

OBRAS DO AUTOR

Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

Ministério Público II: democracia. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Jr. (org. e colab.). São Paulo: Atlas, 1999.

Ronaldo Porto Macedo Jr.

CONTRATOS RELACIONAIS e defesa do consumidor

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Macedo Jr., Ronaldo Porto
Contratos relacionais e defesa do consumidor / Ronaldo Porto Macedo Jr. -- 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Bibliografia
ISBN 85-203-2976-4

1. Consumidores - Leis e legislação - Brasil 2. Consumidores - Proteção - Brasil 3. Contratos 4. Contratos - Brasil I. Título. II. Série.

06-8325

CDU-347.44:381.6(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos e consumidores : Direito 347.44:381.6(81)

Luís Guilherme Madalena
2007

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Relações com fornecedores	% de empresas
- Desenvolver programas conjuntos de P & D	27,2%
- Estabelecer cooperação para desenvolvimento de produtos e processos	48,8%
- Promover troca sistemática de informações sobre qualidade e desempenho dos produtos	68,6%
- Manter relacionamento comercial de LP com fornecedores fixos	58,2%
- Realizar compras de fornecedores certificados pela empresa	46,7%
- Realizar compras de fornecedores cadastrados pela empresa	36,9%
- Realizar compras de fornecedores que oferecem condições mais vantajosas a cada momento	36,2%
Número de respondentes	287

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA CONTRATUAL RELACIONAL: CONTRATOS DESCONTÍNUOS E CONTRATOS RELACIONAIS

SUMÁRIO: 4.1 A teoria relacional: origens e pressupostos – 4.2 Elementos promissórios e não-promissórios dos contratos – 4.3 Relações primárias e não-primárias – 4.4 Medida e especificidade da transação – 4.5 Começo, duração e término – 4.6 Planejamento e visão dos participantes: 4.6.1 Contratos de adesão e relação de adesão; 4.7 Divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (solidariedade, cooperação e fontes de apoio moral e econômico): 4.7.1 Definição de conceitos: solidariedade, cooperação e comunidade; 4.7.2 Solidariedade, confiança (*trust*) e cooperação econômica; 4.7.3 O dever de cooperar e o dever de solidariedade – 4.8 Contrato e poder: 4.8.1 Poder unilateral e poder bilateral; 4.8.2 O direito de participação – 4.9 Visão e expectativa dos participantes: 4.9.1 O reconhecimento da troca; 4.9.2 O comportamento altruístico; 4.9.3 Sentimento de tempo: presentificar o futuro; 4.9.4 Expectativas sobre problemas – 4.10 Fontes básicas de apoio socioeconômico e moral: 4.10.1 Excursão sobre as normas de ligação: restituição, dependência em razão da confiança (*reliance*) e expectativa de interesses; 4.10.2 Normas de ligação e contratos relacionais; 4.10.3 Juízo coletivo e confiança; 4.10.4 Boa-fé e contratos relacionais – 4.11 Teoria neoclássica e os modelos relacionais: o modelo dos custos da transação *versus* o modelo de Macneil: 4.11.1 A *transaction-cost analysis*; 4.11.2 A visão de Macneil; 4.11.3 Comunitarismo e individualismo.

4.1 A teoria relacional: origens e pressupostos

"At this point, just as contractual relations exceed the capacities of the neoclassical law system, so too the issues exceed the capacities of neoclassical contract law scholars. They must become something else, anthropologists, sociologists, economists, political theorists, and philosophers – to do reasonable justice to the issues raised by contractual relations. Exchange and planning, the basic areas of expertise of the contract scholar, have now become just two of the many factors in a complete social organism" – IAN MACNEIL

A chamada teoria dos contratos relacionais está associada sobretudo ao nome de Ian Macneil. É de se notar, contudo, que se por um lado este autor

merece o reconhecimento por ter elaborado uma sistematização abrangente desta teoria, por outro o seu trabalho, como ele próprio reconhece, é fruto do desenvolvimento de trabalhos empíricos e teóricos de juristas que desde há muito já vinham trabalhando na mesma direção e chegando a resultados muito próximos dos seus. É o caso, nos Estados Unidos, de William Whitford, Nathaniel Leff, Selznick, Stewart Macaulay, Duncan Kennedy, Anthony Kronman, Victor Goldberg, Oliver Williamson etc.¹ Recentemente a idéia da teoria dos contratos relacionais vem sendo incorporada e ampliada por outros teóricos do direito e economistas, o que tornaria problemática discuti-la sob o registro teórico de um único autor. Por este motivo, este não foi o caminho escolhido neste trabalho. Por fim, alguns autores europeus vêm trabalhando com idéias bastante semelhantes e afins àquelas sistematizadas por Macneil, o que permitiria também agrupá-los – talvez em alguns casos algo a contra-gosto dos autores – todos sob a rubrica de teóricos do direito contratual relacional. Este seria o caso de Christian Joerges, Gunther Teubner, Norbert Reich, Thomas Wilhelmsson, Hugh Collins, P. S. Atiyah, Erich Schanze, François Ewald, Dieter Hart, David Campbell, Andrzej Szumanski, Hugh Collins e outros.² Apoiei-me também nestes autores para desen-

⁽¹⁾ Cf. William C. Whitford, *Contract law and the control of standardized terms in consumer contracts: An American report e Ian Macneil's contribution to contracts scholarship*. (Symposium: Law, private governance and continuing relationships), in *Wisconsin Law Review* v. 1985, n. 3, 1985, p. 545-564; de Stewart Macaulay, William Whitford, John Kidwell and Marc Galanter, *Contracts: Law in action cases*, op. cit.; de Arthur Leff, *Contract as a thing*, in *American University Law Review* 19, 1970, e *Commentary economic analysis of law: Some realism about nominalism*, in *Virginia Law Review*, v. 60:451, 1974; de Duncan Kennedy, *Distributive and paternalistic motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, in *Maryland Law Review* 41, 4, 1982 e *Form and substance in private law adjudication*, in *Harvard Law Review* 1685, 1989; de Anthony T. Kronman *Paternalism and the law of contracts*, in *Yale Law Journal* v. 92, n. 5, 1983, p. 763-798, e *Contract law and distributive justice*, in *Yale Law Review*, v. 89, n. 72, 1980; Victor Goldberg, *Toward an expanded economic theory of contract*, in *Journal of Economic Issues* 10, p. 45-61, e *Price adjustment in long-term contracts* (Symposium: Law, private governance and continuing relationships), in *Wisconsin Law Review* n. 3, 1985, p. 527-543 e ainda, *The law and economics of vertical restrictions: A relational perspective*, in *Texas Law Review*, v. 58, n. 91, 1979, de Victor P. Goldberg e John R. Erickson, *Quantity and price adjustment in long-term contracts: A case study of petroleum coke*, in *Journal of Law and Economics*, v. 30, n. 2, 1987, p. 369-398; de Robert E. Scott, *Conflict and cooperation in long-term contracts*, in *California Law Review* v. 75, n. 6, 1987, p. 2005-2054 e de Charles J. Goetz e Robert E. Scott, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 1089, 67, 1981; de Oliver Williamson, *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, 22, *Journal of Law & Economics*, 233, n. 1, 1979.

⁽²⁾ Cf. Christian Joerges, *Relational contract theory in a comparative perspective: Tensions between contract and antitrust law principles in the assessment of contract relations between automobile manufacturers and their dealers in Germany* (Symposium: Law, private governance and continuing relationships), in *Wisconsin Law Review* n. 3, 1985;

volver o modelo teórico aqui apresentado. De qualquer modo, minha dívida teórica para com Ian Macneil é imensa. Aceitei de maneira geral a caracterização dos contratos relacionais em contraste com os contratos descontínuos feita por Macneil. Afastei-me, contudo, de seu modelo especialmente ao analisar as questões das relações entre o poder, a solidariedade e a teoria relacional. Tal afastamento não me parece sem importância à medida que insisto numa mudança do solo epistemológico jurídico no qual se desenvolve o direito moderno, aspecto que não merece maior atenção nos trabalhos de Macneil, e no caráter comunicacional das relações de poder. Vale lembrar também que, conforme já apontado, não existem trabalhos analisando os contratos relacionais de consumo.

No presente capítulo desenvolvo os elementos fundamentais para uma teoria do direito contratual relacional. O objetivo básico é o de criticar os limites da teoria contratual clássica, fundada num conceito bastante limitado e historicamente determinado de vínculo contratual, usualmente denominado "contrato descontínuo".

Um esforço como este poderia parecer desnecessário em face da imensa bibliografia nacional e estrangeira que desde há alguns anos tem chamado a atenção para as insuficiências da teoria contratual tradicional.³ De certo modo, poder-se-ia objetar que a tarefa pretendida neste capítulo nada mais é do que

p. 581-613; Erich Schanze, *Symbiotic contracts: Exploring long-term agency structures between contract and corporation*, in Christian Joerges (ed.), *Franchising and the law. Theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991 e Daintith and Teubner (eds), *Contract and organization: Legal analysis in the light of economic and social theory*, op. cit.; Norbert Reich, *Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, Barcelona, Ariel, 1985, de Thomas Wilhelmsson, *Critical studies in private law*, Dordrecht Kluwer, 1992, e, *The philosophy of welfarism and its emergence in the modern Scandinavian contract law*, in *Welfarism and contract law*, op. cit. e, *Questions for a critical contract law and a contradictory answer: Contract as social cooperation*, in *Perspectives of critical contract law*, op. cit.; Hugh Collins, *The law of contract*, op. cit.; P. S. Atiyah, *Introduction to the law of contract*, op. cit., e *Essays on contract*, op. cit.; François Ewald, *L'état providence*, op. cit.; Dieter Hart, *Substantive and reflexive elements in modern contract law*, in *Unfair terms in consumer contracts*, op. cit., de David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, in *International Journal of the Sociology of the Law*, Feb, v. 18, n. 1, 1990, p. 75-95 e de David Campbell e Donald Harris, *Flexibility in long-term contractual relationships: the role of co-operation*, in *Journal of Law and Society* v. 20, n. 2, 1993, p. 166-191; de Andrzej Szumanski, *The industrial cooperation contract in east-west trade*, *Case Western Reserve Journal of International Law Winter*, v. 21, n. 1, 1989, p. 87-108; Simon Deakin, Christel Lane e Frank Wilkinson, *Trust or law? Towards an integrated theory of contractual relations between firms*, in *Journal of Law and Society*, v. 21, n. 3, 1994, p. 329-349.

⁽³⁾ Cf., por exemplo, Orlando Gomes, *Transformações gerais do direito das obrigações*, op. cit., Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*, v. 3; 4. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978; Tullio Ascarelli, *O contrato plurilateral*, in: *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Saraiva, 1946, p. 271-332.

reescrever uma história já conhecida, ante a pouca controvérsia existente quanto à crise do paradigma contratual clássico. Entendo, contudo, que a grande maioria dos manuais de direito contratual e a fundamentação jurídica que se encontra na jurisprudência dominante em nossos tribunais demonstram com clareza que a história a ser escrita não é exatamente a mesma. Ademais, o reconhecimento da crise do direito contratual clássico, que parece ser o ponto de identidade na doutrina dominante, pouco ajuda a explicar a grande diversidade na descrição, tratamento e abordagem desta crise. Para demonstrar tal tese cumpre apresentar alguns elementos teóricos que permitem a compreensão da natureza e do grau das mudanças a que me refiro e mostrar em que medida minha análise não repete as críticas dominantes, muito embora em boa medida compartilhe de muitas de suas conclusões e descrições fenomenológicas. Afinal, não se trata de redescobrir a pólvora (ou a crise do direito contratual clássico), mas encontrar um enquadramento teórico mais adequado e poderoso para a compreensão das mudanças no direito contratual moderno.

Como primeira premissa teórica para o presente trabalho é válido insistir que entendo por direito um conjunto de práticas normativas, práticas de coerção, de sanção social, políticas e da racionalidade.⁴ Neste sentido, o direito enquanto conceito não corresponde a nenhuma essência, mas serve para qualificar algumas práticas históricas e socialmente determinadas. Da mesma maneira, o conceito de contrato não corresponde a nenhuma essência ou estrutura imutável, mas antes descreve um conjunto de práticas que apresentam algumas "semelhanças de família" que permite agrupá-las sob um mesmo conceito. Assim, se por um lado é válido reconhecer que "não existe uma coisa que poderíamos chamar de contrato típico",⁵ por outro lado é importante reconhecer que há um conjunto de práticas jurídicas que permitem identificar historicamente a formação de uma identidade conceitual. Insisto que não se trata de identificar os princípios essenciais comuns ao direito contratual, tarefa impossível dentro do direito contemporâneo em geral e do direito contratual contemporâneo em particular. Trata-se, sim, de descrever categorias que permitam compreender e operar a experiência contratual e sua relação com a dogmática jurídica contratual. Dentro de uma tal visão nominalista, cabe encontrar os elementos comuns que formam esta semelhança de família e que permitem a elaboração de uma dogmática jurídica crítica (a "emancipatory dogmatics" de Wilhelmsson⁶ ou o "positivismo

⁴ Conforme aponta François Ewald: em *L'état providence*, op. cit., p. 30: "O Direito não existe; aquilo que chamamos 'direito' é uma categoria do pensamento que não designa nenhuma essência, mas serve para qualificar certas práticas: práticas normativas, práticas de coerção ('contrainte') e da sanção social (sem dúvidas), prática política (certamente) e prática da racionalidade (também)".

⁵ Cf. P. S. Atiyah, *Essays on contract*, op. cit., p. 18-19.

⁶ Thomas Wilhelmsson, *Questions for a critical contract law and a contradictory answer: Contract as social cooperation*, in *Perspectives of critical contract law*, op. cit.

crítico" de Ewald⁷); sem cuja consciência o operador do direito acaba por se tornar um reprodutor autômato do senso comum jurídico dominante.

Analisar o contrato enquanto prática implica entendê-lo como um elemento indissolúvelmente ligado à sociedade na qual ele existe. As razões para tal afirmação são bastante triviais à medida que não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem. Em outras palavras, não existe contrato fora do contexto de uma dada *matriz social* que lhe dá significado e lhe define as regras. Conforme salientado anteriormente, não existe contrato fora de uma ordem de mercado e esta sem uma sociedade que lhe dê suporte. Neste sentido, a sociedade é a fonte primária do contrato, aspecto que desde há muito é reconhecido e estudado pelos clássicos do pensamento social moderno como Marx, Durkheim e Weber.

Uma segunda fonte do contrato é a especialização ou divisão social do trabalho, a qual conduz à uma forma de troca entre bens diferentes produzidos por pessoas distintas. Imaginar uma sociedade sem especialização do trabalho é entendê-la como um pequeno grupo de caçadores isolados, situação muito diversa da moderna sociedade industrial.⁸ O interesse pela troca nasce do próprio fato de que alguns produzem bens que outros não dispõem, mas desejam. A troca estabelecida por uma medida de equivalência recíproca, contudo, é apenas um tipo específico de contrato. É possível pensar em outras formas de relação contratual nas quais não há uma medida de valor de reciprocidade estabelecida pelo mercado. De maneira geral, todas as trocas influenciadas por relações de costume, *status*, parentesco ou ainda expectativas de continuidade da relação contratual e/ou pela solidariedade, não se enquadram na definição da troca reciprocamente mensurável por uma medida universal de equivalência ou, em outras palavras, não se medem pelo equivalente em dinheiro.

Um terceiro elemento, ou raiz primitiva do contrato, é o sentido de escolha, que importa na existência de alguma *liberdade para escolher*, em algum grau de autonomia da vontade, menos importando aqui se ela é real, imaginária ou postulada. Sem um mínimo de liberdade para escolher não se distingue o contrato do mero comando. É por este motivo que não é admitido pelas teorias contratuais a existência de relação contratual entre o senhor e o escravo.

Por fim, um quarto elemento nas relações contratuais refere-se à consciência do passado, presente e futuro, tendo em vista que o contrato é na verdade um processo de projeção de trocas no futuro feitas no presente. Neste processo, a consciência do passado desempenha importante papel de estabilização de

⁷ François Ewald, *L'état providence*, op. cit., p. 29-31, e Para um positivismo crítico: Michel Foucault e filosofia do direito, in *Foucault e a norma*, op. cit., p. 59-66.

⁸ Cf. Émile Durkheim, *The division of labor in society*, op. cit., p. 68 e ss. de Karl Marx, *O capital*, capítulo I, v. I, Abril, coleção "Os Economistas", São Paulo e também Marshall Sahlins, *Stone age economics*, New York, Aldine de Gruyter, 1972.

expectativas.⁹ Conclui-se, pois, que o contrato é um projetor de trocas emanado numa matriz social fundada nos outros elementos supra mencionados, a saber, a especialização do trabalho e da troca, o sentimento de escolha, aparente ou real, e seu exercício, e a consciência do passado, presente e futuro.¹⁰

4.2 Elementos promissórios e não-promissórios dos contratos

Para melhor compreender o contrato como um projetor de trocas, cabe analisar os dois principais tipos de projetores que encontramos na experiência contratual desde a antiguidade. Adiante apontarei as diferenças entre as ênfases que estarão subjacentes a cada tipo de contrato e teoria contratual dominantes em diferentes períodos históricos ou paradigmas contratuais.

Um primeiro e óbvio elemento é a promessa individual. Quando alguém realiza uma promessa a outrem, por exemplo, vender-lhe um bem através de um compromisso de compra e venda, temos os seguintes elementos efetivados: 1) a afirmação do poder da vontade de afetar o futuro; 2) individualização de cada participante, através da promessa, como partes separadas, a saber, promitente e promissário; 3) a realização de algo agora que afeta o futuro do promitente, limitando-lhe as escolhas que futuramente serão possíveis. Deste modo, por exemplo, no futuro o promitente não mais poderá vender o imóvel a terceiro interessado, sob pena de incorrer nas conseqüências advindas do não cumprimento do contrato estabelecido pela promessa. Na projeção de trocas feita através da promessa, pressupõem-se ainda a existência de uma especificidade no objeto trocado, uma comunicação entre as partes contratantes e uma medida da reciprocidade entre os objetos intercambiados.

A promessa, contudo, não é o único projetor futuro. Comandos, *status*, papel social, parentesco, padrões burocráticos, obrigações religiosas, hábitos e outras internalizações podem produzir projeções. Além destes, "expectativas futuras de troca e outras motivações futuras derivadas de dependências a trocas que se realizam atualmente, concebidas de maneira totalmente livre de outra coerção ou comando, fazem com que as trocas ocorram dentro de certos padrões, padrões pelo menos previsíveis".¹¹ Neste sentido, a existência de relações contratuais em andamento, sejam elas hierárquicas ou não, cria expectativas de que trocas futuras ocorram, e ao menos em parte, em termos previsíveis.

É importante notar que os projetores de trocas futuras não-promissórios podem estar acompanhados de promessas. Mais importante do que isto, conti-

⁹ Sobre a teoria geral das expectativas cognitivas e normativas ver sobretudo Niklas Luhmann, *Sociologia do direito*, op. cit., v. I, p. 42-166. Ver também de I. Macneil, *New social contract*, op. cit., p. 4, e, *The many futures of contracts*, in *California law review*, v. 47, 1974, p. 4.

¹⁰ Cf. Macneil, *The many futures of contracts*, op. cit., p. 706 e 713.

¹¹ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 716.

do, é o fato de que as promessas estão sempre acompanhadas de projetores não-promissórios,¹² especialmente no âmbito dos contratos modernos que acentuam suas características relacionais.

Esta primeira distinção é importante para se compreender a tipologia proposta a seguir, marcada em boa medida pela oposição de elementos promissórios a elementos não-promissórios nas relações contratuais.

Ian Macneil oferece dois exemplos paradigmáticos para descrever os contratos descontínuos e relacionais. Um primeiro exemplo é a compra de gasolina numa rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal. Um segundo exemplo é o de um casamento tradicional, que envolve longo período de namoro, conhecimento, comunicação, aquisição de confiança, noivado, estabelecimento de objetivos comuns de longo prazo de caráter não exclusivamente econômico.¹³ A existência de cláusulas abertas e indeterminadas relativas, por exemplo, à divisão de tarefas no lar, esforço pessoal para o bem-estar da família, compromissos em caso de doenças, freqüência de relações sexuais etc., no momento em que o contrato é celebrado, e constante possibilidade de revisão e mudança. A partir de tais exemplos é possível tornar mais clara a classificação que se propõe a seguir, fixada pelo contraste dos sete elementos da transação contratual: 1) relações primárias e não-primárias e número de participan-

¹² Macneil salienta que dois aspectos chamam a atenção na natureza dos contratos puramente baseados em promessas transacionais: Um primeiro aspecto reporta-se ao fato de que a promessa é fragmentária: A atenção limitada do contratante, i. e., à racionalidade limitada ("bounded rationality") do contratante, constitui-se em aspecto importante da situação de poder nas práticas contratuais ao qual voltarei no capítulo seguinte. Um segundo aspecto consubstancia-se no fato de que a comunicação expressa não é a comunicação recebida, visto que sempre há um grau inevitável de distorção na comunicação. Por tal motivo, a promessa, isolada de outros elementos não promissórios, não pode jamais ser a fonte completa para a negociação com o futuro. Cabe também lembrar que as promessas, mesmo quando não sujeitas a grandes problemas de comunicação, não são absolutas. Assim, o direito cria diversos mecanismos que autorizam o promitente a isentar-se da promessa caso ocorram circunstâncias como força maior, imprevisão ou mesmo onerosidade excessiva. Macneil observa: "A manutenção das promessas, assim como qualquer fenômeno que serve a uma função social, tende a cair em desuso, o que se percebe quando uma das duas coisas ocorre: 1) o fenômeno deixou de servir a função e nenhuma outra função é realizada; 2) o custo para mantê-la desempenhando a função tornou-se desequilibrado em relação ao custo provocado", in *The many futures of contracts*, op. cit., p. 729. Tal fato é exemplificado pelos estudos empíricos de Stewart Macaulay acerca da relação contratual entre comerciantes de veículos no Estado de Wisconsin. Em determinadas circunstâncias, quando as mudanças de situação econômica assim o justificam, o próprio promissário deixa de pleitear em juízo a indenização a que teria direito em razão do descumprimento contratual por considerá-la injusta. Ver Stewart Macaulay, "Non-contractual relations in business: A preliminary study", op. cit.

¹³ A propósito, veja-se Marriage as a relational contract, *Virginia Law Review*, edited by Robert Scott e Elizabeth Scott, oct. 1998.

tes; 2) medida e especificidade da transação; 3) começo, duração e término; 4) planejamento; 5) divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (cooperação e solidariedade) e fontes de apoio moral e econômico; 6) poder; e 7) visão e expectativas dos participantes.

4.3 Relações primárias e não-primárias

O contraste entre estes dois exemplos propostos acima permite identificar uma primeira característica distintiva entre os contratos descontínuos e os contratos relacionais. O contrato de compra de gasolina não envolve relações primárias. Já no contrato de casamento tradicional, as relações primárias são intensamente exigidas.

