente planejado é algo da mais genuína importância para a prosperidade social⁴.

Os séculos XVIII e XIX foram marcados pela grande proliferação dos contratos, principalmente com a ascensão da burguesia e declínio do Absolutismo. Os princípios contratuais que norteavam as relações privadas, tidos como tradicionais ou clássicos, são, sem dúvida, essenciais para a compreensão da moderna disciplina dos direitos contratuais⁵. Reputa-se

2. Cf. exemplo de R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Nova York, Aspen Law & Business, 1998, p. 102.
3. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 5.
4. Lembrando-se da afirmação de C. V. COUTO E SILVA: “A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor.” (*A obrigação como processo*, 1ª (re)edição, São Paulo, FGV, 2006, p. 167).
5. Cf. R. P. MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 46: “Entender e conceber uma nova teoria contratual que ajude a explicar o direito contratual do passado e permita reconstruir o direito de maneira a transformá-lo é o desafio cada vez mais urgente e é também uma

necessária uma noção da evolução principiológica no período imediatamente anterior, quando o jusnaturalismo e a filosofia do *laissez-faire* serviram como base de todo um sistema cujo principal protagonista era a autonomia da vontade⁶.

Para o intérprete do século XVIII, o maior símbolo de autonomia da vontade era a ampla propriedade privada, outrora duramente conquistada. Se a propriedade do homem era ampla e inalienável, nada mais racional do que a total autonomia para dela dispor. Não obstante, à época, doutrinas paternalistas ainda exerciam forte influência e obstavam a proteção para as classes menos favorecidas, em uma sociedade ainda caracterizada por estamentos⁷.

Como é sabido, a influência paternalista é completamente vencida pela filosofia do *laissez-faire*. O Estado adota a política de menor intervenção possível no domínio privado⁸.

das características mais evidentes do debate atual europeu ocidental e norte-americano sobre teoria contratual. Contudo, se todo direito contratual associa-se de maneira íntima a uma determinada ordem de produção e de mercado, é necessário, antes de mais nada, pensar a ordem de mercado na qual vai se formando o novo direito contratual. É preciso identificar quais são as mudanças ocorridas nesta ordem de mercado que vão afetar o regime das relações contratuais”.

6. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 7.

7. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 8.

8. Cf. P.S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 8: “*In general the law was not concerned with the fairness or justice of the outcome, and paternalistic ideas came to be thought of as old-fashioned. The judges were not even greatly concerned with the possibility that a contract might not be in the public interest. So the function of contract law was merely to assist one of the contracting parties when the other broke the rules of the game and defaulted in the performance of his contractual obligations. The judge was just a sort of umpire whose job it was to respond to the appeal ‘How’s that?’ when something went wrong.*”. Em tradução livre: “*Em geral, a lei não estava preocupada com a justiça do resultado e ideias paternalistas eram descartadas por serem reputadas antigas. Os Juízes sequer se preocupavam com a possibilidade de um contrato não coadunar-se com o interesse público. Portanto a função do direito contratual era meramente assistir uma das partes contratantes quando a outra quebrava as regras do jogo e inadimplia suas obrigações contratuais. O Juiz era simplesmente um tipo de árbitro cujo trabalho era responder ao apelo ‘Como assim?’ quando algo desse errado*”.

Desde a passagem do século XVIII para o XIX, a exaltação da liberdade individual é pressuposto cultural para a fundação do modelo socioeconômico observado na maior parte do mundo ocidental. O modelo do antigo regime é paulatinamente substituído.

No tocante à disciplina dos contratos, o intérprete só precisava se ater à resolução das consequências advindas da violação (o que inseria consequências práticas ao modelo econômico-social jamais vistas⁹). De resto, os efeitos das disposições contratuais eram completamente estranhos ao Estado.

Vale a ressalva, contudo, de que é equivocado concluir que os oitocentistas menos se importavam com justiça do que o cidadão moderno. Aos olhos de cada revolucionário, o liberalismo era a expressão máxima da justiça. A massa, longe do ideal paternalista, era perfeitamente capaz de proteger seus próprios interesses “quer no mercado ou nos palanques”¹⁰.

Pois bem, pela ótica liberal, era possível escolher tanto a pessoa com que se contratava quanto o teor das disposições, sem maior atenção ao poder de barganha de cada parte. Bem é verdade que o liberalismo jamais atingiu aqueles indistintamente vulneráveis como os menores, dementes, ébrios, etc. De resto, fosse qualquer conflito, a premissa era a de que ambas as partes estavam em pé de igualdade, pois haviam celebrado aquele pacto em pleno gozo da liberdade.