Segundo Selznick e Broom,¹⁴ existem três características básicas que distinguem as relações primárias das relações não-primárias, a saber: 1) A relação primária é uma resposta a pessoas integrais e não a segmentos. Assim "nas relações primárias os participantes interagem como indivíduos únicos e totais. O caráter único significa que a resposta é a cada pessoa particular e não é transferível para outras pessoas. O caráter total significa a) que a pessoa responde a muitos aspectos do caráter e bagagem ("background") do outro e b) que ela responde livre e espontaneamente, como uma individualidade integrada, permitindo que sentimentos entrem na relação".¹⁵ 2) Na relação primária a comunicação é profunda e extensiva. Nela "são colocados poucos limites na extensão e modo de comunicação. Em relações não-primárias a comunicação é limitada a tópicos específicos (...). Relações não-primárias não são imaginadas para revelar níveis mais profundos da personalidade e tendem a restringir-se a modos formais e públicos de interação".¹⁶ 3) Por fim, nas relações pessoais a satisfação do indivíduo é preponderante: "Indivíduos entram em relações primárias porque tais relações contribuem para o seu desenvolvimento pessoal, segurança e bem-estar. Nas relações primárias o indivíduo é aceito por si mesmo e não apenas como meio para uma finalidade prática".¹⁷

A partir de tais distinções é possível afirmar que os contratos relacionais, ao contrário dos descontínuos, envolvem relações com a pessoa integral, relações profundas e extensivas de comunicação através de uma variedade de modos e elementos significativos de satisfação pessoal não econômica.¹⁸

Um outro fator importante, muitas vezes ligado ao predomínio de relações primárias ou não-primárias, é o número de participantes envolvidos numa relação contratual. Nos contratos descontínuos puros há apenas duas partes (isto

⁽¹⁴⁾ Leonard Broom e Paul Selznick, *Sociology*, 6. ed., New York, Harper and Row, 1977, p. 125-129.

⁽¹⁵⁾ Broom e Selznick, *Sociology*, op. cit., p. 125-129.

⁽¹⁶⁾ Broom e Selznick, *Sociology*, op. cit., p. 125-129.

⁽¹⁷⁾ Broom e Selznick, *Sociology*, op. cit., p. 125-129.

⁽¹⁸⁾ Cf. *The many futures of contracts*, op. cit., p. 723.

em boa medida porque a própria presença de outras partes automaticamente começa a criar circunstâncias geradoras de características relacionais). O oposto ocorre com os contratos relacionais, especialmente aqueles estabelecidos no interior da grande empresa ou corporação. Neste tipo de contrato, é bastante comum o surgimento de verdadeiras redes de agentes e participantes, o que aumenta substancialmente a complexidade interna das relações contratuais.¹⁹ Não obstante, pode haver contratos relacionais com apenas duas pessoas, como é o caso do casamento, no exemplo paradigmático citado acima. Vale insistir, contudo, que de maneira geral vários dos contratos contemporâneos envolvem inúmeros tipos de relações primárias em diversos níveis, organizados sob uma ampla variedade de estruturas burocráticas. Um exemplo disto é o contrato de fornecimento de crédito para compra de casa própria ou a participação em fundos de investimento organizado por um banco.²⁰ Em tais exemplos, o gerente age não como um agente anônimo e impessoal, mas muitas vezes como um verdadeiro consultor, ou "amigo" como querem induzir as próprias estratégias de marketing dos bancos, que através de uma relação de confiança e pessoal intermedia "networks" de um complexo de relações entre as divisões do banco, os fiadores, as seguradoras etc., coordenadas por uma ampla estrutura burocrática. Não é diferente o caso que examinarei com maior detalhe na segunda parte deste trabalho, relativa aos contratos em fundos privados de pensão.

As formas de organização das "networks" de produção apóiam-se cada vez mais em elementos de confiança pessoal entre os agentes envolvidos na transação e negociação.²¹

⁽¹⁹⁾ Sobre esse assunto ver também Erich Schanze, *Symbiotic contracts: Exploring long-term agency structures between contract and corporation*, in Christian Joerges (ed) *Franchising and the law: Theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, e Daintith and Teubner (eds), *Contract and organization, Legal analysis in the light of economic and social theory*, op. cit.

⁽²⁰⁾ Alberto Amaral Jr., em seus comentários publicados no *Código de Defesa do Consumidor*, Juarez Oliveira (org), São Paulo, Saraiva, 1991, p. 199, reconhece tal fenômeno ao salientar: "A relação de crédito tende cada vez mais a abandonar os limites da estrutura bilateral costumeira para adquirir caráter triangular. A aquisição de bens ou a contratação de serviços passa a ser mediada por um terceiro, a instituição financeira, a quem incumbe financiar a operação econômica a ser realizada. Além disso, o motivo que preside a realização do negócio de crédito surge como de extrema relevância, não pairando mais qualquer dúvida de que o crédito ao consumo se distingue das formas tradicionais de mútuo". O art. 52 do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer os deveres do fornecedor de informar o consumidor sobre a relação de crédito, impõe um vínculo legal unindo as três ou mais partes envolvidas numa relação de consumo feita a crédito. Mais uma vez, portanto, o Código de Defesa do Consumidor cria mecanismos que impedem o reconhecimento do contrato como um fenômeno puramente descontínuo ou monádico.

⁽²¹⁾ Sobre o assunto ver Steven C. Hackett, *Is relational exchange possible in the absence of reputations ans repeated contact?*, in *The Journal of Law, Economics and Organization*, 360, 10, 1994.

Muito embora os contratos de trabalho de maneira geral tenham características mais relacionais do que, por exemplo, os contratos de compra e venda, é importante notar que é possível identificar relações contratuais mais ou menos descontínuas. Exemplo disto pode ser encontrado na contratação para serviços de faxina doméstica mais tradicional, ainda bastante comum no Brasil, onde a relação empregada-patroa é algo misto e intermediário entre a antiga "criada" e uma trabalhadora assalariada numa indústria. Neste caso as relações contratuais tendem a ser mais relacionais, com fortes elementos de comunicação primária e muitas vezes vínculos de solidariedade como assistência e auxílio não previstos expressamente no momento da contratação. Tais características tendem a diminuir nas contratações de faxineiras "diaristas", que realizam a tarefa individual de uma faxina, mediante o pagamento imediato e com relações primárias bastante mais limitadas. Em países mais ricos como os Estados Unidos, atualmente verifica-se uma tendência no sentido da transformação do serviço de faxina em relações não-pessoais, entre os clientes e as "empresas de faxina", ainda que estas assumam um caráter predominantemente familiar.²² Tal mudança acaba, de certo modo, por transformar uma relação de trabalho entre patrão e empregado numa relação de consumo entre uma empresa e um consumidor, o que traz importantes mudanças do ponto de vista jurídico, visto que neste novo plano o patrão é presumido ser a parte "vulnerável", ao passo que no regime das relações de trabalho o oposto se dava.

4.4 Medida e especificidade da transação

Outro aspecto importante que diferencia os tipos ideais de contratos acima identificados refere-se à medida da transação econômica. Um contrato descontínuo puro deve ser facilmente monetizado, isto é, a medida de reciprocidade entre os objetos transacionados deve ser redutível ao equivalente universal dinheiro. Algo diferente, contudo, ocorre nos contratos relacionais, que podem envolver a troca de valores não monetizáveis ou, ao menos, não tão facilmente convertíveis em dinheiro. Um exemplo é encontrado nos contratos de cooperação tecnológica estabelecidos entre empresas. Contratos desta natureza são frequentemente firmados não para reduzir os custos da produção e aumentar a taxa de lucros das empresas, mas sim para aumentar-lhes o poder perante o mercado de modo a garantir-lhes uma posição de domínio sobre o mesmo.²³

²² Sobre o assunto ver de Ana Cristina Braga Martes, *Solidarity and competition. Access to the labor market and the role of the churches in greater Boston's Brazilian immigrant groups*, paper apresentado na New England Sociological Association, Fall River, Massachusetts, 1996.

²³ Sobre o assunto observa John K. Galbraith, *American capitalism: The concept of countervailing power*, Houghton Mifflin, Boston, Massachusetts, 1952, que "o poder que permite a empresa a ter alguma influência sobre os preços assegura que os ganhos resultantes não serão passados para o público por imitadores (que não tiveram ne-

Característica importante a destacar, contudo, é o fato de que nos contratos relacionais há uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Afinal, não se sabe exatamente o que as partes obterão durante e ao término da relação contratual. Um outro exemplo claro desta incomensurabilidade reside nos contratos para planos privados de pensão, nos quais o valor do benefício somente será conhecido no momento em que o pensionista se utiliza do plano.²⁴ Em outros tipos de contratos relacionais, como, por exemplo, a contratação de um executivo por uma empresa, a posição social, prestígio e evolução na empresa permanecerão incomensuráveis durante ao menos parte de sua execução. De forma geral, os contratos que se ligam a interesses não exclusivamente econômicos, por envolverem valores de interesse social como a dignidade humana, a proteção do meio ambiente, a defesa e segurança da nação (no caso de contrato de fornecimento de armamentos), acabam por ter características mais relacionais.²⁵

4.5 Começo, duração e término

De maneira geral, pode-se afirmar que as transações descontínuas se iniciam abruptamente, duram pouco e terminam rapidamente, seja em razão do cumprimento contratual, seja em razão do rompimento em função da resolução ou rescisão contratual.²⁶

A duração de um contrato descontínuo, como no exemplo inicial, geralmente é curta. O acordo é obtido com um mínimo de breves contatos. Um outro exemplo extremo é a venda de um refrigerante numa máquina automática de venda no qual a relação contratual sequer se faz em presença física das partes contratantes. De modo geral, as transações envolvendo bens de consumo não

nhum dos custos do desenvolvimento) antes que o gasto com o desenvolvimento possa ser recuperado. Desta maneira o poder do mercado protege o incentivo para o desenvolvimento técnico", apud Michael Best, *The new competition. Institutions of industrial restructuring*, Harvard University, 1990, p. 17. Esta idéia, na verdade, é comum a boa parte da bibliografia schumpeteriana sobre o papel do poder no mercado. Exemplo semelhante é oferecido por Roberto Mangabeira Unger em seu livro *The critical legal studies movement*, op. cit., p. 84.

²⁴ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 745. Vide também R. Nader & K. Blackwell, *You and your pension*, Grossman Publishers, New York, 1973.

²⁵ Uma interessante análise deste tipo de contratos de uma perspectiva relacional pode ser encontrada em Victor P. Goldberg, *Price adjustment in long-term contracts*. (Symposium: Law, private governance and continuing relationships), in *Wisconsin Law Review* n. 3, p. 527-543, 1985 e Victor P. Goldberg e John R. Erickson, *Quantity and price adjustment in long-term contracts: A case study of petroleum coke*, in *Journal of Law and Economics* v. 30, n. 2, p. 369-398, 1987.

²⁶ Neste sentido ver Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It Shortfalls and the Need for a rich classificatory apparatus*, in *Northwestern Law Review*, 75, 1984, p. 1.027.

durável, como comida, produtos de limpeza, cosméticos, combustível etc., têm esta mesma característica.

Ademais, nos contratos descontínuos, o início e o término da transação são produzidos num momento definido e único. Nos contratos relacionais, ao contrário, o início e o término não são tão claramente determinados. Assim, num casamento, por exemplo, há o processo de formação do consenso que é levado em consideração pelo direito. De maneira ainda mais evidente é a formação da relação concubinária, que tem início com a vida "more uxório", muitas vezes difícil de ser determinada com grande exatidão. Da mesma forma o são as negociações para a formação de "joint ventures" entre empresas e parcerias econômicas. Também o término dos contratos relacionais tende a ser gradual, muito embora talvez numa intensidade e evidência menor do que ocorre com o seu início. É o que ocorre com o término de uma "joint venture", que invariavelmente é precedido de longa negociação de modo a evitar traumas econômicos e desvalorização das empresas no mercado.²⁷ Em resumo, termos contratuais abruptos ou pré-definidos são descontínuos e não relacionais.

Alguns contratos de adesão são estabelecidos muito cedo, como por exemplo a matrícula em colégios, o alistamento militar, ou ainda os acordos de franquia, o que justificaria que se os chamasse de "relações de adesão", segundo a denominação proposta por Macneil.²⁸

4.6 Planejamento e visão dos participantes

Uma outra importante distinção entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos refere-se à maneira como se ligam ao planejamento futuro. Os contratos descontínuos, em geral, dão maior atenção à substância das transações como, por exemplo, o objeto da venda, preço, prazo de pagamento. Já em contratos relacionais, o planejamento considera outros aspectos como a performance no futuro e a condução de planejamentos futuros. Não é correto, contudo, afirmar que os contratos descontínuos não prevejam ou tratem de

⁽²⁷⁾ É importante notar que o Código de Defesa do Consumidor reconheceu de maneira jamais vista pelo ordenamento jurídico brasileiro o caráter relacional das relações de consumo ao incluir toda a comunicação estabelecida entre fornecedor e consumidor como parte integrante da relação contratual. Vide, por exemplo o comentário de Arruda Alvim et al, *Código do Consumidor Comentado*, op. cit., p. 189-190, ao art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. O caráter inovador do CDC é também evidente ao estabelecer o direito de reflexão, que estende o prazo de consumação da relação contratual. Sobre o assunto ver os comentários de Alberto Amaral Jr. ao art. 49 do CDC, in *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 187-190. Ver também de Antônio Junqueira Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 23-31.

⁽²⁸⁾ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 753.

planejamentos futuros. Eles evidentemente o fazem, à medida que planejar o futuro é característica básica de todo contrato. O processo de planejamento em contratos descontínuos, todavia, é geralmente subsidiário e adstrito ao aspecto principal da transação. Eles admitem planejamento certo e completo, o que não é possível em contratos relacionais, geralmente empregados onde maior flexibilidade é requerida. Tal circunstância torna-se cada vez mais frequente numa sociedade sempre mais complexa, tecnológica e dominada pela especialização flexível.

Além do aumento do grau e importância do planejamento nos contratos relacionais em relação aos contratos descontínuos, altera-se também a natureza do planejamento nestes dois tipos contratuais. Para os contratos descontínuos, o planejamento pode até ser o seu objeto principal, como, por exemplo, num contrato de prestação de serviço de limpeza de carpetes. No caso dos contratos relacionais, ao contrário, o planejamento vai assumindo um caráter menos substantivo e mais processual ou constitucional, à medida que passa a regular a forma pela qual a revisão e reformulação do planejamento vai se operar. Neste caso, os termos contratuais passam a definir menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento serão definidas. O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma "mini-constituição" ou estatuto de uma sociedade ou clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento. Neste ponto, mais uma vez, o contrato relacional se aproxima da idéia de acordo. Um exemplo deste tipo de contrato são as convenções coletivas de trabalho. Conforme salienta Macneil, "este tipo de planejamento fornece quadros gerais para planejamento posterior e acordo mútuo conforme o futuro demandar. Ele pode, sem dúvidas, afetar a substância da troca no futuro dependendo de como aloca o poder. Todavia, ele faz isto alocando o poder, e não mensurando agora as trocas futuras".²⁹ Macneil oferece um outro exemplo desta diferença que se quer enfatizar: "Um exemplo de inter-relação entre planejamento transacional (*descontínuo*) e relacional pode ser encontrado no planejamento de um consórcio empresarial em vias de ingressar num grande projeto que antecipe alguns projetos futuros. A alocação de ônus e benefícios para o primeiro projeto pode ser planejada com extensivos detalhes transacionais (*descontínuo*). Todavia, alocações para projetos futuros substantivos podem ser impossíveis com base no conhecimento hoje disponível. As partes podem lidar com este problema através de uma variedade de técnicas relacionais, dentre as quais uma cláusula prevenindo arbitragem é apenas uma possibilidade. Exemplos de acordos relacionais contendo uma grande quantidade de planejamento processual são os estatutos sindicais, artigos sobre incorporações, acordos de negociação coletiva (em particular reclamações e procedimentos de arbitragem), contratos administrativos (especialmente, mas não apenas, contratos para pesquisa

⁽²⁹⁾ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 759.

e desenvolvimento), e contratos padronizados de construção".³⁰ Em todos estes casos, é possível identificar uma natureza experimental ou aproximada do planejamento relacional.

Macneil oferece-nos um exemplo extremo do caráter processual do planejamento nos contratos relacionais ao mencionar o contrato de trabalho firmado entre um recruta e o serviço militar. O único aspecto vinculante do planejamento que o soldado deve reconhecer neste contrato como fixo e estável é o caráter obrigatório do planejamento em vigor no momento em que ele trabalha. Os planos podem mudar, e freqüentemente é isto que ocorre, importando ao soldado obedecer ao programa e planejamento em vigor, em respeito à ordem hierárquica.³¹

No caso dos contratos relacionais de consumo, esta flexibilidade pode representar enorme risco de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade do consumidor. Este, entretanto, não é um resultado necessário, à medida que a flexibilidade pode jogar a favor do consumidor, desde que este detenha parcela de poder que o permita posicionar-se de maneira equilibrada – especialmente do ponto de vista do poder de barganha – frente ao fornecedor. É por tal motivo que a afirmação de que este tipo de contrato de longo prazo é necessariamente

um "contrato cativo"³² me parece ser excessiva e imprópria para descrever os contratos de longa duração e ainda mais para descrever os contratos relacionais, visto que a catividade é um resultado possível mas não necessário da nova natureza das relações contratuais de consumo de longo prazo ou, como prefiro caracterizá-las, de caráter relacional.³³ Evidentemente o "cliente preferencial" ou "VIP" de um banco é um consumidor poderoso pelo fato mesmo de ser preferencial e supostamente representar bons negócios ou a expectativa deles (tanto do ponto de vista estritamente econômico como do ponto de vista da ampliação do poder) para o banco. É trivial dizer que isto é resultante de sua posição social, política e econômica que o torna um consumidor influente e pouco ou nada hipossuficiente.³⁴

³⁰ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 759-760. Nesta obra Macneil utiliza o termo, posteriormente abandonado, de contratos transacionais para se referir aos contratos descontínuos. Sobre o caráter constitucional dos contratos de trabalho ver Lon Fuller, *Collective bargaining and the arbitrator*, in *Wisconsin Law Review*, 1963, 3-5, onde o autor afirma sobre a convenção coletiva de trabalho "é ao mesmo tempo a constituição e o registro escrito de uma troca econômica". Ver também Gerald Aksen, *Legal considerations in using arbitration clauses to resolve future problems which may arise during long-term business agreements*, in *Business Law Review* 28, 595, 1973 e A. Cox, *The legal nature of collective bargaining agreements*, in *Michigan Law Review* 57, 1, 1958. Duguit ficou impressionado com o aspecto dos contratos de trabalho que os diferia dos contratos privados à medida que neles havia uma comunhão de interesses entre as partes, o que o levou a não considerá-los como contratos. Cf. Léon Duguit, *Collective acts as distinguished from contracts*, *Yale Law Journal* 27, 753, 763, 1918.

³¹ Também os contratos entre empresas podem assumir uma forma mais ou menos hierárquica de cooperação econômica. Best analisa a diferença entre dois modelos de relação entre empresas mais hierarquizado e vertical (modelo dominante especialmente nos EUA) e mais horizontal ou democrático (como no caso da "Third Italy"), in Michael Best, *The new competition*, op. cit., especialmente p. 6-20, 225 e 270-274. O trabalho pioneiro e influente sobre o assunto continua a ser o livro de Oliver Williamson, *Markets and hierarchies*, op. cit. Sobre a "Terceira Itália", analisando a formação e ação das "networks" no sistema produtivo é chegando a conclusões semelhantes às de Best, ver Richard Locke, *Remaking the Italian economy*, op. cit., especialmente, p. 174-189 e Robert D. Putnam, *Para hacer que la democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización administrativa*, Caracas, Venezuela, Editorial Galac, 1996, especialmente p. 102-149 e 207-236.

³² Em terminologia e conceito propostos por Claudia Lima Marques para quem: "Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa, para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores", in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 57.

³³ A despeito de inexistirem estudos empíricos sobre o assunto, o que impede uma afirmação mais segura sobre o tema, há uma tendência de diversos bancos, empresas prestadoras de serviços de saúde etc. de criarem uma distinção entre os seus clientes. Alguns clientes, considerados "VIPS" ou "preferenciais" em razão de seu poder, status, ou conhecimento pela mídia (como é o caso dos artistas), tendem a receber tratamento diferenciado em relação ao consumidor comum. Assim, tais clientes muitas vezes gozam de "tolerâncias" por parte de fornecedores no tocante ao cumprimento do contrato. É plausível imaginar o custo em termos da imagem da empresa em deixar de fornecer tratamento médico ou exigir o cumprimento de cláusula de número máximo de internação para pessoa conhecida e admirada pela mídia. Normalmente, contudo, tais "tolerâncias" se fazem à margem do contrato formal, no momento da execução ou performance contratual, o que permite maior flexibilidade por parte da empresa para atender seus interesses. Outros exemplos de relações contratuais relacionais de longo prazo que importam em poder para o consumidor podem ser encontrados quase sempre que o consumidor estiver organizado através de alguma associação, sindicato ou corporação. Assim, os contratos bancários e de prestação de seguros de saúde para deputados federais e outras autoridades públicas ou privadas poderosas, tendem a apresentar condições extremamente vantajosa para os seus membros, especialmente no momento da execução contratual. Para um estudo deste mesmo fenômeno no direito americano ver William Whitford, *Contract law and the control of standardized terms in consumer contracts: An American report*, op. cit.

³⁴ Concordo com distinção defendida por Antônio Herman V. Benjamin, *Das práticas comerciais*, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 224-225 entre hipossuficiência ("marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores") e vulnerabilidade (que seria um traço universal dos consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos"). Assim, evidentemente o correntista rico será considerado preferencial porque pode realizar negócios

Por fim, os exemplos dos contratos bancários e dos clientes preferenciais levantam a questão da expectativa de cooperação futura, que define mais um traço distintivo entre os tipos contratuais que se quer contrastar. Diferentemente dos contratos descontínuos, os contratos relacionais dependem inteiramente de cooperação futura, não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação. Não é por outro motivo que empresas que atuam em diversas áreas de fornecimento de bens ou serviços de consumo desenvolvem suas estratégias de marketing visando manter sua clientela de consumidores para oferecer-lhes futuros serviços e produtos por vezes ainda em desenvolvimento.

Ainda pelo mesmo motivo, empresas que atuam de maneira cooperativa e integradas por redes, procuram manter vínculos que prevejam e estimulem a cooperação futura, elementos cada vez mais essenciais e importantes para enfrentar as "novas formas de competição no mercado".³⁵

4.6.1 *Contratos de adesão e relação de adesão*

As diferenças relativas ao planejamento não se apagam quando o contrato assume a forma de contrato de adesão. Assim, mesmo em relações contratuais padronizadas ou de adesão, há uma diferença substancial entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos, à medida que nos primeiros a adesão se dá através de uma relação em curso. Por tal motivo, a adesão reporta-se a um processo de planejamento que tende a se fundir com as relações em andamento. Já os contratos de adesão descontínuos importam na adesão a um planejamento (por exemplo a execução de uma lavagem de carro) pré definido, certo e não variável. Não obstante, o caráter adesivo ou padronizado dos contratos faz com que o aspecto relacional destes tipos de transações se faça numa forma momentaneamente descontínua e instantânea, o que, entretanto, não lhes desfigura necessariamente as demais características relacionais que continuam dominantes. Assim, é nos contratos de adesão para computação, matrícula em escola,

com o banco que lhe tragam lucro. Da mesma forma autoridades políticas e administrativas e membros do Poder Judiciário são usualmente tratadas como clientes preferenciais pela expectativa de acréscimo de poder (e alguns casos até lucro) envolvido em seu tratamento diferenciado pode representar. A evidência deste fenômeno é um dos fatores que me levam a defender a introdução de elementos de justiça contratual definidos conforme a necessidade ("need-oriented") nas relações contratuais de consumo. Vide Thomas Wilhelmsson, *Critical studies in private law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, *The philosophy of welfarism and its emergence in the modern scandinavian contract law*, in *Welfarism and contract law*, op. cit., e ainda, *Need-rationality in private law?*, in *Scandinavian Studies in Law*, v. 33, 1989, p. 221-233.

³⁵ O conceito de nova competição é de Michael Best, *The new competition*, op. cit., p. 251-277. Sobre o papel de estratégias de lealdade e cooperação envolvidas nas novas formas de competição econômica ver também Albert Hirschmann, *Saída, voz e lealdade*, op. cit.

alistamento militar, contratos de franquia, seguros de saúde, fornecimento entre empresas e planos privados de pensão anteriormente citados. Cumpre lembrar ainda que o mesmo caso dos clientes preferenciais de bancos é um exemplo de contratação feita a partir de um contrato padrão.