É neste contexto que ficou conhecida a célebre expressão cunhada por HENRY S. MAINE “do status ao contrato”, símbolo da mudança social do antigo regime à promoção da burguesia¹¹.

Ocorre que, ainda no século XIX, a presunção de igualdade do poder de barganha revelou-se uma premissa enganosa. Muito não demorou a se perceber que, por exemplo, o empregado estava submetido ao poder do empregador ou que o consumidor era refém do vendedor, o qual se dobrava à vontade do fornecedor,

9. Cf. V. ROPPO, *Il contratto*, Milão, Giuffrè, 2001, p. 37.

10. Em tradução livre de P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 9: “whether in the market place or at the hustings”.

11. V., a respeito, V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 37.

e assim por diante, sendo a ferramenta de exploração precisamente o contrato¹².

Desde a ascensão do Estado Liberal, o contrato se proliferava como instrumento de autoafirmação da classe burguesa, que lhe garantia o acesso à propriedade e à obtenção de mão-de-obra, mas, em decorrência do aumento progressivo de trocas e negócios jurídicos já sensivelmente mais complexos, o modelo liberal rapidamente se revelou inadequado.

Se, por um lado, o liberalismo libertava o indivíduo dos vínculos feudais e do Antigo Regime, garantindo a igualdade formal e a livre iniciativa, de outro, criava um sistema defensor dos interesses particulares da classe burguesa, justificado pela bandeira da autonomia individual. Ao permitir a liberdade irrestrita e garantir a execução dos contratos em qualquer hipótese, o Estado Liberal tornou o contrato um instrumento de controle manejado pela burguesia.

Pode-se dizer que o período da plena liberdade contratual é melhor situado entre 1770 e 1870. No último quarto do século XIX, inicia-se um gradual e longo declínio da primazia da autonomia da vontade. Três fatores podem ser identificados como as influências capitais na destruição do paradigma contratual clássico: a proliferação dos contratos de massa, geralmente, por adesão; a evolução do conceito de obrigação afastando-o da intenção das partes (o que no Brasil é costumeiramente tratado como perspectiva dinâmica da obrigação¹³); e, por fim, a promoção da tutela protetiva do consumidor.

Os contratos por adesão nascem em um contexto de revolução industrial e aumento estrondoso das relações de consumo. A vontade do contratante passa a ser exclusivamente a opção de celebrar o contrato ou não. Seja pela velocidade com que muitas das relações quotidianas passam a ser resolvidas, seja pelo crescente desconhecimento que o cidadão passa a ter

12. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 14.

13. V., por todos, C. V. do COUTO E SILVA, *A obrigação...* cit., principalmente, p. 63-97.

sobre aquele ou este serviço, os contratos por adesão crescem de uma forma notória. Paralelamente a este crescimento, há a noção de que os contratos por adesão são necessários à sociedade moderna, pois permitem a economia de tempo, conflitos e custos de transação¹⁴.

Outro aspecto decisivo na alteração do velho paradigma, na esteira da necessidade de proteção aos menos favorecidos, foi o afastamento da ideia de que o objeto obrigacional poderia ser definido exclusivamente pela vontade das partes exarada no contrato. ATIYAH lembra a demanda em que a mudança interpretativa ficou clara no Reino Unido pelo aresto promulgado no julgamento do caso *Davis Contractors v. Farehan UDC* pela Casa dos Lordes no qual, em suma, foi decidido que mais importante do que a declaração aposta na cláusula do contrato era a intenção que razoavelmente podia se esperar das partes, guardadas as circunstâncias do negócio¹⁵.

A proteção ao consumidor como um dos principais interesses sociais e, por isto, um dos destacados objetivos do Estado é o último fator decisivo para a superação do paradigma contratual clássico. Sobre o tema, já asseverava MIGUEL REALE: “Aliás, o cuidado no sentido de preservar a liberdade contratual é tão grande que a orientação prevalecente não é no sentido de controle do contrato, mas sim no de fortalecer a parte fraca para que ela mesma possa exercer o direito de contratar”¹⁶.

Ao tutelar com maior veemência o interesse dos consumidores, naturalmente os contratos de consumo são regulados de forma distinta, seja proibindo certas disposições, seja criando novas obrigações àquele que se vê em uma relação de consumo. A limitação à liberdade incide, portanto, de duas formas: impedindo o fornecedor de certo comportamento e, ainda, impondo o dever de determinada conduta.

14. P. S. ATIYAH, *An Introduction...cit.*, p. 17-18.

15. *An Introduction... cit.*, p. 21.

16. M. REALE, *Resilição dos contratos por tempo indeterminado*, in *Questões de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 37.

Sobre o diploma consumerista, lembra CLÁUDIA LIMA MARQUES que, para a proteção do direito de escolha do consumidor e de sua autonomia racional, reconhece-se, entre outros, “um direito mais forte de informação”¹⁷ consubstanciado em vários dispositivos, além de um direito de reflexão permitindo-se o arrependimento imotivado (para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial).

Alguns outros eventos também podem ser tidos como determinantes quando se pensa no declínio da liberdade de escolha, ou liberdade contratual. ATIYAH discorre sobre três aspectos ulteriores deste fenômeno. A complexidade contratual demandando maior ingerência do intérprete na hora do julgamento, restando a atividade de simplesmente executar o acordado insuficiente para a satisfação do interesse dos jurisdicionados; um crescente ceticismo com as benesses do ideal liberal, o que para o autor tem seu início principalmente na década de 1870, quando os monopólios já assumiam o papel de protagonistas no mercado; e, o principal motivo, uma mudança dos próprios valores políticos, especialmente pelo reconhecimento “do problema das externalidades”, a exemplo da poluição, sujeira, aglomeração de pessoas e doenças, enfim, custos adicionais da Revolução Industrial impostos a terceiros. Neste sentido, pelas externalidades, o interesse social podia obstar a troca¹⁸.

Ainda, muito mais simples do que a noção de externalidade, a liberdade extrema de escolha é um dos principais fatores que começavam a ocasionar um fenômeno até então não conhecido pelo homem, a desigualdade massificada injusta.

Pela primeira vez o cidadão percebia uma quantidade de pessoas em necessidade e reputava tal situação injusta. Na segunda metade do século XIX, nada mais justificava (como nobreza, linhagem) a vantagem de um em detrimento do prejuízo

17. C. L. MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 271. V., no mesmo sentido, R. P. MACEDO JÚNIOR, *Contratos...* cit., p. 46.

18. Cf. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 19-20.

de tantos outros¹⁹. Há a percepção de que, sem o auxílio da lei, a exploração pelas partes mais poderosas seria irreprimível. A liberdade de escolha passava a ser a forma de instrumentalização da vontade dos influentes.

Só neste cenário é que a proibição desta ou daquela cláusula ou a necessidade de fazer constar certa previsão começam a integrar, ainda que modo tímido, o conteúdo das leis²⁰.

19. P. S. ATIYAH, *An Introduction...* cit., p. 20: “*The weak and the poor, the vulnerable and the exploited, were felt to be in need of protection by the law. If left to make their own contracts, it came to be increasingly thought, they would inevitably be worsted by rich and powerful contracting parties on the other side. So the law was called in aid in a multitude of ways to interfere in contracts, prohibiting some kinds of contracts, some kinds of contractual terms, or insisting that other contracts should confer rights on one or other party which were not actually contained in the contract.*”. Em tradução livre: “*Os fracos e os pobres, os vulneráveis e os explorados, foram identificados em necessidade de proteção da Lei. Se cogitada a possibilidade de realizarem seus próprios contratos, começa-se a pensar que inevitavelmente seriam sobrepujados por partes contratantes ricas e poderosas do outro lado. Portanto, a Lei veio a socorrê-los em múltiplas maneiras para interferir nos contratos, proibindo alguns tipos de contratos, alguns tipos de cláusulas contratuais, ou insistindo que outros contratos devessem conferir direitos a uma ou outra parte, o que não tinha sido, de fato, contido no contrato*”.
20. Também é lembrado por P. S. ATIYAH, dissertando sobre o declínio da liberdade de escolha, que a partir do início do século XX, além do controle de cláusulas, são criadas leis com hipóteses em que o cidadão é obrigado a contratar, algo completamente contraditório se pensado pelo paradigma clássico em que celebrar um contrato nada mais era do que o resultado da liberdade de escolha, *verbis*: “*Other changes also began to take place with the law of contract had grapple with. (...) For instance, in the 1950s a tenant of business premises was first given, subject to certain conditions, a statutory right to a new lease on the expiry of his old one. The landlord was (and indeed remains today) legally obliged to grant the new lease. To the traditional contract lawyer an obligation to enter into a contract seems very like a contradiction in terms, for a contract has traditionally been seen as the outcome of a free choice.*”. (*An Introduction...* cit., p. 22). Em tradução livre: “*Outras mudanças também começaram a ocorrer e desafiar o direito contratual. (...) Por exemplo, na década de 1950, a um inquilino de locação comercial, foi dado, pela primeira vez, sujeito a determinadas condições, o direito legal a uma nova locação quando do vencimento da antiga. O senhorio era (e, na verdade, permanece até hoje) legalmente obrigado a conceder o novo contrato. Para o advogado tradicional, a obrigação de celebrar um contrato parece muito com uma contradição em termos, pois um contrato tradicionalmente tem sido visto como o resultado de uma escolha livre*”.