4.7 *Divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (solidariedade, cooperação e fontes de apoio moral e econômico)*

A função do contrato descontínuo é a troca ou transferência da inteira responsabilidade de benefícios e de ônus particulares de uma parte para a outra. Assim, por exemplo, na compra e venda de bens mediante dinheiro, o proprietário do dinheiro abre mão dos benefícios e ônus envolvidos na posse do dinheiro em favor dos benefícios e ônus envolvidos na propriedade do bem, que passam a ser exclusivamente do novo proprietário. Não existe aqui nenhuma divisão dos ônus sobre o resultado da transação. Há apenas troca e reciprocidade mensurável pelo equivalente dinheiro. Os riscos, ônus e vantagens em possuir o dinheiro são inteiramente transferidos para aquele que vende o imóvel. Em contrapartida, os riscos, ônus e vantagens em possuir o imóvel passam para o seu novo proprietário. Em situação trivial e comum, numa sociedade de economia tradicionalmente instável como a brasileira, eventual desvalorização ou valorização do imóvel ou do dinheiro – ou até mesmo o seu bloqueio por intermédio de um plano de estabilização econômica – são fenômenos da exclusiva responsabilidade e risco de quem detém uma ou outra mercadoria após a transação.

Para a teoria tradicional, os interesses das partes são antagônicos e individualistas. Conforme aponta Orlando Gomes a respeito da teoria clássica, "sustenta-se que o acordo de vontades somente configura o contrato quando as partes têm interesses opostos. A oposição inicial de interesses seria de sua essência. Não passaria, o contrato, assim, de uma composição". Todavia, o jurista atenua tal visão ao admitir que os interesses possam não ser opostos. É claro, contudo, que mesmo Orlando Gomes, provavelmente o civilista brasileiro de maior sensibilidade sociológica, não admite contratos com objetivos convergentes. "Há, de certo, exagero nessa opinião, pois é de se admitir, ao menos, a configuração do contrato sempre que os interesses das partes não sejam convergentes, embora não se oponham."³⁶ O mesmo autor, contudo, admite certa ambiguidade nesta definição ao analisar os contratos de sociedades. "A característica mais incisiva do contrato na acepção clássica da palavra cristalizada na tradição romana reside na circunstância de ser um meio para a composição de interesses contrapostos. Segundo a orientação privatista, dominante ainda hoje, o contrato é um instrumento destinado a resolver interesses em conflito, pretensões em luta. Na sua formação, defrontam-se partes que, constituídas por sujeitos singulares ou plurais, visam à satisfação do interesse diverso de cada qual, que lhe

³⁶ Orlando Gomes, *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 2. ed., 1966, p. 15.

estrutura a vontade. Ocorre, também, que, ao lado desses negócios plurilaterais, outros se constituem, nos quais os distintos interesses das partes convergem para um fim comum. Tais negócios não devem entrar na categoria do contrato; por isso que, neles, a declaração de vontade das partes tem por fim a satisfação de interesses paralelos, e não de interesses contrapostos.³⁷ A sociedade pertenceria à categoria desses negócios plurilaterais porque os interesses dos que a constituem convergem para fim comum. "Sua natureza, pois, não seria contratual (...). De qualquer modo, a natureza contratual do ato constitutivo de uma sociedade não pode ser negada desde que se admita que seu traço característico se manifesta na composição de interesses privados formalmente divergentes. Rigorosamente, porém, pertence à categoria dos acordos".³⁸

Entendo que de modo geral o oposto ocorre nos contratos relacionais, onde os benefícios e ônus são compartilhados. Mais uma vez, evidencia-se a aproximação entre o acordo e os contratos relacionais, em termos de suas características distintivas. Um exemplo tradicional disto é um contrato de sociedade entre advogados de um mesmo escritório que importe na divisão dos lucros e responsabilidades comuns. Num caso como este, tanto o aumento de lucratividade, como eventuais prejuízos, são compartilhados entre os sócios. Neste sentido, os contratos relacionais aproximam-se mais da estrutura dos contratos de sociedade do que dos contratos de compra e venda, tal como concebido pela doutrina neoclássica.³⁹ Há também aqui, entretanto, uma importante

⁽³⁷⁾ No mesmo sentido, Emilio Betti, *Teoría del negocio jurídico*, Serie B, Monografías fundamentales de derecho privado y público, v. 26, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, p. 225, apud Orlando Gomes, *Contratos*, 2. ed., op. cit., p. 399.

⁽³⁸⁾ Orlando Gomes, *Contratos*, 2. ed., 1966, op. cit., p. 399-400.

⁽³⁹⁾ José Reinaldo Lima Lopes chamou-me a atenção para o fato de que o aspecto inovador dos contratos de sociedade para a teoria contratual já fora pioneiramente abordado por Tullio Ascarelli em 1946 em seu clássico ensaio "O contrato plurilateral", in *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, Saraiva, São Paulo, 1946, p. 271-332. Neste ensaio, Ascarelli chama a atenção para diversas características relacionais dos contratos plurilaterais, ou contratos de "comunhão de fins". Para ele, "os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto, estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos" (op. cit., p. 294). Dentre as características relacionais estariam: 1) a existência de várias partes (idem, p. 290); 2) serem contratos de execução continuada (idem, p. 294); 3) existência de cooperação (idem, p. 276-277); 4) serem contratos abertos (idem, p. 302); 5) exigirem replanejamento constantes por terem caráter normativo (idem, p. 322); 6) neles não haver necessário antagonismo entre as partes (idem, p. 276). Não há dúvida de que a intuição de Ascarelli já se direcionava para o que anos mais tarde viria a ser o desenvolvimento da teoria relacional. Seria exagero, contudo, crer que seu trabalho já descreveria uma teoria relacional. Em primeiro lugar, Ascarelli preocupa-se mais em descrever um novo tipo contratual do que uma característica geral da teoria dos contratos modernos. Em segundo lugar, concebe a idéia de cooperação em termos neoclássicos, não questionando as premissas individualistas pressupostas nesta idéia.

distinção a fazer. Conforme observa Andrej Burzynski, "nos contratos de cooperação o objetivo econômico seria a troca de serviços economicamente combinados. Entretanto, este serviço não precisa ser necessariamente comum para as partes da mesma maneira que o é na sociedade dentro do 'Civil Law'. Isto porquanto a troca pode demonstrar-se vantajosa para apenas uma das partes".⁴⁰

Por fim, nos contratos de fornecimento entre empresas dentro de uma estrutura de especialização flexível, a "network" contratual não chega a formar uma associação em sentido formal, visto que não lhe atende os requisitos, mas forma uma relação prolongada de cooperação de natureza institucional, segundo a terminologia dos institucionalistas franceses Hauriou e Duguit. Para avançar na análise das formas de divisão de ônus e benefícios é importante introduzir algumas distinções entre os conceitos de cooperação e solidariedade.

4.7.1 *Definição de conceitos: solidariedade, cooperação e comunidade*

Usualmente os conceitos de solidariedade e cooperação são utilizados de maneira intercambiável para definir o elemento que mantém as trocas coesas.⁴¹ Neste ponto minha análise distancia-se bastante do modelo de Macneil. Uma decorrência não menos importante desta diferença será o reconhecimento que faço, inexistente no modelo funcional macneiliano, entre tipos de racionalidade jurídica distintos que atuam na realização das regras de julgamento jurídico que formam uma dada experiência jurídica.

É assim também, por exemplo, com Durkheim, que ao definir as relações de solidariedade orgânica aplicadas às relações contratuais, afirma que o elemento de cooperação é o que mantém a relação de troca estável. Para ele, os contratos de modo geral caracterizam-se pela existência de obrigações recíprocas e correlacionadas. "A reciprocidade apenas é possível onde existe cooperação e isto, em contrapartida, não ocorre sem divisão social do trabalho. Cooperar é, de fato, dividir com outro uma tarefa comum."⁴² Para Durkheim, a solidariedade é o elemento de coesão social (de natureza moral) que permite aos homens

Em terceiro lugar, não percebe a importância das outras características relacionais estudadas pelos teóricos relacionais, notadamente, a existência de relações primárias e não-primárias, a dimensão não-promissória destes tipos de contratação, a visão e expectativa dos participantes, as novas fontes de apoio moral e econômico. É de notar que em 1946 várias destas novas fontes de apoio econômico sequer eram visíveis para o analista econômico da época.

⁽⁴⁰⁾ Industrial cooperation: New legal developments in Poland, in *Polish Yearbook of International Law*, v. XII, 1983, p. 230.

⁽⁴¹⁾ Assim, Ian Macneil, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University, 1980, p. 52.

⁽⁴²⁾ Émile Durkheim, *The division of labor in society*, translated by George Simpson, Free Press, New York, 1964, p. 79.

estabelecerem relações de cooperação, como por exemplo firmarem contratos, fenômeno somente imaginável em função da divisão social do trabalho e da diferenciação social.⁴³ Nos termos de Durkheim, extensivamente citado e utilizado por Macneil, portanto, a solidariedade é definida como o elemento moral pressuposto nas relações de cooperação, entendidas como divisão com outrem de uma tarefa comum.

Para os propósitos do presente trabalho é importante, contudo, fazer determinadas distinções que se revestem de interesse analítico e dogmático jurídico.

Num sentido amplo, pode-se definir cooperação como "a ação ou trabalho de um ou mais indivíduos com outros".⁴⁴ Nada há de se estranhar em tal definição, uma vez que ela cobre um amplo espectro do uso das línguas latinas ou de influência latina. Dentro desta primeira definição, é forçoso admitir que todo contrato, seja ele descontínuo ou não, é um ato de cooperação.

Numa definição mais restrita, porém, o mesmo não sucede. A definição que proponho é a de que cooperar "é associar-se com outro para benefício mútuo".⁴⁵ A esta definição pode-se acrescentar a dimensão negativa dos benefícios e, assim, incluir o ônus. Deste modo, a definição integral seria *cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua dos ônus*. Nesta segunda definição encontramos o elemento da mutualidade que era inexistente na primeira definição.⁴⁶ Note-se que a mutualidade se reporta ao benefício e não

⁴³ *The division of labor in society*, translated by George Simpson, op. cit., 1964, p. 337-338.

"Yet if the division of labour produces solidarity, it is not only because it makes each individual an agent of exchange, to use the language of the economists. It is because it creates between men a whole system of rights and duties joining them in a lasting way to one another. Just as social similarities give rise to a law as a morality that protect them, so the division of labour gives rise to rules ensuring peaceful and regular cooperation between the functions that have been divided up".

⁴⁴ *Webster's ninth new collegiate dictionary*, Springfield, MA, Merril Webster, 1991, p. 228.

⁴⁵ *Webster's ninth new collegiate dictionary*, op. cit. p. 228.

⁴⁶ Esta observação poderia parecer precipitada ante a existência dos conceitos de "causa" no direito romano e de tradição romanística e de "consideration" no direito anglo-saxão que remetem à idéia da necessidade de uma contraprestação contratual sempre que há um acordo ou promessa. Vale notar, contudo, que dentro do âmbito da doutrina contratual tradicional, seja ela de origem européia continental, seja ela de matriz anglo-saxônica, as idéias de "causa" e "consideration" reportam-se a um caráter exclusivamente formal do contrato. Assim, Arthur Corbin, *Contracts*, Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1952, p. 167; P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 118. Conforme consta do § 70 do "Second Restatement of Contracts", para que constitua consideração, uma performance ou uma promessa dada em retorno, deve ter sido objeto de negociação. Tal distinção serviu, contudo, num primeiro momento da teoria contratual clássica, apenas para justificar a distinção entre contratos onerosos e gratuitos. Cf. Darcy Bessone, *Do contrato. Teoria geral*, op. cit., p. 166. O que se nota, nas definições de "causa" e "consideration" no âmbito da doutrina tradicional, é que elas não importam em mutualidade substantiva, isto é, nenhum tipo de equivalência

apenas à existência de uma contrapartida formal na relação contratual. A mutualidade de benefícios reporta-se ao elemento material e substantivo objeto das transações e, neste sentido, define-se a partir da idéia de equilíbrio substancial nas trocas. No plano da biologia a idéia de cooperação poderia ser assemelhada à idéia de simbiose, pela qual um ser vivo relaciona-se com outro de maneira a que cada um retire proveitos materiais concretos desta relação.⁴⁷

A partir dessa segunda definição, mais restrita, é possível reconhecer mais um fator distintivo entre os contratos descontínuos e relacionais. Os contratos descontínuos pressupõem um equilíbrio e igualdade formais entre as partes contratantes que, conforme supra-salientado, trocam completamente os riscos e os ônus envolvidos na transação. Já nos contratos relacionais, ao contrário, há uma divisão de ônus e benefícios entre as partes contratantes: Um contrato de parceria entre sócios num escritório de advocacia tem claramente tal característica.

Fica claro, portanto, que utilizo o termo cooperação para designar uma relação de natureza instrumental e econômica. Este caráter instrumental já fora observado por Tullio Ascarelli em 1946. Para ele, "com efeito, podem, as normas jurídicas, visar quer uma 'repartição' de bens, quer, porém, ao contrário, uma 'cooperação' na utilização delés. Na primeira hipótese o aproveitamento, sucessivo, do bem por parte do sujeito fica, em princípio, no âmbito geral do lícito jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, é, ele, objeto de disciplina jurídica, e, portanto, o contrato assume um cunho 'instrumental' quanto à disciplina das sucessivas relações jurídicas das partes".⁴⁸ Assim, duas empresas até rivais podem estabelecer um acordo de cooperação tecnológica para o desenvolvimento de um produto que possa ser de interesse mútuo. O acordo ou contrato de cooperação cria vínculos mais estreitos do que a mera relação contratual descontínua, à medida que as intenções, expectativas genéricas e compromissos sobre o desenvolvimento futuro têm força vinculante.

Ascarelli propõe também uma interessante tipologia sobre as formas de cooperação nos contratos plurilaterais, que poderiam ser contratos de socie-

entre os termos intercambiados. Tal conclusão é coerente com o princípio liberal de que há uma incomensurabilidade entre os termos trocados no mercado, afinal, o preço não tem medida no valor, é apenas preço, e na presunção de que o indivíduo é livre para assumir individual e plenamente os riscos que quiser no mercado. É esta mesma lógica que garante a eficiência do próprio mercado em benefício de todos. Cf. Arthur T. von Mehren, *Civil law analogues to consideration: An exercise in comparative analysis*, in *Harvard Law Review* 72, n. 6, p. 1009-1079, 1959.

⁴⁷ Explorando esta mesma idéia Erich Schanze desenvolve a idéia de contratos simbióticos. *Symbiotic Contracts: Exploring long-term agency structures between contract and corporation*, in Christian Joerges (ed.), *Franchising and the law. Theoretical and comparative approaches in europe and the United States*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.

⁴⁸ O contrato plurilateral. In: Tullio Ascarelli, *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, op. cit., p. 276.

dade, associações ou contratos normativos. "Se examinarmos a prática, não tardaremos a reconhecer que há contratos plurilaterais em que as partes disciplinam as cláusulas dos futuros contratos que possam ser concluídos entre elas; contratos em que assumem o compromisso "recíproco" de seguirem todas (dentro de determinados limites) uma determinada diretriz comum; contratos em que disciplinam sua concorrência recíproca. A primeira hipótese se verifica, por exemplo, no caso de prefixarem, vários empreendedores, os juros, ou as condições de venda etc., nas relações recíprocas entre si. É análoga a hipótese que se verifica nas convenções entre os bancos centrais de vários Estados, na determinação das próprias relações recíprocas, com o fim de uma estabilização monetária de interesse geral. A segunda hipótese se verifica nos sindicatos de acionistas, quando vários destes combinam seguir todos, na assembleia, a mesma diretriz, embora agindo cada qual individualmente. A terceira hipótese verifica-se nos *comers*, cartéis e consórcios quando vários comerciantes ou especuladores convencionam comprar ou vender uma determinada mercadoria a um preço ou em quantidades predeterminadas; ou quando vários empreendedores convencionam não vender abaixo do custo, ou não recorrer a determinadas práticas de concorrência, ou vender todos pelo mesmo preço a mercadoria, ou delimitar as recíprocas zonas territoriais de venda ou a quantidade máxima que cada qual pode vender ou fabricar; nas convenções internacionais entre os bancos centrais de vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir por cada banco, no mercado, num intuito de estabilização monetária; nas convenções internacionais entre vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir quanto à produção ou à exportação de um produto, produzido em cada um deles. Encontramos destarte uma terceira subcategoria de contratos plurilaterais, além daquelas da sociedade e da associação anteriormente lembradas: a dos contratos plurilaterais normativos".⁴⁹

Na sociedade os vários sócios querem cooperar tendo como ponto em comum os próprios bens ou o próprio trabalho. Neste caso, "as partes cooperam apenas regulando as cláusulas das suas relações recíprocas futuras. Na associação, cooperam, mas apenas estabelecendo uma diretriz única de todos para com a sociedade. Nos contratos normativos, apenas estabelecendo uma diretriz para com o mercado".⁵⁰

A relação de solidariedade, em contraste com a relação de cooperação, refere-se a um conjunto de regras mais amplo e complexo. Ela se reporta a um conjunto de regras de julgamento que impõe um certo tipo de vinculação essencial entre as suas partes, que as torna articuladas e reciprocamente afetadas, tendo em vista uma medida que se desenvolve no interior mesmo deste conjunto. Assim, por exemplo, dentro de um *ethos* comunitário, o dever de responsabilidade ou de ajudar, "ser solidário" em relação a membro deste grupo

⁽⁴⁹⁾ Tullio Ascarelli, *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, op. cit., p. 323-324.

⁽⁵⁰⁾ Tullio Ascarelli, *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, op. cit., p. 327.

é definido relacionalmente, a partir da lógica interna desta mesma comunidade. No âmbito do Direito Social, o conceito de justiça social realiza a tarefa de ser de medida cambiante e reflexionante deste grau de vinculação, vale dizer, do esquema das solidariedades. Vale, contudo, antes de explorar todos os efeitos desta distinção, aprofundar os termos da definição de solidariedade.

Uma definição preliminar de solidariedade é a de que "(...) é a unidade (de grupos ou classe) que produz ou está baseada em comunidade de interesses, objetivos e padrões".⁵¹ O que cabe ser destacado nesta definição é a referência a uma unidade, que também pode ser o resultado de uma atividade cooperativa tanto no sentido amplo, quanto na acepção mais restrita acima proposta, referida a uma *comunidade*, envolvendo interesse, objetivos e padrões. Em outras palavras, a idéia de solidariedade implica a referência a uma comunidade externa à relação contratual. Isto não impede que se reconheça também a possibilidade de formação de uma comunidade interna formada pelo entrelaçamento de vínculos contratuais articulados na forma de uma rede.

O conceito de comunidade também pode assumir um sentido mais ou menos restrito. Numa acepção ampla, comunidade significa a qualidade ou estado do que é comum; que pode assumir uma dimensão grupal, "agrupamento que se caracteriza por forte coesão baseada no consenso espontâneo dos indivíduos", ou social, neste último caso reportando-se a toda a sociedade. Em resumo, a comunidade pode ser grupal ou social.

Tal definição se liga aos dois sentidos básicos da idéia de solidariedade, a saber, "sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum nação, ou da própria humanidade; e relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s)".⁵²

Um exemplo de solidariedade grupal poderia ser encontrado no *ethos* comum, ou sentimento de comunidade existente em um determinado grupo de empresários.⁵³ Da mesma forma é possível identificar um sentimento de comunidade no interior de uma empresa familiar ou que estimule formas de associação de formação de vínculos e identidade morais, conforme é descrito pela lite-

⁽⁵¹⁾ Cf. *Webster's ninth new collegiate dictionary*, op. cit., p. 1.122.

⁽⁵²⁾ Cf. *Novo dicionário da língua portuguesa*, op. cit.

⁽⁵³⁾ Tal fenômeno é descrito por vários trabalhos pioneiros de sociologia jurídica empírica das relações contratuais. Cf. Stewart Macaulay, *Non-contractual relations in business: A preliminary study*, op. cit.; Hugh Beale and Tony Dugdale, *Contracts between businessmen: Planning and the use of contractual remedies*, in *British Journal of Law and Society*, v. 2, 1975; Richard Lewis, *Contracts between businessmen: Reform of the law of firm offers and an empirical study of tendering practices in the building industry*, in *Journal of Law and Society*, v. 9, n. 2, 1982; Peter Vincent-Jones, *Contract and business transactions: a socio-legal analysis*, in *Journal of Law and Society*, v. 16, n. 2, 1989, p. 166-186.

ratura sobre forma de organização da empresa no Japão.⁵⁴ Por fim, é possível pensar na formação de vínculos de comunidade e solidariedade grupal em formas de administração de fundos privados ou públicos, como nos casos do Grameen Bank em Bangladesh e outros semelhantes.⁵⁵

Exemplos de solidariedade social poderiam ser encontrados na própria idéia de Justiça Social, à medida que ela se baseia no já mencionado esquema da solidariedade.

A solidariedade enquanto preocupação de uns com os outros com base num sentimento de comunidade e valores comunitários assume um caráter eminentemente moral. Conforme afirma Durkheim: "Tudo que é fonte de solidariedade é moral, tudo que força o homem a levar em consideração outro homem é moral; tudo que o força a regular sua conduta através de algo além de seu ego é moral; e moralidade é sólida à medida que tais vínculos são numerosos e fortes".⁵⁶

Por fim, é importante notar, mais uma vez, que a distinção entre cooperação e solidariedade não torna os conceitos antitéticos ou exclusivos. As relações entre empresas apresentam de maneira geral aspecto preponderantemente cooperativo, mas muito comumente também solidarístico. Já os contratos de seguro, em particular os contratos de seguro de consumo, como por exemplo os planos de saúde, apresentam tanto um aspecto cooperativo (por exemplo

⁽⁵⁴⁾ Cf. Gregory K. Bader, The keiretsu distribution of Japan: Its steadfast existence despite heightened foreign and domestic pressure for dissolution, in *Cornell International Law Journal* 27, 365, 1994; Ronald Dore, *Flexible rigidities: Industrial policy and structural adjustment in the Japanese economy 1970-1980*, op. cit.; Ronald J. Gilson e Mark J. Roe, Understanding the Japanese keiretsu: Overlaps between corporate governance and industrial organization, in *Yale Law Journal*, v. 102, n. 4, 1993, p. 871-906.

⁽⁵⁵⁾ A experiência do Grameen Bank em Bangladesh baseou-se na idéia de que este banco popular ofereceria empréstimos a pequenos agricultores e empresários de uma comunidade, respeitados os seguintes princípios: 1) Toda a decisão sobre os empréstimos seria coletiva e com a participação dos membros da comunidade; 2) Todos os membros da comunidade seriam solidariamente responsáveis por eventuais inadimplementos contratuais. Tais relações de princípios tornaram os membros da comunidade corresponsáveis pela realização e sucesso de todas as transações realizadas. Sobre o assunto ver também, *Study of procurement and disbursement issues in projects with community participation*, by Advisory committee on procurement and disbursement issues in bank-financed projects with community participation, report prepared by Gita Gopal and Alexandre Marc, Human resources and poverty division, The World Bank, Washington, D. C., April 1994 e de Judith Tandler e Mônica Alves Amorim, Small Firms and their helpers: lessons in demand, Department of Urban Studies and Planning Massachusetts institute of technology, World Development, v. 24, n. 3, p. 407-426, 1996, no qual é feita uma análise da forma de organização do investimento público no financiamento de projetos de desenvolvimento de caráter comunitário no Ceará durante o primeiro governo de Tasso Jereissati.