Com efeito, o século XX foi marcado pela crescente intervenção estatal no domínio dos contratos. Hodiernamente, há a necessidade de lidar com novas formas importantes para a eficiência econômica das trocas como os contratos por adesão, a genérica obrigação de informar, mecanismos de reequilíbrio para os contratos de longa duração e, ademais, o ainda crescente aumento do intervencionismo estatal²¹.

Segundo as lições de ATIYAH, entretanto, o paulatino declínio da liberdade contratual desde o fim do século XIX deve ser objeto de nova avaliação. Em uma metáfora: o pêndulo que afastava a liberdade contratual do paradigma pode ter alterado seu curso, e, atualmente, tende na direção da maior liberdade contratual segundo a ótica neoliberalista²².

Na busca dos fundamentos das alterações que vêm ocorrendo no campo contratual, é afirmado que a primeira razão é nitidamente política. A liberdade de escolha passa a ser bem-vinda na medida em que há necessidade de maior competitividade entre agentes. Mais sucesso para aqueles que desempenham seu papel com sucesso e menos ajuda aos que sucumbem.

As privatizações de grandes empresas, públicas, a exemplo do que ocorreu no Brasil da década de 1990, são lembradas como alterações macroeconômicas exatamente para a maior liberdade de escolha. Trocas que até então eram de competência pública e, por isto, de maior regulamentação, foram deslocadas para a iniciativa privada.

Quanto aos consumidores, dois aspectos são significativos: o primeiro que hoje ele está em melhor situação do que aquele cidadão vulnerável que o paternalismo do paradigma anterior almejava defender; já o segundo diz respeito à sólida economia com grande leque para suas escolhas. Neste sentido, a maior competição, além de mais justa, pode atender mais satisfatoriamente aos interesses do consumidor.

21. Cf. R. P. MACEDO JR., *Contratos...* cit., p. 46.

22. *An Introduction...* cit., p. 27. V., no mesmo sentido, G. ALPA, *I principi generali*, Milão, Giuffrè, 1993, p. 327-331.

A par da motivação política, também é possível justificar a maior liberdade de escolha já que, modernamente, normas jurídicas são também amplamente estudadas pelo seu efeito econômico. Neste sentido, a liberdade de escolha é primordial para a eficiência econômica da sociedade²³.

Pode-se citar o exemplo de um proprietário de uma lanchonete que pagava aos seus funcionários menos do que o salário mínimo imposto por lei. Notificado pelas autoridades, o proprietário não pôde adequar sua folha salarial, preferindo o fechamento do estabelecimento. Os funcionários, que aceitavam as condições impostas, restaram desempregados. A fonte de renda para adequar o salário não mais subsistia e os consumidores perderam sua oportunidade de escolha.

АТИЯН ainda lembra que para obstar a liberdade ampla de escolha, a doutrina frequentemente aponta, como principal justificativa, o risco de disposições contratuais injustas em decorrência do desequilíbrio do poder de barganha. Neste contexto, atenta que, em um mercado genuinamente competitivo e funcionando bem, as distinções entre o poder de barganha não necessariamente implicarão prejuízos injustos, principalmente porque haverá mais opções de escolha ao consumidor²⁴.

23. Cf. P.S. АТИЯН, *An introduction...* cit., p. 29: “*Subsidizing inefficient industries (for example) means that excessive resources are devoted to the production of things which consumers just do not want to buy at the real social cost at which they are produced. So also, laws such as used to exist for restricting the availability of consumer credit (minimum deposits, for instance) and exchange control laws are no longer acceptable to the government because they distort the free market. They have been repealed, therefore, and the area of freedom of contract has been correspondingly enlarged.*”. Em tradução livre: “*Subsidiar indústrias ineficientes (por exemplo) significa que os recursos excessivos são dedicados à produção de coisas que os consumidores simplesmente não querem comprar ao real custo social em que são produzidas. Assim também, as Leis, como costumavam existir para restringir a disponibilidade de crédito ao consumo (depósitos mínimos, por exemplo) e as Leis de controle de câmbio já não são aceitáveis para o governo porque elas distorcem o mercado livre. Elas foram revogadas, portanto, e a área da liberdade de contrato foi proporcionalmente ampliada.*”.

24. P.S. АТИЯН, *An Introduction...* cit., p. 30.