⁽⁵⁶⁾ Émile Durkheim, *The division of labor in society*, translated by George Simpson, op. cit., p. 398.

viabilizar economicamente a criação de uma proteção contra risco não equacionável sem o envolvimento de vários agentes e interessados), como também um aspecto solidarístico, enquanto pautado pela idéia reguladora de que *deve haver*, há uma justiça social implícita, na socialização dos prejuízos que atingem os menos afortunados.

4.7.2 *Solidariedade, confiança (trust) e cooperação econômica*⁵⁷

Diversos estudos desenvolvidos pela literatura denominada neo-institucionalista⁵⁸ ou econômico-sociológica⁵⁹ têm enfatizado a importância das

⁽⁵⁷⁾ Os argumentos a seguir baseiam amplamente nas idéias de Charles Sabel desenvolvidas especialmente em, *Studied trust: Building new forms of co-operation in a volatile economy*, in *Industrial districts and local economic regeneration*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 1992, doravante citado como Sabel, *Studied trust*, e em, *Flexible specialization and the re-emergence of regional economies*, in Ash Amin (ed.) *Post-fordism: A reader*, Blackwell, Great Britain, 1994 e em Partha Dasgupta, *Trust as a commodity*, in Diego Gambetta, *Trust*, op. cit.; Edward H. Lorenz, *Neither friends nor strangers: Informal network of subcontracting in french industry*, p. 194-210, in *Trust. Making and breaking cooperative relations*, op. cit. e Edward H. Lorenz, *Confiance, contrats et coopération économique*, in *Sociologie du travail*, n. 4/96, Paris, Dunod Editeur, p. 487-507. Após a conclusão do trabalho tomei conhecimento dos trabalhos de Hubert Schmitz, que corroboram integralmente as posições aqui defendidas. Embora não tenha tido a vantagem de conhecer seus textos com antecedência, tive a alegria de estar em boa companhia na linha de pesquisa. Ver especialmente de John Humphrey e Hubert Schmitz, *Trust and Inter-firm relations in developing and transition economies*, Institute of Development Studies, University of Sussex Brighton, UK, 1997, mimeo.

⁽⁵⁸⁾ Sobre o assunto, além da bibliografia já citada, ver de Ian Macneil, *Relational contract theory as sociology: A reply to professors Lindenberg and De Vos*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 143, 1987, p. 272-290; Siegwart Lindenberg, *Contractual relations and weak solidarity: The behavioral bias of restraints on gain-maximization*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144, n. 1, 1988, p. 39-72 (Comments by Harrison C. White and Karl-Dieter Opp); Müller-Graff, Peter Christian - *Franchising - A case of long-term contracts*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144, n. 1, 1988, p. 122-151 (Comments by Michael Adams and Steven N. Wiggins); Richard A. Posner, *The new institutional economics meets law and economics*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n. 1, 1993, p. 73-88 (Comments by Wernhard Möschel and Kenneth E. Scott); Ronald H. Coase, *Coase on posner on coase*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n. 1, 1993, p. 96-98; Oliver E. Williamson, *Transaction cost economics meets posnerian law and economics*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149, n. 1, 1993, p. 99-118; Richard A. Posner, *Reply*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n.1, 1993, p. 199-221; Erich Schanze, *Legalism, economicism, and professional attitudes toward institutional design*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n. 1, 1993, p. 73-88 (Comments by Peter Behrens and Victor Goldberg); Richard M. Buxbaum, *Is 'network' a legal concept?*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n. 4, December, p. 698-705; Gerald Spindler, *Symbiotic contracts and corporate groups*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, n. 4, p. 756-761.

relações de confiança na formação das novas estruturas e redes de produção econômica. Tais estruturas baseadas em "networks", clãs e complexos econômicos interligados são cada vez mais dependentes de relações de confiança entre os seus agentes. A confiança, neste sentido, vai se tornando um elemento produtivo mais importante, em especial dentro de uma estrutura pós-fordista de produção, ou de especialização flexível.

Cabe precisar o sentido que se atribui ao conceito de confiança. O conceito de solidariedade envolve a idéia de confiança ("trust") mas com ela não se confunde. A confiança pode ser entendida como a expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra. Neste sentido, a confiança envolve a idéia de não-exploração, não implicando, contudo, na idéia de co-responsabilidade pelos ônus e vantagens, essencial para a definição de solidariedade. A confiança constitui, pois, um dos elementos do conceito de solidariedade.

Num mundo de planos abertos de colaboração na produção de bens e serviços altamente especializados, qualquer parte pode impedir o sucesso da outra, sem que para isto possa haver uma proteção contratual segura dentro do paradigma contratual clássico. Para que isto ocorra, basta, por exemplo, que uma parte atraia um colaborador a um projeto comum e posteriormente deixe de dedicar os recursos complementares necessários até que os termos do acordo sejam negociados em seu favor.⁶⁰ Surge daí a necessidade e importância de se estudar as condições nas quais nasce a confiança ("trust") e as alternativas ao pensamento microeconômico neoclássico subjacente ao pensamento contratual também neoclássico.

Uma primeira idéia, familiar ao pensamento neoclássico e à "rational choice" é a ideia de que "os indivíduos agem para maximizar a satisfação de seus desejos atuais, quando estes desejos são dados como resultados de um processo inexplicável e teoricamente irrelevante de desenvolvimento individual. Neste caso, a cooperação é o resultado acidental de estratégias complementares de maximização, e sua culminação pede apenas um *modus vivendi*, nunca uma relação de confiança ("trust")."⁶¹

⁶⁰ Cf. Neil J. Smelser e Richard Swedberg, *The sociological perspective on the economy*, de Geoffrey M. Hodgson, *The return of institutional economics*, e de Oliver Williamson, *Transaction cost economics and organization theory*, todos in Neil J. Smelser e Richard Swedberg (eds), *The handbook of economic sociology*, op. cit., p. 3-26, 58-76 e 77-107, respectivamente. Mark Granovetter e Richard Swedberg (ed), *The sociology of economic life*, op. cit.

⁶¹ Cf. Charles Sabel, *Sudied trust*, op. cit., p. 214.

⁶² Charles Sabel, *Sudied trust*, op. cit., p. 214. Conforme lembra Sabel (1992), as implicações do individualismo metodológico para a análise da fraqueza das relações de tipo "trust" são desconcertantes, como o reconhece um de seus representantes, Jon Elster, *Selfishness and altruism*, in Jane Mansbridge (ed.), *Beyond self-interest*, op. cit., p. 51.

Uma segunda idéia, comumente associada a sociedades primitivas e pré-modernas ou ainda de sociedades modernas que tenham mantido traços desta natureza, é a de que muitas pessoas têm preferências compatíveis umas com as outras. Elas têm motivações compatíveis, sabem que as têm, e têm consciência de tal saber, e sabem ainda que num mundo simples o custo para obtê-las não é proibitivo. Por tal motivo, uma confia na outra. Este tipo de relação de confiança e solidariedade constitui um dos temas clássicos da antropologia econômica.⁶²

É possível, contudo, contrapor uma terceira alternativa, baseada numa visão sociológica de comunidade. O centro da visão sociológica da personalidade é a idéia de que os indivíduos formam sua identidade apenas em sociedade. Nesta acepção, expectativas compartilhadas e a confiança de que tais expectativas são e vão continuar a ser compartilhadas são um fato constitutivo da vida social. Em poucas palavras, a vida social não é formada pela ficção do *Homo economicus* neoclássico. Assim, cada *modus vivendi* (ou forma de vida) e forma de troca somente podem ser compreendidas à luz da cultura comum subjacente ao tipo de troca. Esta própria cultura comum é um dos elementos negados pela caracterização liberal do mundo quando esta hipostasía a forma de sociabilidade baseada no mercado enquanto um ambiente de competição entre indivíduos racionalmente voltados à maximização de seus interesses individuais.

Charles Sabel lembra que dentre as variantes desta visão sociológica, pode-se encontrar, por um lado, uma certa matriz marxista que vê o trabalho como fonte de alienação e criação de solidariedade, por outro lado, uma outra vertente, própria da filosofia do final do século XX, segundo a qual nós constituímos nossa humanidade por tentarmos nos fazer inteligíveis e entender os esforços dos outros para fazer o mesmo, ou seja, através de ações comunicativas.⁶³

Desta postura deriva uma matriz teórica crítica do liberalismo, segundo a qual a noção de indivíduo maximizador de satisfações de um conjunto arbitrário de desejos simplesmente não capta aspectos cruciais de nossas intuições do que é ser uma pessoa, especialmente nossa capacidade para ações prudentes, justas, ou mesmo nossa capacidade de entender e articular conclusões morais a partir do que significa ser uma pessoa.

Dentro desta perspectiva, a formação das identidades é um processo de auto-reflexão, pelo qual o indivíduo se forma a partir de articulações de formas de saber e poder que ele próprio ajuda a produzir.

"Por que (...) nós não estamos no estado de natureza? Não há nenhuma resposta geral para esta questão. Altruismo, códigos de honra, e individualismo ('self-interest') de longo prazo todos entram na explicação. O que parece claro é o que o individualismo não pode ser toda a história".

⁶² Cf. Marshal Sahlins, *Stone age economics*, op. cit., p. 185-230.

⁶³ Charles Sabel, *Sudied trust*, op. cit., p. 221. Sabel se refere aqui a autores como J. Habermas e K. O. Apel.

Um exemplo disto já foi analisado anteriormente ao se mostrar como o Direito Social cria um novo conjunto de regras de julgamento e de individuação das pessoas baseado num esquema jurídico das solidariedades e responsabilidades sociais. Deste modo, pode-se criar solidariedade e confiança com base em vulnerabilidade precisamente porque sabe-se que os outros terão a mesma idéia. A dependência mútua é uma precondição tanto da individualidade como da sociabilidade. Uma comunidade de identidades reflexivas é, por definição, razoável ou prudente e voltada para a consideração do outro.

Assim, a confiança constitui-se, ao mesmo tempo, a partir da crença de que cada indivíduo deve ter uma intuição do que é ser vulnerável para os outros, e na suposição de que cada parte pode decidir depositar sua confiança no outro, após processo de reflexão e equilíbrio. A confiança aproxima-se de um pacto democrático, assumindo um caráter constitucional, onde se requer que as partes concordem em resolver suas disputas de modo a não violar sua autonomia, e fundamenta este acordo no reconhecimento pelos cidadãos da conexão entre a garantia da autonomia de cada um e o respeito pelos outros.⁶⁴

Alguns estudos empíricos corroboram estas idéias. Ronald Dore em suas análises sobre as relações de subcontratação na indústria japonesa e Edward Lorenz em seus estudos sobre a subcontratação de empresas metalúrgicas em Lyon, enfatizam que a confiança obriga os parceiros a agir lealmente no presente, mas não os obriga a não questionar no futuro as circunstâncias em que eles devem continuar a fazer o mesmo, repondo a relação de lealdade e solidariedade.⁶⁵ Deste modo, a relação de solidariedade assenta-se sobre as idéias de controle, participação e legitimação do processo dentro do qual ela se forma e é exigida.

Aspecto importante a ser enfatizado é o fato de que os modelos empíricos de produção baseados na contratação relacional são marcados pelo alto grau de eficiência econômica.⁶⁶ Outros exemplos desta eficiência são analisados por Stinchcomb, que demonstra como na indústria de exploração de petróleo na

Noruega os contratos, símbolo das relações de mercado, podem ser usados para construir complexos de resolução de disputas do tipo usualmente associado com as comunidades de empresas baseadas na confiança.⁶⁷ A ampliação de relações econômicas de natureza cooperativa nos distritos industriais com Ilongot nas Filipinas, em regiões da Alemanha e da Áustria e do Japão; em Prato na região de Florença, Sheffield na Inglaterra e Oyonnax perto de Lyon, na França; têm sido identificadas como a razão para o grande sucesso e dinamismo econômico destas regiões.⁶⁸ Conforme aponta Sabel, um aspecto comum destes distri-

⁶⁷ Arthur L. Stinchcomb, *Contracts as hierarchical documents*, in Arthur L. Stinchcombe, e Carol A. Heimer (eds), *Organization theory and project management*, Oslo, Norwegian University, 1985, p. 121-171.

⁶⁸ Charles Sabel, *Studied trust*, op. cit., p. 226-229. A avaliação não é diferente para a realidade brasileira. "A construção de amplas 'networks', envolvendo produtores, fornecedores, clientes e entidades tecnológicas tem caracterizado as configurações competitivas vitoriosas em praticamente todos os setores da atividade industrial.

Para as indústrias baseadas em insumos primários o *networking* tem envolvido crescentemente a produção agropecuária. Seja devido à busca de maior agregação de valor por parte da agroindústria alimentar, seja pela necessidade de redução de custos das matérias-primas ou das perdas por não conformidade por parte das indústrias têxtil, de calçados, de móveis de madeira e de celulose. A constituição de uma base agrícola e florestal adequada tem implicado aumento do conteúdo tecnológico dessas atividades, de forma similar ao processo em curso na área industrial. Percebe-se uma atuação bastante decidida de grupos líderes agroindustriais na geração e transferência de tecnologias para os produtores agrícolas.

Alguns fatores têm se mostrado decisivos para a constituição dos laços entre empresas que garantam a elevada solidariedade requerida para o adequado funcionamento dessas redes verticais.

Um primeiro fator, é talvez o mais importante, é a capacidade de as empresas líderes desenvolverem relações de longo prazo com os seus fornecedores (recorrendo a poucos fornecedores por produto) baseadas na confiança e comunicação, ao invés do estímulo à concorrência entre (muitos) fornecedores para reduzir preços. Em muitos casos, as empresas mantêm participação acionária com seus fornecedores ou envolvem-se em esquemas de participações acionárias cruzadas. Verifica-se, também, a formação de associações para compartilhar custos de desenvolvimento tecnológico de produtos ou para obter economias de escala na produção. Intercâmbios de pessoal técnico, de projetos ou de informações e outras iniciativas associadas ao que tem sido denominado de processo de aprendizado por interação são cada vez mais frequentes na indústria mundialmente". Como recomendação o estudo propõe: "A intensificação da cooperação vertical entre fornecedores, produtores e clientes é um dos principais desafios para o aumento da competitividade estrutural da indústria brasileira", in *Estudo da competitividade da indústria brasileira*, Luciano Coutinho e João Carlos Ferraz (coords), op. cit., p. 244-245 e 254. Para o estudo de um caso bem-sucedido de relação cooperativa no Brasil ver Judith Tendler e Mônica Alves Amorim, *Small firms and their helpers: lessons in demand*, op. cit. As informações disponíveis sobre este exemplo, contudo, apontam para o fato de que várias formas "relacionais" de contratação estão sendo objeto de questionamento judicial.

⁶⁴ Sobre o assunto ver John Rawls, *Justice as fairness: Political not metaphysical*, in *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 3, 1985, p. 223-251, trad. brasileira de Álvaro de Vita, *Justiça como equidade: Uma concepção política, não metafísica*, in *Revista Lua Nova*, n. 25, 1992.

⁶⁵ Ronald Dore, *Goodwill and the spirit of market capitalism*, op. cit., e *Flexible rigidities*, op. cit., Edward H. Lorenz, *Neither friends nor strangers: Informal networks of subcontracting in french industry*, in Diego Gambetta (ed.), *Trist*, op. cit. e Edward H. Lorenz, *Confiance, contrats et coopération économique*, in *Sociologie du Travail*, n. 4/96, Paris, Dunod, p. 487-507; Jean-Guy Belley, *Une typologie sociojuridique du contrat*, in *Sociologie du Travail*, n. 4/96, Paris, Dunod, p. 465-486; Lucien Karpik, *Dispositifs de confiance et engagements crédibles*, in *Sociologie du Travail*, n. 4/96, Paris, Dunod, p. 527-550.

⁶⁶ Segundo Ronald Dore, "há várias boas razões para pensar que é em razão da contratação relacional, e não apesar dela, que o Japão tem uma performance de crescimento melhor do que o nosso", in *Goodwill and the spirit of market capitalism*, op. cit., p. 171.

tos é a história de estruturas complexas de alianças cambiantes entre comerciantes e produtores; a existência de alto volume de bens semi-acabados, e de artesãos produzindo produtos bem acabados e altamente diferenciados – trabalhando de maneira independente ou em grandes empresas –, e trabalhadores menos qualificados empregados diretamente ou subcontratados, seja pelos artesãos independentes, seja pelas grandes empresas. Um segundo aspecto, é que sempre que as partes destes conflitos regulam suas disputas através de conselhos de arbitragem ou conjuntamente, de modo a policiar a qualidade ou monitorar quadros e estabelecer padrões salariais, os distritos tendem a florescer.

Estes exemplos de estruturas cooperativas são menos o fruto de estratégias espontâneas de cultura cooperativa, e mais o produto de instituições.⁶⁹ Neste sentido, as estratégias industriais desempenham um papel primordial. Duas estratégias importantes para o sucesso destas regiões foram desempenhadas pelo banco de desenvolvimento e pela oferta e estímulo de agências públicas ao acesso à tecnologia, como nos casos do Estado de Massachusetts e na região de Pittsburgh nos Estados Unidos.⁷⁰ Mais recentemente, vem sendo identificado processo semelhante nos esforços de gestão e estímulo à demanda experimentados em algumas regiões do Brasil, como o Estado do Ceará.⁷¹

Estes estudos têm demonstrado a importância da criação de mecanismos institucionais capazes de aumentar o nível de confiança nas economias locais de modo, inclusive, a ampliar a sua produtividade. Dentre os mecanismos usualmente considerados para desempenhar tal função destacam-se a ampliação do poder de autogoverno e formação de estruturas mais flexíveis de contratação e renegociação, como os contratos relacionais. Este tipo de contrato, tornado efetivo a partir de uma nova cultura contratual enfatiza o direito dos grupos, visando criar pelo acordo mútuo e com um mínimo de supervisão administrativa regimes legais para suprir suas necessidades. Nesta nova perspectiva, ganham muita importância os acordos coletivos e a barganha coletiva, assim como o dever de negociar de boa-fé entre as partes envolvidas nos complexos produtivos.

Os exemplos elencados demonstram a existência de contratações relacionais nas relações concretas de produção e apontam para as vantagens relativas que elas proporcionam para a organização da produção e circulação de riquezas. É de se notar, que tais contratações relacionais, como o demonstram os estudos de S. Macaulay e Dugdale, em boa medida ainda ocorrem à margem do sistema legal formal instituído e da interpretação jurídica dominante, muito embora cada vez mais estimulem a alteração gradual das regras de julgamento contratual neoclássico; especialmente através da ampliação do uso de princípios gerais de justiça contratual; boa-fé, equilíbrio etc.

⁽⁶⁹⁾ Cf. Charles Sabel, *Studied trust*, op. cit., p. 240.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Charles Sabel, *Studied trust*, op. cit., p. 240.

⁽⁷¹⁾ Sobre o assunto ver de Judith Tendler, *Good government in the tropics*, Baltimore, Maryland, The John Hopkins University, 1997, especialmente p. 6-20 e 41-42.

É certo, no entanto, que a reforma do sistema legal formal subjacente às relações contratuais cria condições para o estímulo e ampliação de relações contratuais relacionais apoiadas em princípios de solidariedade e cooperação. Esta tarefa, num país cujas principais leis de direito privado datam do início do século, já foi iniciada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, mas ainda demanda aprofundamento.

São estas também as conclusões do já citado estudo sobre a produtividade no Brasil: "Aspecto essencial da reformulação do aparato regulatório é assegurar que as empresas operem num ambiente competitivo, isto é, submetidas à permanente contestabilidade e pressões competitivas em suas posições de mercado. O objetivo não é apenas coibir os abusos de um poder econômico como principalmente estimular e difundir práticas eficientes e inovadoras. A atualização e o aperfeiçoamento do arcabouço legal tornam-se necessários para o funcionamento e desenvolvimento da capacidade regulatória em novas bases (...). Além da revisão dos textos legais, é essencial atentar para a implementabilidade e operacionalidade da regulação. É necessário utilizar a força dos mecanismos de mercado (e não negá-la), e entender que um ambiente de negociação torna as leis muito mais fáceis de serem cumpridas. Compreender que a isonomia, a justiça e a fixação de alíquotas economicamente viáveis estão na base da autoridade fiscal. Em contrapartida, fixar como princípio que a todo benefício, proteção ou incentivo fiscal devam corresponder contrapartidas e requisitos de desempenho, que precisam ser transparentes, monitoráveis e fiscalizáveis. É importante frisar mais uma vez que o novo estilo de regulação e de fomento ao Estado deve apoiar-se muito mais na indução sistemática de comportamentos através de regras de incentivos pessoais, objetivos, transparentes e associados a requisitos de desempenho; minimizando-se o espaço do arbítrio burocrático. Parceria e cooperação devem se sobrepor à imposição autoritária de regras e normas".⁷²

O modelo relacional de contratação não tem apenas uma dimensão descritiva, visando também ampliar a importância de princípios e mecanismos institucionais que promovam o estímulo a valores de solidariedade, cooperação, e justiça contratual de caráter *welfarista*. Neste sentido, a ampliação do campo de incidência e abrangência de conceito como o de boa-fé visa não apenas fomentar a reprodução de laços de solidariedade e associações cooperativas, como também atender a exigências de justiça social, como se verá no caso dos contratos previdenciários.

4.7.3 O dever de cooperar e o dever de solidariedade

A literatura brasileira e européia sobre direito contratual desenvolveu, especialmente depois da segunda metade do século XX, a teoria dos deveres acessó-

⁽⁷²⁾ *Estudo da competitividade da indústria brasileira*, Luciano Coutinho e João Carlos Ferraz (coords), op. cit., p. 412-414.

rios ou secundários e ainda os deveres laterais ou correlatos. Dentre os autores germânicos Karl Larenz é provavelmente o de maior repercussão. Clóvis do Couto e Silva, no Brasil, e Antunes Varela, em Portugal, foram provavelmente os maiores divulgadores desta teoria.

Segundo Couto e Silva, "as obrigações principais são as de dar, restituir, fazer e não fazer".⁷³ O Código Civil de 1916 fundamentaria seu sistema nestas obrigações principais. Já os deveres secundários não apareceriam na forma de sistema, mas sim em alguns artigos, de maneira geral relacionados à ideia de culpa. Estes deveres, correspondentes ao conceito alemão de "Nebenpflicht", seriam o resultado da incidência do princípio da boa-fé. Dentre eles caberia destacar o dever de indicação e esclarecimento que "dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o "alter" tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora completamente".⁷⁴ Tal dever de informar ganhou nova dimensão com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu o parâmetro da boa-fé objetiva (arts. 30 e 31 do CDC). A estes poder-se-ia acrescentar o dever de esclarecimento, que obriga o fornecedor do serviço com relação à forma de utilização e qualidade do serviço, e o dever de aconselhamento, existente entre um profissional especialista e um não-especialista, como um médico e um paciente.⁷⁵ Por fim, haveria o dever anexo de cooperação, consistente no agir com lealdade e não obstruir ou impedir a consecução dos fins do contrato.

Para Antunes Varela os deveres primários seriam relativos à realização da prestação devida ou prestação principal.⁷⁶ Já os deveres secundários de prestação seriam típicos das obrigações complexas e incluiriam "não só os deveres acessórios de prestação principal (destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação), mas também os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal". Por fim, os meros deveres de conduta ou deveres laterais seriam aqueles que "não interessando diretamente à prestação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra".⁷⁷

O que se percebe nestas definições sobre os deveres secundários, acessórios ou laterais, é o seu caráter subsidiário e derivado. O "dever de colaboração" ou cooperação não constitui o objeto primário da obrigação. Ademais, como bem acentua Fernando Noronha, citando a lição de Jean Dabin, estes deveres encontram seus limites na advertência do jurista francês de que "o exercício

⁷³ Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, op. cit., p. 104.

⁷⁴ Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, op. cit., p. 117.

⁷⁵ Sobre o assunto ver Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, op. cit., p. 83-84.

⁷⁶ J. M. Antunes Varela, *Direito das obrigações*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 105.

⁷⁷ J. M. Antunes Varela, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 106-107.

para fins pessoais de um direito de finalidade egoística está dentro do normal (...). A noção de abuso nunca foi até englobar a falta de altruísmo".⁷⁸

Assim, dentro da concepção de Couto e Silva, Antunes Varela, Carlos Bittar e mais recentemente Cláudia Lima Marques, o que se verifica é o reconhecimento de que os deveres de cooperação devem ser entendidos dentro da premissa de que o mercado opera a partir da conduta egoística dos indivíduos. Em outras palavras, as partes não têm o dever de agirem de maneira cooperativa para além dos seus interesses individuais. Não seria próprio falar em dever de ser altruísta – ou dever de solidariedade, como se verá adiante.

Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *Homo economicus*, apontam para uma dimensão não-acessória, mas sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal, porquanto os elementos de preço, quantidade, prazo de entrega etc., deixam de ser perfeitamente definíveis *a priori*. Isto torna-se mais evidente nos contratos relacionais de cooperação *stricto sensu*, mas também é perceptível em outros tipos de contratos relacionais, à medida que contratos típicos passam a adquirir contornos mais relacionais.

Em síntese, o caráter acessório dos deveres de cooperação se transfigura, pois, de três maneiras. Em primeiro lugar, a cooperação assume um caráter central no contrato. Em segundo lugar, o dever acessório de cooperação deixa de ser um princípio subsidiário na interpretação dos contratos, que deve ser invocado apenas para preencher lacunas, quando os demais princípios básicos (autonomia da vontade, vinculatividade da obrigação, liberdade contratual etc.) não bastem para resolver o problema, e passa a ser um princípio básico de todos os contratos relacionais, ainda que sua importância varie conforme as circunstâncias particulares de cada caso. Por fim, o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários; e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico.

4.8. Contrato e poder

O reconhecimento de que as relações sociais, e as relações contratuais em particular, são permeadas por relações de poder está longe de ser uma constatação original no âmbito do pensamento social e jurídico. Não obstante, não deixa de ser espantoso o imenso trabalho de racionalização jurídica operado pela doutrina contratual clássica, no sentido de reduzir a um mínimo os mecanismos e institutos jurídicos que reconhecem e mitigam as diferenças de poder entre as partes nos contratos em geral.

⁷⁸ *Le droit subjectif*, p. 296, apud Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 165.

Em boa medida esta "pouca atenção" à questão do poder e à divisão do lucro nas relações contratuais foi o corolário da pressuposição da igualdade formal dos contratantes e da reação liberal à forma jurídica das transações típicas de sociedades estamentais, nas quais o status dos indivíduos constituía-se em elemento essencial para a caracterização jurídica das trocas.⁷⁹

As poucas exceções para a consideração das diferenças de relação de poder e status entre as partes contratantes no direito clássico e neoclássico referem-se às questões relativas à capacidade das partes (maioridade, surdo-mudez, hidgez mental e prodigalidade)⁸⁰ e a vedação de cláusulas leoninas.

O direito contratual neoclássico do "Common Law" passou a dar mais atenção às questões dos diferenciais de poder através do conceito de coação ("duress") e abusividade ("unconscionability"), que passaram, pouco a pouco, a erodir o conceito de mutualidade para além do tradicional princípio da equidade ("Equity").⁸¹ Não obstante, estas mudanças ocorreram de maneira lenta e gradual. Um exemplo do caráter ainda tímido deste modelo para incorporar as diferenças de poder pode ser encontrado na seção da "Unconscionability", 2-302 do UCC americano, cujo comentário é o seguinte: "o princípio é o da prevenção da opressão e da surpresa injusta ("unfair") (...) e não do distúrbio da alocação de riscos devido ao poder de barganha superior". Tal definição deixa claro o fato de que os desequilíbrios nas relações de poder não constituem elemento que deva ser objeto da ação reequilibradora através da intervenção estatal por via legislativa ou judicial.

Também o direito contratual clássico de inspiração romanística continental criou mecanismos para coibir o desequilíbrio de poder nas relações contratuais, dentre os quais se destacam a inversão do ônus da prova nos contratos de adesão e os conceitos de abuso de direito, coação e abusividade. De qualquer modo, um elemento básico e central para o pensamento neoclássico reside no fato de que ele incorporou o elemento de desigualdade de poder entre as partes antes e depois da troca, através de institutos como a vulnerabilidade, hipossu-

⁽⁷⁹⁾ Sobre o assunto ver os trabalhos clássicos de Émile Durkheim, *The division of labor in society*, translated by W. D. Halls, op. cit., p. 149-178; Max Weber, *Economía y sociedad*, op. cit.; Henry Sumner Maine, *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970, especialmente p. 295-354. Mais recentemente 1981, Niklas Luhmann, *Sociologia do direito*, op. cit., v. 1, p. 182-200, e Roberto Unger, *Law in modern society: towards a criticism of social theory*, op. cit., p. 134-181.

⁽⁸⁰⁾ Cf. arts. 5.º e 6.º do Código Civil Brasileiro. Vale lembrar que no passado também o sexo e raça constituíram-se em elementos importantes para determinar a capacidade dos contratantes.

⁽⁸¹⁾ Para a história deste instituto ver Kessler, Gilmore and Kronman, *Contracts: cases and materials*, 3. ed., Boston, Little Brown, 1986, p. 19-50; James Gordley, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, op. cit., p. 134-214. P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, op. cit., p. 671 e ss.

ciência, onerosidade excessiva e desequilíbrio das contraprestações. Cabe notar, contudo, que historicamente o reconhecimento das desigualdades de poder no momento de troca antecederam o reconhecimento das desigualdades de poder depois da efetivação da troca. Este último somente foi incorporado mais recentemente, especialmente com a implementação das novas legislações de proteção ao consumidor.

O direito contratual relacional não deve lidar apenas com a diferença de status antes e depois da troca.⁸² Tendo em vista que ele envolve a natureza do fluxo de trocas, ele deve preocupar-se com a mutualidade e o poder antes, depois e durante as trocas.⁸³

É certo que o reconhecimento das relações de poder nos contratos não nega o princípio da liberdade contratual. Por outro lado, não é menos correto que o seu reconhecimento abala sensivelmente os pressupostos clássicos da liberdade contratual e o papel do Estado como agente regulador e disciplinador das relações contratuais. Este fenômeno tem sido freqüentemente estudado pela doutrina contratual brasileira dentro da rubrica dirigismo estatal.⁸⁴ Se ele não é aqui adotado, não é por discordância essencial do autor do significado do dirigismo, mas antes por entender que tal conceito agrupa algumas outras idéias que, embora muitas vezes igualmente aceitáveis, (como a incorporação da noção de justiça contratual, justiça social etc.), não atendem às necessidades analíticas deste trabalho.

Diversos poderiam ser os exemplos de institutos jurídicos que incorporaram a dimensão do poder nas relações contratuais pela teoria neoclássica. O direito do trabalho é um exemplo de como o direito interveio para restabelecer a mutualidade e equilíbrio de poder entre as partes. A própria estruturação da justiça trabalhista, a instituição do juiz classista, a proibição da demissão das lideranças sindicais, o direito de greve e a sindicalização obrigatória presente no modelo sindical corporativista brasileiro são exemplos disto.⁸⁵ Uma outra abor-

⁽⁸²⁾ Conforme já acentuado anteriormente, apesar de admitir que os contratos descontínuos e relacionais devem ser caracterizados como pólos extremos de um mesmo espectro contínuo, e que as teorias clássicas, neoclássicas e relacionais se formam de acordo com suas posições relativas neste espectro, entendo que hoje em dia ainda há uma evidentemente predominância do paradigma contratual neoclássico no âmbito das economias capitalistas modernas e em particular no Brasil. Não obstante, determinados institutos e áreas do direito privado estão mais próximas de um paradigma relacional, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e da CLT.

⁽⁸³⁾ Cf. *New social contract*, op. cit., p. 86.

⁽⁸⁴⁾ Por exemplo Orlando Gomes, *Contratos*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

⁽⁸⁵⁾ Para uma comparação do modelo sindical brasileiro e americano ver de Tamara Lothian, *The political consequences of labor law regimes: The contractualist and the corporatist models compared*, in *Cardozo Law Review*, v. 7, n. 7, 1986, e Orlando Gomes, *Ensaio de direito civil e direito do trabalho*, op. cit., especialmente os ensaios, Aspectos da crise do direito do trabalho (p. 157-166), Liberdade sindical (p. 167-177), A autonomia coletiva e a reforma da CLT (p. 179-188), e, Raízes políticas da CLT (p. 192-196).

ragem da questão do restabelecimento da mutualidade pode ser a interferência direta na estrutura do poder de empregar. Um exemplo é a proibição da demissão sem justa causa ou discriminação nas relações de trabalho. O mesmo pode ser dito em relação ao direito do consumidor, com o reconhecimento da vulnerabilidade *a priori* do consumidor final (pessoa física), a inversão do ônus da prova, a regulação dos contratos de adesão em benefício do consumidor, e o direito antidiscriminatório, especialmente nos Estados Unidos da América através de programas como a Ação Afirmativa⁶⁶ e Direito de Igualdade de Oportunidade.⁶⁷ Nos contratos administrativos foram criados mecanismos semelhantes, como a garantia da supremacia do interesse público, as cláusulas do fato do príncipe, e maiores flexibilidades para a rescisão contratual com fundamento no interesse público, no princípio da continuidade do serviço público etc. Outros exemplos ainda podem ser encontrados no estabelecimento do salário mínimo, do direito às férias, a boas condições de trabalho e à seguridade social e o pagamento de seguro-desemprego para família.

Outra técnica que passou a ser utilizada dentro do modelo contratual empresarial é a participação de representantes dos trabalhadores nos conselhos administrativos das empresas,⁶⁸ criando um *direito de participação*. Este tipo de experiência teve particular sucesso na Alemanha, onde ainda hoje os trabalhadores através de influentes sindicatos e dos representantes eleitos têm participação

⁽⁶⁶⁾ O único caso de legislação de caráter "afirmativo" no Brasil refere-se à legislação de proteção do deficiente, que estabelece quotas mínimas para a sua contratação. O assunto tem despertado interesse crescente no direito brasileiro, havendo propostas para a inclusão de políticas afirmativas ou compensatórias relacionadas ao acesso a cargos e à universidade pelas comunidades negras, mulheres etc. Sobre o assunto ver as interessantes propostas contidas em *Pensando nossa cidadania - Propostas para uma legislação não discriminatória*, Brasília, CPMEA, 1993.

⁽⁶⁷⁾ Cf. *Credit discrimination*, by Gerry Azzata, Kathleen E. Keest e Joanne S. Faulkner, Boston, Massachusetts, National Consumer Law Center, 1993.

⁽⁶⁸⁾ Para o caso alemão ver Michael Best, *The new competition*, op. cit., Ronald Dore, *Flexible rigidities*, op. cit., Jürgen Kocka, *The rise of modern industrial enterprise in Germany*, in Alfred Chandler and Herman Daems (eds), *Managerial hierarchies*, op. cit.; Charles F. Sabel and John R. Griffin, and Richard E. Deeg, *Making money talk: towards a new debtor-creditor relation in German banking*, New York, Columbia Law School, Center for Law and Economics, 1993, unpublished manuscript; Mark J. Roe, *Some differences in corporate structure in Germany, Japan, and the United States*, Symposium: Economic competitiveness and the law articles and comments, in *Yale law journal* 102, 1993 e de Christoph F. Büchtemann, *Does (de-)regulation matter? Employment protection in West Germany*, Eileen Appelbaum e Ronald Schettkat, *Employment and industrial restructuring in the United States and West Germany*, e Egon Matzner, *Policies, institutions and employment: Performance*, todos in Egon Matzner e Wolfgang Streeck (eds), *Beyond Keynesianism. The socio-economics of production and full employment*, (capítulos 5, 6 e 11 respectivamente). Cf. também de Corey Rosen & Karen M. Young (editors), *Understanding employee ownership*, Ithaca, NY, ICR, 1991.

direta na gestão das empresas. O modelo alemão é responsável pelo alto grau de solidariedade e cooperação dentro da estrutura produtiva, o que permitiu que as empresas alcançassem alto grau de produtividade, competitividade e eficiência, juntamente com o aumento dos benefícios e participação nos lucros pelos trabalhadores.

Como se verá a seguir, a regulação jurídica dos fundos privados de pensão no Brasil (como de resto também, ou principalmente, os fundos de pensão das empresas públicas) estão a demandar a criação de mecanismos jurídico-institucionais que permitam o controle pelos pensionistas da gestão dos fundos, de modo a se restabelecer eficazmente a mencionada e necessária reequilíbrio das relações de poder.

Ainda que se argumente que a tributação progressiva da renda atenda mais a uma exigência de justiça social (ou distributiva) do que uma demanda por reequilíbrio de relações de poder, é evidente que ela traz uma repartição de ônus de acordo com um princípio que também leva em consideração o poder econômico dos contribuintes.

É importante notar, contudo, que muitas vezes os mecanismos jurídicos de incorporação das diferenças de poder entre as duas partes, por operar com categorias jurídicas que reconhecem as desigualdades de maneira estática, pressupondo uma vulnerabilidade jurídica e "universal dentro do grupo ao qual se aplica", repetem, de algum modo, os mesmos vícios do pensamento clássico que procurava diluir as diferenças através da categoria ainda mais geral e abstrata de sujeito de direito. Isto ocorre porque há fortes e importantes desigualdades de poder entre membros de uma mesma categoria especialmente protegida ou reconhecida como vulnerável. O próprio movimento sindical que nasce juntamente com a demanda por uma reequilíbrio das relações de poder nos contratos de trabalho cria um novo tipo de desigualdade entre os setores dos trabalhadores organizados e os setores desorganizados. Tais diferenças de organização e poder têm levado à intensificação de uma estrutura de organização do trabalho dualista, resultado de uma estrutura de produção e distribuição de riqueza também dualista. Nela se reconhece um setor organizado, ligado à vanguarda produtiva, capaz de gerar benefícios em seu favor, e um setor desorganizado, ligado aos setores mais tradicionais do sistema produtivo (retaguarda), incapaz de canalizar suas demandas e organizar seus membros.⁶⁹

O mesmo pode ser dito em relação aos consumidores. A existência de conflitos intrínsecos não apenas entre consumidores e fornecedores, mas também entre tipos de consumidores, fato que se torna nítido quando se analisa os interesses envolvidos quando se adota uma cláusula obrigatória (p. ex.: Cláusula de

⁽⁶⁹⁾ Uma análise macroestrutural de tal fenômeno, na qual me baseio, pode ser encontrada em Michael Piore e Suzanne Berger, *Dualism and discontinuity in industrial societies*, Cambridge University, 1980, especialmente capítulos 1 e 2, p. 1-54.

não-exclusão por idade em planos de saúde). Daí a importância de se criar categorias jurídicas diferenciadoras dos diversos tipos de consumidores.

O fato é que muitos dos ganhos dos grupos de maior sucesso foram feitos às expensas – na forma de inflação, ganhos de privilégios e regalias ou mesmo prerrogativas – daqueles que não foram aptos ou não quiseram seguir o caminho da organização corporativista.⁹⁰

4.8.1 Poder unilateral e poder bilateral

Para avançar a análise das relações de poder nos contratos, cabe matizar o conceito de poder aqui empregado. Esta cautela é de vital importância quando se lembra da enorme controvérsia existente acerca da definição deste conceito.

Adoto aqui a definição weberiana de poder segundo a qual este é “a capacidade de impor sobre o desejo alheio a sua própria vontade”.⁹¹ A partir desta definição é possível definir o poder unilateral como “a capacidade de alguém subjugar a outra sem o consentimento desta” e o poder bilateral como “a possibilidade de troca existente pela qual duas partes podem aliviar a outra de alguns constrangimentos impostos pelos seus respectivos poderes unilaterais”.⁹² Assim, o poder bilateral é exercido através da troca atual ou compensação de poder.

Conforme salienta Macneil, o poder unilateral pode surgir em relações descontínuas, como por exemplo quando uma das partes descumpre o contrato e é acionada judicialmente. O direito de crédito de um terceiro, pode igualmente ser uma espécie de poder unilateral que constrange o contratante devedor a saldar sua dívida. Deste modo, o novo poder unilateral pode, assim, ser o mero produto do exercício de escolha de uma das partes e a efetivação desta escolha pelo direito positivo, especialmente o direito que garante o pagamento da dívida, quebra contratual etc. Em outras palavras, o direito de acionar a parte contratual inadimplente com suporte legal e coercitivo do Estado confere à parte lesada um poder unilateral frente à outra. Em tese, esta é a única maneira pela qual o poder unilateral é criado em transações descontínuas, dado o caráter estático e de completa “presentificação” deste tipo de contrato.

É importante não desconsiderar que sempre poderá haver elementos externos à mera negociação das partes, como as normas cogentes de direito positivo, que criam direitos e conferem poderes às partes. Um exemplo disto pode ser

⁹⁰ Sobre o assunto ver o ensaio clássico de Philippe C. Schmitter, *Continua el siglo del corporatismo?*, in *Teoría del neocorporatismo*, Universidad de Guadalajara, 1992, p. 25-38. Ver também de Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and politics*, Harvard University, 1975.

⁹¹ Vide de Max Weber, *Class status, party*, in *From Max Weber: essays in sociology*, Trad. Gerth and Mills, New York, Oxford University, 1980, p. 180.

⁹² Cf. Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It Shortfalls and the Need for a 'Rich Classificatory Apparatus'*, op. cit., p. 1.037.

encontrado nas leis penais e civis que constroem um empregador que utiliza critérios discriminatórios e racistas nas contratações de seus empregados ou de um fornecedor que promove publicidade enganosa ou abusiva. Tais relações fazem nascer um novo tipo de poder unilateral.⁹³

O que cabe enfatizar, contudo, é que a teoria clássica e a teoria neoclássica fundam-se numa concepção de igualdade que pressupõe a bilateralidade das relações de poder, entendendo as mudanças de poder como sendo episódicas ou claramente delimitadas.

Fenômeno diverso ocorre com os contratos relacionais que envolvem complicadas relações de interdependência entre poder unilateral e bilateral. Os contratos relacionais envolvem necessariamente mudanças no equilíbrio de poder, o que é raramente previsto pelo contrato descontínuo e nem sempre é reconhecido pela teoria neoclássica, que prefere tratar os casos onde isto é admitido como anômalos ou excepcionais.

O caráter estático dos modelos contratuais clássicos e neoclássicos, fundados no exercício da escolha, deriva do fato de que neles cada contratação assume o caráter de um evento particular e descontínuo, que tem em si mesmo todos os elementos de sua efetivação. Neles é essencial a presunção do poder bilateral. Conforme observa Warren Nutter: “A análise econômica não tem virtualmente nenhuma utilidade para analisar comportamentos decorrentes do uso de força ou ameaça, porque o paradigma econômico utiliza a escolha voluntária, a despeito da dificuldade existente em se defini-la com precisão”.⁹⁴ Por outro lado, já foi visto também que os modelos clássico e neoclássico “presentificam” o futuro, o que do ponto de vista das relações de poder faz com que para eles torne-se desnecessário examinar as mudanças de poder bilaterais posteriores à celebração do contrato, malgrado elas evidentemente ocorram na prática das relações contratuais.⁹⁵ Conforme aponta Macneil, “nas práticas contratuais concretas, quando um acordo é feito, i. e., quando o poder bilateral é efetivado mutuamente, cada parte adquire um novo poder unilateral. O vendedor tem agora um poder de impor ao comprador algumas sanções, legais e não-legais (...) Todos os poderes bilaterais desaparecem em dois pedaços de poderes unilaterais”.⁹⁶

⁹³ Cf. Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It shortfalls and the need for a 'rich classificatory apparatus'*, op. cit., p. 1.037.

⁹⁴ Warren Nutter, *On economism*, 22, *J. L. & Economics*, 263, 268, 1979, apud Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It shortfalls and the need for a 'rich classificatory apparatus'*, op. cit., p. 1.052, nota 90.

⁹⁵ Sobre o assunto ver também vide Oliver Williamson, *Transaction-Cost economics: The governance of contractual relations*, in *Journal of Law & Economics* 22, n. 1, 1979; Victor Goldberg, *Toward an expanded economic theory of contract*, op. cit.

⁹⁶ Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It shortfalls and the need for a 'Rich Classificatory Apparatus'*, op. cit., p. 1.050.

Há também outras formas de criação de poder unilateral ainda não mencionadas. Há poderes derivados de fatores extralegais, como por exemplo a reputação de uma empresa no mercado. Outros exemplos poderiam ser encontrados na existência de poderes ou autoridades externas ao lado de uma das partes ou mesmo condições de dependência nas relações contratuais.⁹⁷ No caso brasileiro constitui-se fenômeno desde há muito observado, que o poder de barganha de diversas empresas, especialmente durante o período de formação do "autoritarismo burocrático" – mas não somente durante ele, visto que ainda hoje é prática freqüentemente denunciada pela imprensa – variava de maneira expressiva conforme os seus vínculos com os "anéis burocráticos"⁹⁸ ou "lobbies" que permitiam obter vantagens diferenciadas perante o Estado. Tais vantagens ou poderes podem incluir desde o poder em conseguir a contratação de uma obra, caso comum entre empreiteiras e prestadoras de serviços diretos para o Estado, obter financiamentos, para todas as empresas, e mesmo garantir o pagamento dos serviços prestados.⁹⁹

As dificuldades da análise econômica para lidar com os problemas originados pelas mudanças das relações de poder, especialmente do poder unilateral, nas relações contratuais decorrem de quatro fatores principais: 1) A difusidade e complexidade de muitos poderes unilaterais. 2) As mudanças do poder unilateral durante lapsos temporais. 3) A inter-relação entre poder unilateral e poder bilateral. 4) A relação de poder e sua limitação com os valores independentes e conectados.

Na sociedade moderna os poderes unilaterais cada vez mais se tornam difusos e articulados em sistemas de relações complexos. Assim, cada vez mais o poder deixa de estar referido a uma única fonte de autoridade, e passa a permear todas as formas de relação econômica e social. Ademais, a sua complexidade crescente passa a depender das ações dos participantes no desenvolvimento da

⁹⁷ Hipóteses estudadas por Macneil, *Non-contractual relations in business: A preliminary study*, op. cit.

⁹⁸ Conceito desenvolvido pelo sociólogo Fernando Henrique Cardoso para descrever os círculos de poder e influência formados entre burocratas, políticos e empresários durante o período de ditadura militar no Brasil pós-1964 – cf. *Autoritarismo e democratização*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975.

⁹⁹ Sobre isto a literatura é vasta, ver, dentre outros, de Fernando Henrique Cardoso, op. cit.; Peter Evans, *A triplíce aliança*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1984. Durante o ápogeu do regime militar brasileiro um importante cientista político brasileiro chegou a dizer que o poder de uma empresa naquele período não se media pelos seus balanços, mas sim pelo número de estrelas de sua diretoria, i. e., pelo número de generais (de preferência de quatro estrelas) que compunham o seu conselho diretor. Ver ainda de Peter Evans, *Concatenações generalizadas no desenvolvimento industrial: Um reexame da produção petroquímica básica no Brasil*, in: *Desenvolvimento e política e as aspirações sociais. O pensamento de Albert O. Hirschmann*, Alejandro Foxley, Michael McPherson & Guillermo O'Donnell (organizadores), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

própria relação.¹⁰⁰ Vale lembrar que muitas vezes a própria dependência psicológica e social torna-se importante fator na criação de poderes unilaterais. Por outro lado, em face dos limites do planejamento já salientados anteriormente, o jogo de poderes pode variar substancialmente com o passar de lapsos temporais relativamente curtos, como meses, o que traz substanciais mudanças nas posições relativas de poder.

Além disto, a natureza do poder bilateral depende do que os respectivos poderes unilaterais são, o que torna a relação entre ambos sempre dinâmica. Isto é particularmente, mas não exclusivamente, verdadeiro para os contratos relacionais. A análise microeconômica clássica e neoclássica toma a bilateralidade como um dado, como um pressuposto para o funcionamento do mercado ideal de trocas, o que tende a minimizar a importância de tal dinâmica.

Por fim, a análise econômica neoclássica falha ao lidar com a propensão do ser humano em ter o poder como um fim em si mesmo. No caso dos contratos relacionais, a propensão humana em buscar o poder se mostra imprescindível para a análise contratual, uma vez que o aumento ou maximização do poder afeta diretamente os termos da troca particular. Isto é verdade tanto no caso de compartilhamento de ônus e vantagens, como no caso do aumento da solidariedade entre as partes contratantes.¹⁰¹ Neste sentido, o poder unilateral torna-se uma nova mercadoria com valor de troca.¹⁰²

Concluindo, o poder unilateral é difuso, complexo e mutável em inúmeros tipos de relações contratuais. A dificuldade em incorporar os elementos de poder existente nos contratos relacionais, contudo, é manifesta ante as próprias características acima descritas. É por tal motivo, contudo, que as relações de poder vêm sendo conceitualizadas através de diversos mecanismos jurídicos, como a solidariedade, o abuso de direito, o excesso de poder, o desvio de finalidade.¹⁰³ No âmbito do direito brasileiro estes elementos têm sido significativa-

¹⁰⁰ Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It shortfalls and the need for a 'rich classificatory apparatus'*, op. cit., p. 1053. Isto ser reporta ao conceito de poder como comunicação (Luhmann) ou relação de micro-poder (Foucault). Ambos autores apresentam definições relacionais de poder. Sobre o assunto ver de Michel Foucault, *Microfísica do poder*, Graal, 1979, Analise a questão do poder em Foucault em Ronaldo Porto Macedo Jr., Foucault: o poder e o direito, in *Tempo social, Rev. Sociologia USP*, v. 2, n. 1, 1990, p. 151-176. De Niklas Luhmann ver especialmente *Poder*, Brasília, UnB, 1985.

¹⁰¹ Sobre o assunto ver Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations: It shortfalls and the need for a 'rich classificatory apparatus'*, op. cit., p. 1055. Para um estudo empírico da forma como tais relações de poder se processam na contratação relacional, ver de Ronald Dore, *Flexible rigidities*, op. cit., especialmente, p. 72-101.

¹⁰² A idéia do poder como um meio de comunicação que desempenha papel análogo ao dinheiro é desenvolvida por Niklas Luhmann, em, *The economy as a social system, in The differentiation of society*, op. cit., p. 203-210.

¹⁰³ Vide art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, e Arruda Alvim et al, *Código do Consumidor Comentado*, op. cit., p. 179 e ss.

mente ampliados através do Código de Defesa do Consumidor e da nova lei antitruste que visa coibir o abuso do poder econômico. O Código Civil Brasileiro de 2002 ampliou um pouco mais tais mecanismos ao aumentar a importância dos institutos da lesão (art. 157) e da onerosidade excessiva (art. 478).

4.8.2 O direito de participação

O direito de participação foi um dos mecanismos encontrados pela doutrina do direito para mitigar os efeitos dos desequilíbrios de poder. Concebido originariamente como um direito político visando o controle do poder de governo, o direito de participação veio com o passar dos anos, especialmente a partir do século XIX, a integrar também o horizonte dos contratos privados especialmente com a expansão das Sociedades Anônimas.¹⁰⁴

Em seu famoso ensaio sobre os contratos plurilaterais, Ascarelli já chamava a atenção para a dimensão de gestão e participação dos novos contratos privados, afirmando: "Nesses contratos, deveremos, também, considerar os direitos e as obrigações quanto à gestão de organização, seja apenas nas relações internas, (nas relações entre as partes), seja também nas externas (quando as partes entram, como grupo, em relação com terceiros), de acordo com as duas subespécies anteriormente distinguidas. Por isso, ao lado dos direitos e obrigações de caráter "patrimonial" acharemos direitos e obrigações que, ao contrário, correspondem à gestão, à administração, à organização comum. No exame dos poderes de administração, poderemos distinguir: os que se referem à possibilidade de modificar o contrato; os que se referem à orientação geral da gestão; os que se referem à administração; e finalmente, os que se referem ao seu controle".¹⁰⁵

No âmbito do direito contratual do trabalho os seus efeitos se fizeram sentir especialmente a partir da criação de mecanismos que permitiam aos trabalhadores participarem da gestão das empresas nas quais trabalhavam. A questão do direito de participação surgiu também no âmbito dos contratos de sociedade, de modo a garantir a cada parte contratante parcela do poder de gestão do negócio comum.

Mais recentemente, o direito do consumidor ampliou a dimensão relacional dos modernos contratos privados. Dentro de uma moderna concepção do direito do consumidor, o direito de participação não se limita ao direito de reclamar, mas se estende para o direito a participar na gestão dos serviços que lhe são de interesse direto.¹⁰⁶ Ele é o direito de participação na gestão e controle das

¹⁰⁴ A este propósito ver de Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na SA*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 115 e ss.

¹⁰⁵ O contrato plurilateral, in Tullio Ascarelli, *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*, op. cit., p. 310.

¹⁰⁶ A resolução do Conselho das Comunidades Europeias aprovou, em 14 de abril de 1975, o "Programa Preliminar da Comunidade Econômica Europeia para uma Política de Proteção e de Informação aos Consumidores" que estabelece os seguintes princípios

agências fornecedoras de produtos e serviços ao consumidor, sempre que esta importar em garantia ou condição para a defesa eficaz de seus interesses. A sua exclusão na administração e controle mais direto, através de formas de gestão e representação, significa uma severa limitação à garantia do equilíbrio contratual *in fieri*, típico dos contratos relacionais.

Um exemplo disto pode ser encontrado na administração dos fundos privados de pensão. Cada vez mais o consumidor que ingressa num fundo de pensão através de um contrato de adesão padrão, sujeito à incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, percebe os limites de sua proteção contratual em face do enorme poder discricionário de que gozam os diretores deste fundo, em contraste com a total impotência do pensionista-consumidor ante a administração dos fundos que são de seu interesse imediato. Em certo sentido, pode-se mesmo argumentar que a própria dinâmica dos investimentos modernos exige alto grau de flexibilidade na gestão dos negócios. Contudo, é evidente que ao consumidor interessa que o fundo seja administrado tendo em vista os

básicos: a) direito à proteção da saúde e segurança; b) direito à proteção dos interesses econômicos; c) direito à reparação dos prejuízos; d) direito à informação e educação; e) direito à representação (direito de ser ouvido)", apud Arruda Alvim et al, *Código do Consumidor Comentado*, op. cit., p. 60. É de notar que o inc. IX do art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, vetado pela presidência da República, assim dispunha: "IX - a participação e consulta na formulação das participação e os afetam diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor". Tal dispositivo evidentemente estabelecia de maneira direta o poder de participação do consumidor, o que por si só já seria uma inovação. É de considerar, contudo, que a participação era fundamentalmente a participação em políticas relacionadas ao consumo. Ele não se referia, por exemplo, à participação do consumidor na própria renegociação das relações contratuais de consumo e o direito a participar através de representantes na administração privada de bens econômicos e jurídicos (como é o caso das poupanças e dos recursos destinados aos fundos privados de pensão e seguros de saúde). Este passo, de algum modo, já timidamente reconhecido pela legislação trabalhista, poderia se constituir em importante elemento para a defesa dos direitos do consumidor e o restabelecimento do equilíbrio de poder. É curioso notar o fundamento do veto presidencial: "O dispositivo contraria o princípio da democracia representativa ao assegurar, de forma ampla, o direito de participação na formulação das políticas que afetam diretamente o consumidor. O exercício do poder pelo povo faz-se por intermédio de representantes legitimamente eleitos, excetuadas as situações previstas expressamente na Constituição (Constituição Federal, art. 14, I). Acentue-se que o próprio exercício da iniciativa popular no processo legislativo está submetido a condições estritas (Constituição Federal, art. 61, § 2º)". O que se percebe nas razões do veto, em primeiro lugar, é a visível desconsideração da existência de mecanismos análogos, como o Conselho Monetário Nacional, que permite a participação de membros da sociedade civil na elaboração de políticas públicas. Em segundo lugar, é a evidente redução do âmbito do direito à participação política aos canais institucionais classicamente imaginados pela teoria da tripartição dos poderes, ignorando a natureza conflitual, corporativa e permanentemente negocial do Estado Moderno.

seus interesses ao firmar o contrato, i. e., obter a garantia de que poderá se valer de uma aposentadoria adequada no momento em que se aposentar e ainda que não será totalmente privado dos rendimentos e efeitos diretos gerados pelo capital dos fundos. Num tal contexto, o direito de participação na gestão constitui-se em elemento fundamental para a consecução do objetivo do equilíbrio contratual.

O Direito de Participação pode ser identificado também na necessidade do consumidor de controlar mais de perto os custos e a performance de determinados contratos, especialmente em áreas de interesse público, como os contratos de saúde. Diversas formas de participação e controle direto e indireto podem ser imaginadas e criadas visando garantir os seus interesses legítimos. O controle direto pode ser feito através da designação de representante no conselho diretor, com direito a voto e poderes de fiscalização, situação em que poderia avaliar planilhas de custo, projeções de investimentos etc. Outra forma indireta poderia ser o poder de requisitar informação e requerer auditorias, avaliação e perícias sempre que houvesse indícios de má gestão ou baixa produtividade ou ainda qualquer outro fator que comprometa os interesses dos consumidores-pensionistas. Por fim, o controle indireto poderia ser feito através da participação de agências externas como o Ministério Público, que atuaria preventivamente, fiscalizando a regularidade formal e substantiva das operações de maneira análoga ao controle atualmente exercido junto às fundações (art. 26 do Código Civil). Todos estes mecanismos não excluiriam ainda o papel de monitoramento e fiscalização a ser desempenhado pelos órgãos da administração direta, como a Superintendência de Seguros Privados do Brasil (SUSEP) e os Ministérios da Indústria e Comércio e Previdência Social. Neste caso, o direito do consumidor seria o ser representado na gestão de controle diário da prestação dos contratos, como por exemplo nos contratos de planos de saúde. Ademais, a participação do consumidor permitiria o acompanhamento das planilhas de custo que invariavelmente são apresentadas como fundamentos econômicos para a não concessão de benefícios. Nestes casos, o equilíbrio substantivo e contratual poderia ser obtido a partir das informações sobre os fatores econômicos fornecidos pelos próprios consumidores representados na empresa. Neste caso, o balanceamento das questões de valores de prestações e exclusões seria avaliado sem que o consumidor ficasse em desvantagem por não dispor de informação e meios para obter as informações sobre custos e capacidade econômica das empresas. Vale notar que nas negociações trabalhistas cada vez mais a discussão se trava entre representantes, assessorados por economistas dos sindicatos patronais, que então discutem as possibilidades econômicas para os aumentos salariais.¹⁰⁷ Isto afasta os argumentos simplistas no sentido de que os consumidores e trabalhadores dispersos e desorganizados seriam incapazes de

¹⁰⁷ Ver, de Idélio Martins, A participação dos empregados em decisões da empresa, in *Revista do Advogado*, n. 23.

participar na gestão dos recursos das empresas. Conforme salientado anteriormente, o modelo alemão de gestão da indústria, fortemente apoiado na participação direta dos sindicatos, oferece evidência contrária a conclusões pessimistas sobre a viabilidade desta participação.

A criação de tal mecanismo em empresas de porte mínimo seria uma garantia para o consumidor. Vale notar, contudo, que o controle e a participação não se fazem exclusivamente através da participação direta das partes diretamente interessadas, neste caso, os próprios consumidores. É certo que o controle pelo interessado direto é um mecanismo geralmente eficiente e adequado sempre que possível. Ele não impede nem contra-recomenda, contudo, a existência de outros mecanismos indiretos já mencionados.

4.9 Visão e expectativa dos participantes

Há quatro atitudes diferentes a serem consideradas no tocante à visão dos participantes nos contratos descontínuos e nos contratos relacionais; a saber: a) o reconhecimento da troca; b) o comportamento altruístico; c) o sentimento de tempo: *presentificar* ou atualizar o futuro ("*presentificação*") e futurar o presente; e d) as expectativas de problemas futuros.

4.9.1 O reconhecimento da troca

Na transação descontínua existe um claro reconhecimento da troca e de suas motivações econômicas. Na ausência destas motivações, não haverá troca ou contrato. Nos contratos descontínuos a própria sobrevivência dos participantes do mercado depende da capacidade dos contratantes de reconhecerem tais motivações nos demais e em si mesmos.

Algo diverso, entretanto, ocorre nos contratos relacionais, uma vez que os aspectos múltiplos das relações primárias, a emergência do planejamento e da cooperação, a divisão ou *socialização* dos ônus e benefícios,¹⁰⁸ a natureza das sanções e obrigações, fazem com que muitas vezes as partes contratuais silenciem sobre as motivações econômicas. Um exemplo extremo desta atitude pode ser encontrado nas reservas e constrangimentos que ainda hoje os noivos têm para discutir aspectos econômicos do contrato conjugal, como o regime de bens, divisão de participação nas propriedades etc. Tais constrangimentos simbolizam o aspecto não exclusivamente econômico que este tipo de transação assume. Também em contratos de cooperação entre empresas, muitas vezes a lin-

¹⁰⁸ Entendo por *socialização*, neste contexto, a divisão de ônus e benefícios no interior de uma comunidade mais ampla, isto é, a sociedade. A divisão segundo princípios solidarísticos pode portanto também ocorrer no seio de comunidades mais restritas como o grupo ou coletividade, ou mesmo uma rede contratual. Neste caso, porém não se falará em *socialização* num sentido técnico, e sim em divisão ou compartilhamento de ônus.

guagem e abordagem entre as partes procura enfatizar os aspectos não estritamente econômicos da contratação. A razão disto reside na importância que o elemento confiança passa a representar para o sucesso e continuidade da relação. Uma vez que a confiança ("trust") passa a ser um elemento altamente importante, muitas vezes um requisito essencial para a existência mesma da relação, a manifestação dos interesses econômicos e individualistas pode surgir como um elemento desagregador e gerador de suspeita.

4.9.2. O comportamento altruístico

O altruísmo é aqui entendido como "o comportamento realizado para beneficiar outrem sem antecipação de recompensa de fontes externas (aqui entendidas como externas ao doador)".¹⁰⁹ Nos contratos descontínuos, nada é de graça. Uma concessão parcialmente altruística é vista como o início de um esforço para impor uma troca unilateral àquele que recebe o benefício e que já espera ter de pagar inteiramente por aquilo que vier a receber. O comportamento altruístico não se confunde com o conceito jurídico e moral de solidariedade, à medida que ele não importa no sentimento de dever e obrigação jurídica. A pessoa que age altruisticamente age de maneira desinteressada e não impelida por um dever moral transformado em direito. Um exemplo deste tipo de sentimento pode ser encontrado na esmola ou na doação de caridade. Vale notar que tal distinção somente ganha significado dentro de um regime de significação (ou *epistème*) liberal, no qual é possível uma segregação rígida da moral (altruísta) do dever jurídico (solidariedade). Assim, para o liberal, o dever moral de dar esmolas por parte do abastado ou rico, por mais forte que seja, jamais pode se transformar num dever jurídico, num direito do pobre à esmola. Isto ocorre porque no pensamento liberal não há condição para a formação de um critério jurídico, de uma racionalidade jurídica, fundadora de tal dever.¹¹⁰

¹⁰⁹ Definição contida in "Altruism and helping behaviour" 3, J. Macaulay & L. Berkowitz (eds.) s. ed. 1970, apud Macneil, *The many futures of contracts*, op. cit., p. 798.

¹¹⁰ Conforme observa F. Schläer, *De la charité privée aux droits économiques et sociaux du citoyen*, Neufchâtel, 1950, p. 36, apud François Ewald, *L'état providence*, "La doctrine du laissez-faire e du laissez-passer, en condamnant par l'énoncé de ses lois toute forme d'assistance légale et de reconnaissance des droits économiques en faveur des victimes d'une économie chaotique, expose la société à des abus tels qu'un correctif s'avère aussitôt indispensable. Ce correctif, ce fut la charité, l'entraide bénévole." Continua Ewald, "Confronté à ses propres effets, le régime libéral aurait donc dû se corriger, s'amender, se contredire. La charité, la bienfaisance, l'ensemble de ces devoirs moraux du riche à l'égard du pauvre que la philanthropie allait s'attacher à formuler auraient été le supplément nécessaire pour tempérer sa sécheresse et assurer sa survie. Un pis-aller dont on aurait bien voulu faire l'économie mais que la réalité sociale aurait rendu indispensable. Les devoirs de secours, la bienfaisance témoigneraient la contradiction entre le rêve ou l'utopie libérale formulée par l'économie et les

O uso que faço do conceito de altruísmo é diferente daquele proposto por outros autores como Duncan Kennedy,¹¹¹ para quem "a essência do conceito de altruísmo é a crença de que alguém não deve comprazer-se com uma grande preferência pelo seu próprio interesse sobre os interesses dos outros (...). As práticas mais simples que representam o altruísmo são o compartilhamento e o sacrifício" e também do uso feito pelo próprio Macneil na definição acima citada. Estes autores desenvolvem um conceito de altruísmo indistinguível do conceito de solidariedade tal como proposto anteriormente. Penso, contudo, que o conceito de altruísmo, apesar da evidente amplitude que o seu uso comum na linguagem apresenta, deve ser reservado para referir-se ao sentimento de dever moral de compartilhar em favor do outro. Dentro de uma *epistème* liberal, que separa radicalmente os limites da moral e do direito, não se encontra fundamentação jurídica para o altruísmo, que, assim, fica segregado no campo moral. A moral altruísta se transforma em solidariedade quando se converte em dever moral e adquire um estatuto jurídico, o que somente se viabilizará no âmbito da *epistème* do Direito Social.

4.9.3. Sentimento de tempo; presentificar o futuro

Contratos descontínuos e relacionais apresentam importantes diferenças na forma pela qual as partes comportam-se diante de um determinado sentimento do tempo. A questão das diferenças de sentimento do tempo está diretamente ligada à questão do planejamento e sua vinculatividade. Elas representam, se assim se quer, a dimensão psicológica e das expectativas das partes contratantes. Os contratos descontínuos tendem a "tornar presente" ("to presentiate") o futuro, isto é, "fazer ou tornar presente num lugar ou tempo, ou fazer com

exigences de la politique. Cette présentation du régime libéral des obligation – réduction des devoirs aux droits avec un supplément de bienfaisance pour faire tenir l'ensemble – colle bien avec le schéma sur lequel on dispose habituellement les acteurs de cette histoire: rigorism, âpreté et avidité des bourgeois d'un côté, misère et luttes ouvrières de l'autre, qui contraignent les premiers, mais dans leur seul intérêt égoïste, à faire un petit quelque chose. On peut pourtant en suspecter la vérité historique. D'abord parce que jamais un système aussi négatif que celui que l'on vient de décrire n'aurait pu fonctionner positivement. Jamais, non plus, il n'aurait pu venir à l'idée d'un théoricien politique un peu conséquent d'y réduire le fonctionnement social. Ensuite parce que ce schéma ne correspond ni aux pratiques libérales effectives ni aux nombreux textes où ces pratiques se sont formulées, réfléchies et rationalisées (...). Si donc les auteurs libéraux sont unanimes à critiquer l'idée de charité légale, d'obligation légale de secours aux pauvres, ce n'est pas, loin de là, pour condamner le principe des secours, puisque'ils en affirment au contraire la nécessité avec la même unanimité. Ce qui seulement est rejeté, c'est l'idée que les devoirs d'assistance de la société à l'égard des pauvres correspondraient à des droits du pauvre", in François Ewald, *L'état providence*, op. cit., p. 54-55.

¹¹¹ Form and substance in private law adjudication, op. cit., p. 1.717.

que seja percebido ou reconhecido como presente".¹¹² A *presentificação*, neste sentido, é o processo pelo qual se visa antecipar todo o futuro para o presente através do planejamento e estabelecer a vinculação total do futuro aquilo que é planejado no presente. No limite ideal, tornar presente o futuro é tornar o futuro cem por cento predeterminado no presente.

Os contratos relacionais tendem, ao contrário, "a fundir passado, presente e futuro num continuum no qual, todavia, o presente, não importa quão aguda seja a consciência que dele se tem, é parte tanto do passado como do futuro, e eles, por sua vez, partem do mesmo presente".¹¹³ Neste sentido, nos contratos relacionais as partes reconhecem os limites para se *presentificar* o futuro e deixam de pretender tão intensamente fazer isto, tal como se configurava o ideal do pensamento contratual clássico.¹¹⁴

4.9.4 Expectativas sobre problemas

Os contratos descontínuos não são imaginados para terem problemas. A expectativa que se tem sobre eles é a de que sejam cumpridos ou, caso não o sejam, que tenham os efeitos do descumprimento completamente previstos pelo próprio contrato e pelo direito contratual que lhe serve de referência. As expectativas dos contratantes diante dos contratos descontínuos, segundo a terminologia desenvolvida por Luhmann, são essencialmente normativas, à medida que os agentes esperam que as ações sejam cumpridas conforme o acordo previsto. Pelo mesmo motivo é esperada a imposição legal no caso de seu descumprimento. Em razão disto, a expectativa das partes contratantes é, basicamente, uma *expectativa normativa*.¹¹⁵

¹¹² Definição contida no *Oxford dictionary*, p. 1306, 1933, citado por Ian Macneil in *Restatement (Second) of contracts and presentation*, in *Virginia Law Review*, v. 60:589, 1974.

¹¹³ Cf. *The many futures of contracts*, op. cit., p. 800.

¹¹⁴ O ideal da atitude de *presentificação* no direito contratual clássico pode ser reconhecido na afirmação de Patterson, in "The interpretation and construction of contracts", p. 64, *Columbia Law Review* 833, 838, 1964: "The ideal result that a legal draftsman seek to attain and that judicial interpreters commonly seek to find in a written contract is that a judge should be able, by reading the contract without lifting his eyes from the page, to determine its one and only "true" meaning in relation to the issues being litigated (...). My experience has been of the person struggling to draw the maps of 'territories to be' with all the attendant frustrations and anxieties imposed by the assumption that the perfect contract anticipates and disposes of all possible future problems and questions". Apud Ian Macneil in: *Restatement (second) of contracts and presentation*, op. cit., p. 591.

¹¹⁵ Niklas Luhmann em seu *Sociologia do direito*, op. cit., v. 1, p. 55-56, assim define os conceitos de expectativa normativa e cognitiva tal como o utilizo no texto: "Mesmo quando os desapontamentos se tornam visíveis e têm de ser inseridos na visão de realidade como objeto da experimentação, ainda existe a alternativa de modificação da

Já nos contratos relacionais o problema é esperado tácita ou expressamente enquanto um aspecto normal da vida. O problema é esperado e seus efeitos, também esperados, geram a necessidade de um novo planejamento e uma nova resolução para os conflitos emergentes. A expectativa de problemas leva à consideração de processos para lidar com eles, como a cooperação e outros métodos de resolução, como procedimentos para reparação de reclamações e negociações coletivas.¹¹⁶ Neste sentido, é possível afirmar que a expectativa dos agentes contratantes em contratos relacionais é mais cognitiva, à medida que o agente sabe que terá que se adaptar à nova realidade da situação contratual, considerando-a normal, previsível e inevitável.¹¹⁷

4.10 Fontes básicas de apoio socioeconômico e moral

As fontes de apoio socioeconômico nos contratos descontínuos são eminentemente externas. Assim, por exemplo, na compra e venda de um bem, o direito de propriedade é um requisito para a realização da troca mediante contrato, mas constitui-se num elemento externo ao contrato. O direito de propriedade não deriva do contrato, mas de um reconhecimento de direitos anteriores e prévios à transação contratual. Por este motivo, num contrato descontínuo puro, a fonte exclusiva do conteúdo da obrigação assumida encontra-se naquilo

expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante. Dependendo de qual dessas orientações predomina, podemos falar de expectativas cognitivas ou normativas (...). Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgredir (...). Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos". A aplicação das sanções previstas para o caso de descumprimento contratual em contratos descontínuos é uma das "estratégias de estabilização contrafática" (idem, p. 67) mais esperadas ou admitidas como adequada. Vale notar, contudo, que em determinadas situações, por exemplo a compra de um refrigerante numa máquina de venda automática, não há a expectativa de que caso a máquina não entregue o bem adquirido, o adquirente tenha a expectativa real de fazer valer o seu direito contratual. É comum, pois, a consciência prévia de que a máquina pode falhar e poucos recursos existirão para reaver o dinheiro depositado ou sancionar o proprietário da máquina. É por tal motivo, contudo, que não é cena incomum a manutenção da expectativa normativa de tal comprador, mantendo seu protesto xingando, chutando ou danificando a máquina que lhe causou o prejuízo.

¹¹⁶ Cf. *The many futures of contracts*, op. cit., p. 805.

¹¹⁷ Sobre a expectativa de problemas e sua conformação a eles ver de Stewart Macaulay, *Non-contractual relations in business: A preliminary study*, op. cit. e Hugh Beale and Tony Dugdale, *Contracts between businessmen: planning and the use of contractual remedies*, *British Journal of Law and Society*, v. 2, 1975.

que foi genuinamente expresso, comunicado e trocado por promessas pelas partes. Outros elementos externos ao contrato seriam os requisitos legais relativos à capacidade das partes, licitude do objeto da transação e ainda a não afronta à forma prescrita em lei.¹¹⁸

Os contratos relacionais também dependem de uma matriz social externa que pode ser o mesmo direito de propriedade. Todavia, eles também envolvem um elemento interno, como por exemplo a necessidade mútua das partes no andamento da relação contratual ("ongoingness need of each other").¹¹⁹ Nos contratos relacionais pode haver ou não promessas das partes, que podem ser genuinamente expressas, comunicadas e trocadas. Algumas outras fontes de obrigação, contudo, como por exemplo o curso da negociação, podem não ser tão específicas. Em outras palavras, no plano microeconômico das relações contratuais, o andamento da relação contratual, a sua negociação, concretização e performance, geram direitos e vinculações para o próprio contrato. A experiência contratual cria em parte os elementos de sua própria normatividade, constituindo-se no direito de si mesmo ou no "contrato do contrato".¹²⁰

Do ponto de vista das fontes de apoio moral, ocorre um fenômeno inverso: aquele observado nas fontes de apoio socioeconômico. Isto porquanto a fonte básica de apoio moral para o contrato descontínuo nas perspectivas clássicas e neoclássicas é a promessa,¹²¹ a não violação de forma prescrita em lei e a obrigatoriedade do contrato. Este último princípio está consagrado na máxima do *pacta sunt servanda*, que manda que as convenções devem ser cumpridas. Dentro do paradigma liberal clássico, vigora a idéia de que a promessa feita de acordo com o direito deve ser cumprida independentemente de seus efeitos (*pacta*

⁽¹¹⁸⁾ Cf. art. 185 (art. 82/1916), art. 107 (art. 129/1916) e art. 166 (art. 145/1916) do Código Civil Brasileiro.

⁽¹¹⁹⁾ *The many futures of contracts*, op. cit., p. 747.

⁽¹²⁰⁾ François Ewald, *The law of law*, in Gunther Teubner (ed), *Autopoietic law: a new approach to law and society*, op. cit. p. 36-50. O contrato enquanto experiência contratual constitui-se no conjunto das regras de julgamento do contrato formal (escrito). O contrato torna-se, assim, o direito do contrato. Na mesma linha de pensamento autopoietico ver Gunther Teubner, *Autopoiesis in law and society*, in *Law and Society Review*, n. 18, 1984; Gunther Teubner, *Dilemmas of law in the welfare state*, op. cit. E os demais artigos que compõem a coletânea de Gunther Teubner (ed), *Autopoietic law: a new approach to law and society*, op. cit., e *Substantive and reflexive elements in modern law*, 17, *Law and Society Review*, 239, 1983.

⁽¹²¹⁾ A propósito ver Charles Fried, *Contract as promise*, op. cit.. Domat, um dos pais fundadores do direito contratual liberal da tradição do "Civil Law" também estabelece tal premissa ao afirmar: "As convenções devem ser formadas pelo consentimento mútuo daqueles que negociam conjuntamente, cada um deve lá explicar sincera e claramente aquilo que promete e que pretende; e é por sua intenção comum que se explica aquilo que a convenção pode ter de obscuro e duvidoso", in *Oeuvres Complètes, Les lois civiles*, p. 131, apud Darcy Bessone, *Do contrato. Teoria geral*, op. cit., p. 216.

sunt servanda, pereat mundus). O elemento moral que dá suporte ao contrato descontínuo é basicamente a promessa expressa e licitamente comunicada entre as partes. A única norma moral social invocada é aquela que determina que a promessa deve ser cumprida. Outros princípios, como a boa-fé, quando presentes desempenham uma mera função acessória e supletiva.

Já nos contratos relacionais, conforme foi observado, a situação é diferente à medida que as motivações de solidariedade, reciprocidade e cooperação criam uma moral social interna à relação contratual que vincula o todo comunitário às partes que dele participam. Assim, nos contratos entre empresários, a moralidade empresarial desenvolvida a partir das práticas contratuais estabelecidas entre eles é elemento importante para a definição das expectativas legítimas.¹²² O *ethos* desenvolvido no interior de uma determinada comunidade ou grupo vincula seus membros no momento da aplicação do direito.¹²³

De maneira semelhante, mas numa dimensão bastante mais ampla, a idéia de justiça social ou os ideais welfaristas contidos no direito do consumidor vinculam as partes não apenas em razão do tipo específico de consumidor envolvido e do tipo de fornecedor também envolvido, mas em função de um sentimento de solidariedade social mais amplo e generalizado. Assim, a imoralidade no tratamento do consumidor como uma parte que detém poder de barganha igual ao fornecedor é o fundamento moral que justifica tratamentos desiguais tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio contratual. O caráter distributivo do Direito Social faz com que se leve em consideração o caráter de mérito e status das partes envolvidas e, assim justifica moralmente o tratamento desigual e as discriminações positivas. No caso do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor há o recurso a uma solidariedade que se reporta a uma comunidade mais ampla, a própria sociedade. Por tal motivo, é exato falar-se aqui em solidariedade social.

⁽¹²²⁾ Vide nota 228 e ainda de Charles Sabel, *Studied trust*, op. cit., e Ronald Dore, *Goodwill and the spirit of market capitalism*, op. cit.

⁽¹²³⁾ Neste sentido, haveria um certo tipo de solidariedade mecânica entre os empresários. Contudo, vale notar que eles atuam desempenhando atividades diversas, diferenciadas, e portanto, atuam também de acordo com a solidariedade orgânica. Para Durkheim, a solidariedade mecânica é a solidariedade entre iguais. Um exemplo seria a relação entre membros de um sindicato, de uma associação de ex-alunos ou de membros de uma associação de classe como a FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo). A solidariedade orgânica refere-se a especialização e necessidade de troca e cooperação. A solidariedade orgânica consiste na crença comum a interdependência futura. Cf. Émile Durkheim, *The division of labor in society*, op. cit. É de notar, contudo, que o uso que aqui é feito dos conceitos de solidariedade é diverso daquele proposto por Durkheim, para quem o que preserva a solidariedade mecânica seria o direito penal, ao passo que a solidariedade orgânica seria preservada pelo direito contratual, direito comercial, direito administrativo e direito de família, que formam o direito restitutivo.

4.10.1 Excurso sobre as normas de ligação: restituição, dependência em razão da confiança (reliance) e expectativa de interesses¹²⁴

O princípio básico segundo o qual a parte inocente tem direito à indenização por suas perdas, é amplamente aceito tanto no direito contratual de tradição romana, "Civil Law", como no "Common Law". Vale notar, contudo, que as perdas e danos sofridos podem ser de diversas naturezas e espécies e o remédio jurídico oferecido contra as mesmas pode variar, seja segundo o tipo, seja segundo o sistema jurídico em questão. Analisarei em primeiro lugar tal questão no âmbito do direito contratual do "Common Law" para em seguida identificar

⁽¹²⁴⁾ No texto que segue refiro-me ao conceito de confiança ("reliance") num sentido diverso daquele empregado no item anterior dedicado ao conceito de solidariedade e confiança ("trust"). Na verdade as palavras "trust" e "reliance" da língua inglesa costumam ser traduzidas de maneira indiferenciada por *confiança*. A distinção, contudo, é relevante para o argumento que desenvolvo no texto. "Reliance" refere-se a confiança enquanto nexa de dependência, fidedignidade e segurança, ou seja, a crença que motiva um ato subsequente e dele dependente. De acordo com a definição do *Black's law dictionary*, 6. ed., Saint Paul, West Publishing Co, 1990, p. 1291, "Term 'reliance' as used in rule imposing liability on one who volunteers to undertake action for the protection of another's person or things for failure to exercise reasonable care if harm is suffered because of the other's reliance upon the undertaking connotes dependence; it bespeaks a voluntary choice of conduct by the person harmed and infers that the person exercising it can decide between available alternatives. *Barnum v. Rural Fire Protection Co.*, 24 Ariz. App. 233, 537 P. 2d 618, 622". Por este motivo, preferi manter no texto o conceito de "dependência em razão da confiança" para traduzir o conceito de "reliance". O conceito de "trust", conforme já analisado, refere-se às ideias de fé, cuidado, responsabilidade, crença não questionada em algo ou alguém, e envolve a ideia de comunidade de valores, ou na crença de que "outrem não se beneficiará de eventual vulnerabilidade alheia", e, portanto, numa certa dimensão de solidariedade. A própria origem histórica do conceito jurídico de "trust" também corrobora tal interpretação. "In: the history of economic development, the 'trust' was originally a device by which several corporations engaged in the same general line of business might combine for their mutual advantage, in the direction of eliminating destructive competition, controlling the output of their commodity, and regulating and maintaining its price, but at the same time preserving their separate individual existence, and without any consolidation or merger. This device was the erection of a central committee or board, composed, perhaps, of the presidents or general managers of the different corporations, and the transfer to them of a majority of the stock in each of the corporations, to be held 'in trust' for the several stockholders so assigning their holdings. These stockholders received in return 'trust certificates' showing that they were entitled to receive the dividends on their assigned stock, though the voting power of it had passed to the trustees. This last feature enabled the trustees or committee to elect all the directors of all the corporations, and through them the officers, and thereby to exercise an absolutely controlling influence over the policy and operations of each constituent company, to the ends and with the purposes above mentioned". *Black's law dictionary*, op. cit., p. 1.509.

os princípios protetores no direito de tradição europeia continental, em especial no direito brasileiro vigente.

Num ensaio clássico de 1937, Lon Fuller e William Perdue¹²⁵ elaboraram uma sistematização acerca dos interesses envolvidos no momento do cálculo da indenização devida em função do descumprimento contratual que é hoje amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência dominantes nos Estados Unidos e também na Inglaterra.¹²⁶ Partindo da concepção de que toda norma jurídica tem um propósito, Fuller investiga quais seriam as motivações e políticas ("policies") que constituiriam o direito dos contratos no tocante à reparação dos danos. A sua originalidade consistiu em sistematizar a doutrina da reparação dos danos contratuais em torno da proteção de três objetivos organizados em três interesses jurídicos básicos, a saber: 1) O interesse da restituição; 2) O interesse da dependência em razão da confiança ("Reliance") e 3) O interesse da expectativa.

O interesse da restituição pode ser definido em termos da "prevenção do ganho obtido pelo destinatário ou oblato inadimplente às custas do proponente ou promitente; ou, em outras palavras, a vedação do enriquecimento ilícito".¹²⁷ O interesse de restituição tal como se coloca no pensamento contratual clássico centra-se em promessas. Assim, o interesse da restituição nos contratos é visto em termos do problema criado quando alguém se enriquece fazendo promessas e depois não as cumpre. Este proveito obtido indevidamente pode ser alcançado através do recebimento ou retirada de algo da parte vitimada por ter recebido ou retirado algo de outras fontes.¹²⁸

O interesse da dependência em razão da confiança, também denominado simplesmente interesse da confiança,¹²⁹ consubstancia-se nos danos gerados pelo não cumprimento de uma promessa. O exemplo oferecido por Fuller é o de um comprador de terras que confiou na promessa de um proprietário de terras em vendê-las e é surpreendido por sua decisão de não mais vendê-las. Neste caso,

⁽¹²⁵⁾ The reliance interest in contract damages, *Yale Law Journal*, v. 46, 1936-1937, New Haven, p. 52-96.

⁽¹²⁶⁾ Sobre o trabalho de Lon Fuller, Atiyah chega a ponderar que "the late Lon Fuller was undoubtedly one of the most original, interesting, and profound legal thinkers of the present century (...) his famous article (co-authored with his student, William R. Perdue, Jr.) 'The Reliance Interest in Contract Damages' has probably been the most influential single article in the entire history of modern contract scholarship, at any rate in the Common Law world". P. S. Atiyah, *Essays on contract*, op. cit., p. 73.

⁽¹²⁷⁾ Lon Fuller, op. cit. 54, ver também Allan Farnsworth, *Contracts*, 2. ed., Boston, Little Brown and Co., 1990, p. 41-45.

⁽¹²⁸⁾ Cf. P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 449 e J. M. Antunes Varela, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 186-205.

⁽¹²⁹⁾ É deste modo que o conceito é traduzido por Vítor Fernandes Gonçalves em *Responsabilidade civil por quebra da promessa*, Brasília Jurídica, 1997, p. 73.

os danos do comprador estariam presentes nos custos envolvidos na verificação da legalidade dos títulos do proprietário ou mesmo perda da oportunidade para realizar outros bons negócios em função da frustração da confiança depositada na promessa do proprietário. Aqui, a indenização visaria obrigar o promitente a deixar o oblatu em situação igual àquela em que estava antes da promessa ser feita. O interesse da dependência em razão da confiança é considerado em termos de confiança razoável nas promessas e as perdas e danos têm uma natureza mais palpável e menos controversa do que a dos danos provocados pela expectativa frustrada.

Numa terceira situação, pode-se imaginar o dever de indenizar gerado não apenas para evitar o enriquecimento ilícito ou os danos provocados pela confiança não correspondida, mas sim pelo dano produzido em razão da expectativa frustrada. Neste caso poderemos obrigar o promitente a cumprir a promessa ou então pagar para que ela seja feita por outrem. O objeto da indenização é colocar a parte frustrada pela promessa não cumprida em situação igual àquela em que estaria caso a promessa fosse cumprida. Aqui, o interesse protegido é o da expectativa, que é equacionado com aquilo que foi prometido.¹³⁰ Um exemplo deste tipo de responsabilidade contratual pode ser encontrado no dever de um cliente de um dentista ou médico psiquiatra de pagar pela consulta desmarcada, ainda que com antecedência e possibilitando que o horário fosse oferecido a outro cliente. Bastaria, para que tal responsabilidade se configurasse, que o horário efetivamente não viesse a ser ocupado por outro cliente. Casos deste tipo podem ocorrer mesmo que não tenha havido atos concretos por parte de quem confiou no sentido de que a promessa seria cumprida e não tenha havido algum tipo de enriquecimento ilícito ou benefício indevido por parte do promitente que não honrou sua palavra. Neste caso, protege-se a mera expectativa e não o dano material dela decorrente.

A indenização pelas expectativas frustradas em transações comerciais parece ter uma justificativa econômica bastante plausível, uma vez que, neste caso, o contrato é imaginado para trocar os riscos de mudanças nos preços no mercado

⁽¹³⁰⁾ É importante notar que os interesses da confiança e da expectativa não se identificam completamente com a idéia de "lucros cessantes" ou "danos emergentes" mais conhecidas pelo direito brasileiro. Conforme apontam Fuller e Perdue, op. cit., p. 55: "Não deve ser suposto que a distinção aqui tomada entre interesses da confiança e da expectativa coincida com aquela algumas vezes tomada de 'danos causados' ('losses caused', 'damnum emergens') e 'lucros cessantes' ('gains prevented', 'lucrum cessans'). Em primeiro lugar, embora a confiança geralmente resulte em 'perdas' de uma natureza afirmativa (gastos com trabalho e dinheiro) é também verdadeiro que pode-se deixar passar oportunidades para ganho em função de lucros cessantes e confiança numa promessa. Assim, o interesse na confiança deve ser interpretado no menos potencialmente cobrindo 'lucros cessantes' e 'danos causados' (...). Por outro lado, não é possível fazer o interesse da expectativa inteiramente sinônimo do 'lucros cessantes'. O desapontamento de uma expectativa frequentemente provoca perdas de caráter positivo".

após a assinatura do contrato. Esta troca de riscos pode ser admitida como eficiente uma vez que geralmente os riscos maiores são dirigidos para quem tem melhor condição de lidar com eles. Muitas vezes também os interesses das expectativas se combinam com interesses da dependência em razão da confiança, provocando danos de natureza econômica facilmente perceptíveis. É isto que ocorre quando numa "network", ou rede, contratual, um fornecedor deixa de entregar determinado produto necessário para o funcionamento de toda uma cadeia de produção e de distribuição de produtos.

Em alguns casos, contudo, é difícil determinar a natureza dos danos nas expectativas, uma vez que o contrato é pensado como uma transação descontínua entre duas partes mediante a qual elas se comprometem a entregar algo após a realização de alguma coisa, que normalmente é o pagamento em dinheiro pelo bem.¹³¹

Com o aumento da relevância dos contratos relacionais, a importância relativa dos interesses jurídicos protegidos também variou. Assim, se antes o interesse de restituição tendia a ser o preponderante e mais importante para os tribunais,¹³² é certo que nos contratos relacionais a proteção das expectativas e da confiabilidade passa a ter maior peso, visto que muitas vezes é muito difícil ou até impossível preestabelecer o montante das perdas e danos materiais. Frequentemente, em especial no caso dos contratos relacionais, o que se perde, caso haja o descumprimento contratual, é uma situação relativa de poder. Tal fato é facilmente perceptível nos casos de contratos de franquia, contratos coletivos de trabalho, "networks" contratuais e mesmo nos planos privados de pensão em que há abuso de confiança da parte dos administradores do fundo.

Há um outro sentido, para o qual Atiyah chama a atenção, pelo qual os danos gerados pela expectativa parecem ter prioridade frente aos demais interesses. Isto porque, em primeiro lugar, a regra das expectativas é mais geral por

⁽¹³¹⁾ É assim na compra de carro a prestação pelo consumidor que futuramente não vem a completar os pagamentos. Aqui, conforme lembra ainda Atiyah: "(O comprador) não fez nenhuma promessa de pagar os lucros (que o vendedor deixou de ter). Se ele tiver que pagar ao vendedor pelos lucros que este deixou de ter é porque o direito vê os lucros potenciais como dignos de proteção mesmo antes deles terem sido ganhos, e não porque o réu prometeu pagá-los". P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 446. Também em casos de contratos de adesão em que há um grau mínimo de consentimento, é difícil defender a necessidade do pagamento dos danos provocados pelas expectativas frustradas. Há casos, contudo, em que o princípio de proteção dano da expectativa não está do lado do autor, como por exemplo, o aconselhamento negligente ou a quebra contratual para cuidados profissionais. A estes interesses a doutrina americana tem denominado "danos punitivos".

⁽¹³²⁾ Fuller e Perdue, op. cit., p. 56. P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 456. Esta prioridade pode também ser sentida pelo fato de que as demandas formuladas com fundamento nos interesses de restituição são autorizadas mesmo onde os danos devidos à expectativa ou à confiança não o são, como por exemplo no caso da alegação de nulidade ou ilegalidade contratual.

admitir a indenização mesmo quando não houve prejuízo fundado na confiança ou enriquecimento ilícito. Em segundo lugar, os danos fundados no interesse da dependência em razão da confiança não podem ser demandados numa situação em que caso o contrato tivesse sido plenamente cumprido, ainda assim teria gerado prejuízos para a parte.¹³³ Por outro lado, deve-se lembrar que no direito contratual hoje dominante (neoclássico) há inúmeros casos em que as regras de expectativas não são aplicáveis, muito embora as da confiança e do enriquecimento ilícito o sejam. Tal aspecto está ligado à progressiva mitigação do aspecto vinculante ou força obrigatória dos contratos.¹³⁴

Um novo princípio surge no sentido de diminuir o aspecto vinculante do princípio das expectativas. Trata-se da "mitigação do dano". De acordo com tal princípio, requer-se da parte prejudicada que realize medidas razoáveis para proteger os seus interesses quando o réu descumpre o contrato. Assim, ele somente terá direito aos danos pelas perdas devidas a expectativas que remanescerem após a tomada destas precauções de proteção de seus interesses.¹³⁵ É fácil perceber que o princípio de mitigação do dano muitas vezes vem acompanhado do princípio de cooperação, mencionado anteriormente. Neste sentido, o contratante tem o dever de cooperar e fazer o esforço razoável tanto para que o contrato se realize, como para que os danos decorrentes de sua inexecução sejam evitados.¹³⁶ Note-se que a parte contratante vítima não tem o dever de dividir os ônus

¹³³ P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 456-457.

¹³⁴ Conforme salienta P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 458: "De fato pode ser sugerido que, com exceção dos contratos francamente comerciais do dia-a-dia, a regra de indenização devido às expectativas (a auto-executoriedade completa de todos os contratos) tem estado intimamente associada com a ascensão e declínio dos princípios da liberdade contratual no decorrer dos últimos dois séculos". Para um tratamento mais amplo e documentado do tema ver, do mesmo autor, *The rise and fall of freedom of contract*, op. cit.

¹³⁵ P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 458. Atiyah observa que segundo tal princípio de mitigação se um comprador deixa de pagar o preço avençado por bens ainda não entregues, ele deve tentar revender seus bens e somente então demandar judicialmente pela diferença de preço obtido, se houve alguma. Por outro lado, se o vendedor deixa de entregar os bens, descumprindo o contrato, o comprador deve ir ao mercado e procurar por alternativas. Apenas os danos remanescentes poderão ser ressarcidos. Ou ainda, se um carregamento chega com atraso ao porto para ser embarcado, o dono do navio não pode simplesmente iniciar viagem e sair do porto sem examinar a possibilidade de pegar uma carga alternativa.

¹³⁶ Exemplos do "Common Law" ver *Lazenby Garages Ltd v. Wright*, [1976] 1 WLR 459 e *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605, ambos citados e analisados por Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 459. Para o caso brasileiro ver Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 177-190, especialmente p. 180-181 e 190. Noronha cita o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30.05.1978 (*Jurisprudência do STF*, 68:40) estabelecendo: "A dentora havida não justifica a rescisão da avença, pois pequenas falhas nos documentos e um razoável atraso são

e benefícios, mas sim o dever de cooperar para que não haja prejuízos desnecessários. Assim, se os danos forem inevitáveis, o ônus recairá exclusivamente sobre a parte que a eles deu causa. Isto porque a parte não tem o "dever de ser altruísta", visto que não se trata aqui do princípio da solidariedade.

É possível encontrar ainda inúmeros outros exemplos nos quais se verifica a supremacia do princípio da dependência em razão da confiança sobre o da expectativa em contratos de consumo, demandas entre membros de uma mesma família e entre contratantes envolvidos em relações de longo prazo e também em relações matrimoniais.¹³⁷ Assim é que de maneira geral em todas as modernas legislações de proteção do consumidor, inclusive o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, é previsto o direito de arrependimento por parte do consumidor e mais até do que isto, é previsto o direito de reflexão ("cooling-off").

No caso das relações matrimoniais é fácil perceber que cada vez mais perdem força as demandas fundadas na quebra da promessa realizada no momento da celebração do casamento. A própria mitigação do regime de separação total de bens e sua conversão de fato numa espécie de comunhão parcial é exemplo disto. O que foi avençado e prometido deixa de ser executado no momento do divórcio, tendo em vista os princípios da dependência em razão da confiança e do enriquecimento sem causa. Da mesma forma, o direito à pensão para a pessoa separada tem sido paulatinamente mitigado e condicionado às reais necessidades e esforços no sentido de adaptar-se à nova condição econômica advinda da separação.¹³⁸

4.10.2 Normas de ligação e contratos relacionais

No caso dos contratos relacionais estas normas de ligação baseadas nos interesses da restituição, expectativa e dependência em razão da confiança têm de ser expandidas tendo em vista a ampliação da influência dos princípios de cooperação, solidariedade e do reconhecimento legal das desigualdades de poder. Isto ocorre, em boa medida, devido ao aumento da importância e do reconhecimento jurídico dos elementos não-promissórios das relações contratuais. Assim, o interesse de restituição em determinados contratos relacionais passa a

fatos comuns e, com um pouco de boa vontade, a agravante teria condições de receber a escritura, porque a eventual falta de documentos não tornaria impossível a realização do negócio". No mesmo sentido ver acórdão do TAMG de 13.02.1981 publicado em *RJTJMG*, 12:178. No "Common Law" este princípio tem sido denominado de "duty of best efforts". Cf. Allan Farnsworth, "On trying to keep one's promises: the duty of best efforts in contract law", *University of Pittsburgh Law Review*, Fall, 1984, v. 46, n. 1, p. 1-30.

¹³⁷ Conforme lembra P. S. Atiyah, *Essays on contract*, op. cit., p. 30: "Consumidores e mesmo empresários frequentemente são capazes de cancelar acordos com um mínimo de penalidade, pagando talvez apenas as despesas atuais deixadas em confiança pela promessa".

¹³⁸ Além dos casos do direito brasileiro ver, para o caso inglês, *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*, s. 3 substituindo o velho s. 2 do *Matrimonial Causes Act* de 1973, apud P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 460.

ser invocado simplesmente porque uma das partes, por qualquer razão, receba uma excessiva parcela dos lucros e benefícios da transação. Neste caso estaria configurado o dever de repartir os lucros tendo em vista a existência de uma "lucratividade excessiva", conceito reverso ou negativo do mais conhecido conceito de "onerosidade excessiva", este último reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 51, § 1.º, III). Um exemplo disto pode ser encontrado nas demandas dos empregados por maiores salários quando as empresas estão experimentando altos lucros. Tal princípio foi transformado nos Estados Unidos em lei pelo Federal Government Contract Renegotiation Act.¹³⁹ Vale notar que tal princípio não se identifica com a vedação da cláusula leonina, prevista no art. 1.008 do novo Código Civil ("é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas") e anteriormente prevista no art. 1.372 do Código Civil de 1916. Em primeiro lugar, a cláusula leonina era figura excepcional dentro da sistemática do direito contratual clássico. Em segundo lugar, ela era privativa do contrato de sociedade (*affectio societatis*) onde o princípio da cooperação de algum modo já se esboçava, ainda que timidamente, tendo em vista o ambiente intelectual liberal e individualista no qual surgia. Ele não se generalizava, pois, para outras formas de relação contratual.¹⁴⁰ Em terceiro lugar, ela poderia ser interpretada, e frequentemente o foi, como um limite à teoria da "causa" ou "consideration", isto é, pressuposição de que as partes transacionam livremente (e a alusão à figura leonina já evidencia tal aspecto) tendo em vista a troca de benefícios e riscos equivalentes. Ora, a cláusula leonina é aquela que estabelece a falta de causa ou "consideration", e como tal era entendida como nula pela própria teoria clássica liberal, sem que houvesse incoerência ou inconsistência lógica com o princípio da boa-fé.¹⁴¹ Ela não esta-

¹³⁹ Para uma análise minuciosa de tal processo ver de Victor Goldberg, *Toward an expanded economic theory of contract*, 10 *Journal of Economic Issues* 45-61, p. 53.

¹⁴⁰ Aspectos salientados por Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 3-5.

¹⁴¹ Vide Darcy Bessone, *Do contrato. — Teoria geral*, op. cit., Domat no século XVII apresenta a seguinte definição de "causa": "o acordo ("engagement") de um é o fundamento do de outro. Qualquer motivo razoável e justo, como um serviço prestado ou qualquer outro mérito do doador, ou o mero prazer de fazer o bem (a obrigação) tem sempre a sua causa da parte do outro; e a obrigação será nula, se, na verdade ela estiver sem causa" *Oeuvres complètes, les lois civiles*, op. cit., p. 122-124. Na mesma linha é o pensamento de Pothier, para quem: "Todo ajuste deve ter uma causa honesta. Nos contratos interessados, a causa da obrigação que contrai uma das partes é que a outra lhe dê ou se obrigue a lhe dar, ou se arrisque àquilo de que se encarrega. Nos contratos benéficos, a liberalidade que uma das partes quer exercer para com a outra é a causa suficiente da obrigação que aquela contrai para com este. (Código Civil Francês, art. 1.131). Mas quando a obrigação não tem causa alguma, ou quando a causa pela qual foi contraída é falsa, é nula a obrigação, e nulo o contrato". *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*, Trad. de Correia Teles, v. I, n. 42. Mais recentemente Aubry et Rau deu a seguinte definição: "A causa da obrigação, isto é, a con-

belece, assim, a nulidade de contratos nos quais sejam violados os princípios de solidariedade, boa-fé e equidade (art. 51, IV) ambientais (art. 51, XIV, do Código de Defesa do Consumidor), que mitiguem o princípio da expectativa tal como imaginado pela teoria clássica (executoriedade dos contratos, art. 51, II) ou que gerem manifesta desigualdade de poder (art. 51, I, VI, VII, VIII-XIII, do Código de Defesa do Consumidor) como nos casos das cláusulas abusivas. Também o novo Código Civil Brasileiro no seu art. 422 hoje prevê que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Neste caso refere-se o novo Código à boa-fé objetiva. O novo Código Civil contemplou também de maneira expressa o conceito de onerosidade excessiva, ainda que apenas nos contratos de longa duração, que possuem características mais fortemente relacionais. Assim dispõe em seu artigo 478: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

consideração que leva uma parte a se envolver numa convenção, o motivo do contrato, isto é, o móvel que a determina a contratar". *Cours de droit civil français*, v. IV, § 345, nota 2, apud Darcy Bessone, *Do contrato. Teoria geral*, op. cit., p. 128-129. O próprio Bessone, na mesma obra, p. 136, oferece a seguinte definição 136: "No concernente a causa do contrato, o julgador não pode penetrar os motivos (também causais) ligados à utilidade individual, subjetiva ou intrínseca do ato, matéria confiada apenas à discricção do contratante, mas pode verificar se a finalidade em vista conforma-se com a utilidade social, que lhe é extrínseca, ou, precisando mais, com a ordem pública e os bons costumes". Alan Farnsworth, *Contracts*, op. cit., p. 43-44, observa: "Ao final do século XIX, pelo menos nos Estados Unidos, o requisito tradicional da "consideration" ser tanto um benefício para o promitente ou um ônus (detriment) para o promissário, começou a ser substituída pelo requisito de que a "consideration" fosse aquilo pelo que se negociou". Num primeiro momento foi dito que seria o benefício ou ônus pelo qual se negociou. Todavia, quando o First Restatement of Contracts foi promulgado em 1933, ele definiu "consideration" sem qualquer menção a benefício ou ônus, mas exclusivamente em termos de negociação (bargain)". Definição de P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 118, analisando a evolução do conceito de "consideration" na Inglaterra observa: "(...) a doutrina da 'consideration' apoiou-se em duas pernas. A primeira delas é a idéia de que uma promessa é legalmente vinculante se ela é dada em retorno a algum benefício conferido, ou a ser conferido, para o promitente. A segunda é a noção de que a promessa torna-se vinculante se o promissário incorre em algum ônus (detriment) em razão de sua confiança nela; isto é, se ele muda sua posição por confiar na promessa de tal modo que ele ficaria em pior situação caso a promessa fosse rompida do que se a promessa jamais tivesse sido feita". Para uma comparação entre os dois conceitos ver também Guido Alpa e Mário Bessone, *Causa e consideration* (org.), Milano, Padova, Cedam, 1984 e Arthur T. von Mehren, *Civil law analogues to consideration: An exercise in comparative analysis*, in *Harvard Law Review* 72, n. 6, p. 1009-1079, 1959.

Já o princípio da onerosidade excessiva, a contrapartida negativa do mesmo princípio da lucratividade excessiva, vedaria a obtenção de vantagem excessiva, indevida e portanto injusta, tendo em vista as expectativas normais dos consumidores envolvidos em determinada transação de consumo. Não é demais insistir que o princípio de excessividade define-se segundo um critério cambiante de normalidade, não mais reportável a uma situação ideal ou hipotética, definível apenas a partir de critérios abstratos e não referidos a configurações institucionais e contextuais específicas.¹⁴²

Vale acrescentar também que diferentemente da correção monetária, que nada mais é do que um mecanismo de manutenção da equivalência prevista no contrato originalmente assinado — frequentemente pensado em termos de completa *presentificação* e monetização da transação —, a onerosidade excessiva engloba elementos inicialmente não previstos e não concebidos como se fossem presentes e atuais no momento da celebração do contrato. Este conceito inclui também elementos não monetizáveis, como o comprometimento da dignidade e do poder da parte. Não se trata, pois, no caso da onerosidade excessiva, apenas de atualização de um mesmo montante preestabelecido no contrato original que se viu alterado por razões imprevistas. Não é tampouco a mera garantia da equivalência pretendida no momento da celebração da transação, mas sim o direito a um padrão mínimo de equivalência real entre os diversos elementos do contrato (econômicos, não-econômicos, promissórios e não-promissórios) no momento da execução ou performance contratual.

De maneira similar, o princípio da dependência em razão da confiança pode estar, e geralmente está, fundado em aspectos não-promissórios da relação. Um exemplo é o pagamento compulsório da Previdência Social. Esta cobrança está baseada no princípio, muitas vezes atacado como paternalista, de que o empregado erra ao abrir mão da Previdência Social e que seu salário diário não protege sua confiança adequadamente.¹⁴³

¹⁴² Sobre tal aspecto mais uma vez o Código de Defesa do Consumidor inovou ao admitir expressamente em seu art. 51, § 1.º, III, dentre as condições para se identificar a onerosidade excessiva a “natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. Tal dispositivo obriga o intérprete do direito a levar em consideração as condições reais e específicas dentro das quais a relação contratual se estabelece e desenvolve.

¹⁴³ Sobre o mesmo ponto observa P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, op. cit., p. 463: “Lado a lado com estes desenvolvimentos, houve também outro desenvolvimento no direito que levou a um maior grau de proteção de certas classes de expectativas — em especial, aquelas derivadas de relações de emprego, e aquelas geradas para o inquilino. Assim vimos como muitas legislações modernas conferem proteção legal para estas duas classes por suas expectativas — por exemplo, no emprego, através da lei que proíbe a demissão injusta (“unfair dismissal”), e garante indenização devido à demissão (“redundancy compensation”), e com os inquilinos, garantindo-lhes a segurança da posse — mas é importante observar que estas não são expectativas contratuais

Um outro aspecto destas normas de ligação é que elas permitem a integração dos outros elementos já mencionados, a saber, integridade, planejamento etc. Da mesma forma, o princípio da restituição está refletido na idéia de mutualidade.

Por fim, o interesse da expectativa passa a incluir cada vez mais não apenas a expectativa gerada pela promessa, o que o tornava praticamente idêntico ao princípio da executoriedade dos contratos ou da vinculatividade dos contratos (*pacta sunt servanda*); mas também outros valores formados no interior dos processos de interação entre os agentes contratantes, as comunidades a que pertencem e ao jogo institucional a que estão submetidos.¹⁴⁴

4.10.3 *Juízo coletivo e confiança*

Fuller e Perdue argumentam, no mencionado artigo de 1937, que a função primordial dos danos no direito contratual é a proteção da confiança produzida pela promessa. O que se percebe, com a ampliação do caráter relacional dos contratos, contudo, é a submissão da confiança ao conceito de razoabilidade e a sua extensão a confianças não originadas apenas em promessas. Conforme bem sintetiza Atiyah: “No século passado houve uma mudança no paradigma do direito das obrigações contratuais. Não ‘era da liberdade contratual’ — não impor-

num sentido usual. De fato, se fossem, elas não seriam protegidas pela lei contratual ordinária, e não requereriam proteção legislativa especial. Mas proteger estas expectativas, por certo, é feito ao preço de frustrar as expectativas da outra parte com o contrato — quando um empregado tem direito a compensação por ter sido demitido, a expectativa contratual do empregador de poder demitir sua força de trabalho com aviso prévio razoável, mas sem compensação, é frustrada. O que ocorre nestes casos, então, é que o direito protegeu expectativas que não derivam das promessas ou contratos, mas são tidas como justificadas, expectativas de fato, merecedoras de proteção legal por fundamentos não-contratuais. A proteção de tais expectativas não é, pois, argumento para sugerir que as expectativas contratuais devam ser sempre completamente protegidas”. Vale notar que o que Atiyah denomina expectativas não-contratuais é o que chamo de expectativa não-promissória. Sobre o conceito de abuso de direito no direito contratual brasileiro ver Darcy Bessone, *Do contrato. Teoria geral*, op. cit., p. 308, e Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 167-190.

¹⁴⁴ No mesmo sentido é a posição de P. S. Atiyah: “Uma vez que a confiança é imposta, por exemplo, na responsabilidade civil (“tort”), pela via promissória (“estoppel”) — para perda causada por confiança justificável na linguagem ou conduta que não pode de modo algum ser vista como promissória, toda a questão da justificabilidade da confiança abriu-se para um juízo coletivo (...). Deve haver um tipo de juízo comunitário ou do tribunal não apenas quanto à razoabilidade da confiança, como geralmente é colocado, mas também para a justificabilidade da confiança de modo a tirar o risco de consequências danosas da parte que confiou. Uma vez que a confiança veio a desempenhar um papel maior até mesmo nos casos promissórios; tal como foi estabelecido por Fuller, era quase inevitável que seu papel se expandisse para áreas de conduta e linguagem não-promissórias”. In P. S. Atiyah, Fuller and the theory of contract, in *Essays on contract*, op. cit., p. 82, grifo meu.

ta onde seja ela situada – o princípio da autonomia privada era supremo. ‘Razoabilidade’ ganhou importância a partir deste princípio; assim, interpretações ‘objetivas’ e confianças ‘justificáveis’ foram vistas como parasitárias do princípio da autonomia privada. Em particular, a confiança foi amplamente vista como justificável se, apenas se, estivesse baseada em promessa. Hoje, com a diminuição do princípio da autonomia privada, “razoabilidade” parece ser um julgamento comunitário mais básico, que retira seu fundamento menos da autonomia privada e mais de idéias de uma moral coletiva e mesmo práticas costumeiras e ideologias redistributivistas. A autonomia privada precisa agora acomodar-se à razoabilidade, mais do que o contrário. O resultado é que a noção de confiança justificável pode estar gradualmente adquirindo predomínio sobre o princípio da autonomia privada. Hoje não é toda a confiança em promessa que é vista como justificável: por exemplo a promessa de um consumidor inserida num contrato com tipos gráficos pequenos. De maneira inversa, a confiança na linguagem e na conduta é freqüentemente vista como justificável mesmo na ausência da promessa. A confiança desenvolveu-se como uma fonte de responsabilidade no direito dos seguros, no direito de representação legal, em casos de responsabilidade pelo produto, em casos comuns de negligência e, é claro, para perda causada por confiança justificável na linguagem ou conduta que não pode de modo algum ser vista como promissória (estoppel) e pela perda do direito em razão de uma promessa feita que levou a outra parte a praticar um ato (promissory estoppel). Algumas destas formas de responsabilidade podem ser defendidas como responsabilidade em ‘promessas implícitas’, todavia, muitas não podem ser assim explicadas sob pena de distorção ou circularidade. Muitas, assim, ilustram a crescente ascendência do princípio da dependência em razão da confiança sobre o princípio da autonomia privada”.¹⁴⁵

A idéia de confiança razoável pode despertar dois tipos de reação entre os liberais e isto terá grande importância para a compreensão da situação atual do direito contratual neoclássico, ainda pensado fundamentalmente em termos de uma filosofia (e *epistême*) liberal. Uma primeira reação pode ser ilustrada pelo pensamento de liberais radicais e clássicos como Friedrich Hayek ou Milton Friedman.

Hayek demonstrou como as expectativas não-contratuais não podem ser protegidas sem causar graves danos aos direitos de outros.¹⁴⁶ Para ele, nem todas

⁽¹⁴⁵⁾ P. S. Atiyah, *Essays on contract*, op. cit., p. 87-88.

⁽¹⁴⁶⁾ A propósito ver Friedrich Hayek, *Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*, op. cit., v. II, p. 118-120 (1). Somente ações que afetem outras pessoas (ações relativas a outrem) darão lugar à formulação de normas jurídicas: 1) Até mesmo normas gerais e abstratas podem constituir sérias e desnecessárias restrições à liberdade individual. Por exemplo, as normas gerais abstratas de caráter religioso que podem ser consideradas restrições à liberdade individual. 2) É evidente que as normas gerais não podem impedir a ocorrência de danos a todos os terceiros: “Numa sociedade em permanente mudança, o direito só pode impedir a

as expectativas podem ser protegidas, pois alguns querem manter as coisas como estão e outros não. Assim, segundo Hayek, o direito deve se limitar a regular apenas as expectativas legítimas, isto é, apenas as normas gerais e abstratas da sociedade liberal. A justiça não pode proteger expectativas nos casos concretos e particulares, mas apenas as expectativas abstratas e gerais.¹⁴⁷

Outros liberais, como o próprio Fuller, poderiam argumentar que a proteção da confiança é uma maneira de reconciliar a necessidade de mudança com o desejo de impedir a imposição de sofrimento exagerado e desnecessário àqueles que perdem com a mudança. A proteção de todas as expectativas não-contratuais não seria apenas inconsistente com toda a mudança (o que é desejado pelo liberal que condena mudanças bruscas ou revolucionárias da sociedade), como impossível, conforme apontado por Hayek. Contudo, proteger alguns tipos de confiança não-contratuais não é incompatível com mudança. Esta proteção permitiria uma espécie de gradualismo no qual as mudanças não seriam tão desestabilizadoras. Neste sentido, o seu reconhecimento teria sido a condição de sobrevivência do princípio da liberdade contratual, à medida que permitiu que os princípios clássicos básicos (largamente mantidos pela teoria neoclássica) pudessem ser associados com os objetivos da eficiência econômica.

Conforme visto, a matriz de pensamento liberal mais sofisticada herdeira de tal concepção é a “*transaction cost analysis*”, que entende a proteção da confiança como um elemento necessário para a redução dos custos da transação econômica.

4.10.4 Boa-fé e contratos relacionais

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

As evidências deste processo são muitas, mas bastaria citar o crescimento da importância do conceito de boa-fé no direito contratual do “*Common Law*”

frustração de algumas expectativas, não de todas: E algum dano conscientemente causado a outrem, é até essencial à preservação de uma ordem espontânea: o direito não proíbe a criação de uma nova empresa, mesmo que saiba de antemão que isso acarretará o fracasso da outra (falência). A função das normas de conduta justa só pode ser, pois, a de informar as pessoas sobre que expectativas podem ou não ter. O direito só visa a impedir a frustração das expectativas que ele declara legítimas”. Tal idéia conduziu ao paradoxo liberal, pelo qual somente a frustração sistemática de determinadas expectativas pode garantir a manutenção de determinadas expectativas.

⁽¹⁴⁷⁾ “As normas de conduta justa não podem proteger todos os interesses, nem sequer àqueles que tenham muita importância para determinada pessoa, mas somente as chamadas expectativas legítimas, isto é, aquelas que as normas definem e que as normas jurídicas podem por vezes ter originado”. Em outras palavras, não se pode determinar a justiça no caso específico, Friedrich Hayek, *Direito, legislação e liberdade*, op. cit., v. II, p. 47.

nos últimos anos,¹⁴⁸ bem como a existência de previsões expressas nos códigos de direito privado da maioria dos países de tradição jurídica continental europeia ("Civil Law"), como a França, a Alemanha, a Itália, a Suíça etc., e sua recente revalorização.

O conceito de boa-fé, contudo, é dos mais controversos dentro do direito privado atual, comportando diversas definições, o que o torna um conceito muitas vezes problemático. Dentre os significados possíveis mais comuns há os de: razoabilidade, lealdade, justiça, "fair conduct", "reasonable standards of fair dealing", decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, lealdade e padrões comuns de justiça.¹⁴⁹

O aspecto relevante e comum aos significados possíveis é o de que a boa-fé é uma norma em referência à qual os membros de um grupo mantêm suas relações frente aos demais. Neste sentido, a boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados.

Por outro lado, cabe notar também que há vários aspectos nos quais a boa-fé se manifesta. Ela pode se manifestar positiva ou negativamente, enquanto um excludente da má-fé. Neste último caso, ela se reporta tanto à má-fé na negociação e formação do contrato, como à má-fé na performance contratual, como ainda à má-fé no momento de propor uma ação visando resolver os conflitos originados do inadimplemento ou rescisão contratual.

Pareceria evidente, por tal motivo, a importância de se elaborar uma teoria geral da boa-fé que pudesse oferecer elementos que permitissem encontrar alguma forma para a sua articulação com uma teoria contratual.

A boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual, situação em que ela ganha absoluta centralidade para a teoria contratual. Dentro de uma tal visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe. Há, contudo, outros objetivos e valores da sociedade, como as idéias de justiça distributiva ou bem-estar dos indivíduos, que devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé. Neste sentido, o direito contratual moderno evidencia a tensão entre polos e direções, ou princípios e contra-princípios. Esta tensão pode se manifestar, num primeiro momento, entre uma inclinação em relação à responsabilidade por culpa e outra em direção à responsabilidade civil objetiva. Num segundo momento, entre o direito público e o direito privado

⁽¹⁴⁸⁾ Sobre o assunto ver o influente artigo de Robert Summers, *Good faith in general contract law and the sales provisions of the uniform commercial code*, *VA. Law Review* 195, 54, 1968. Sobre o Canadá ver o estudo de Edward Belobaba, *Good faith in the law of contract*, *Research paper: Ontario law reform commission: law of contract amendment project*, 1982; Robert S. Summers, *The general duty of good faith - Its recognition and Conceptualization*, in *Cornell Law Review* 67, 1982.

⁽¹⁴⁹⁾ Vide B. J. Reiter, *Good faith in contracts*, in *Valparaiso University Law Review* 17, p. 705-734.

(oscilação típica do Direito Social). Num terceiro momento, a tensão pode se travar entre o individualismo e o coletivismo, entre a autonomia e o controle social, através da ênfase na autonomia da vontade ou na idéia de justiça social, discutidas anteriormente.

Do ponto de vista de uma teoria relacional aqui exposta, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais. Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança ("reliance"), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança ("trust"), a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social, conforme visto até agora. Conforme aponta Reiter: "A teoria dos contratos relacionais oferece regras sobre contratos num nível geral que a boa-fé exige, permitindo tanto a elaboração de regras mais específicas para áreas especializadas em termos das mesmas normas, mas aplicáveis para cada especialidade".¹⁵⁰

Assim, o modelo relacional permite pensar o comportamento adequado ("proper behaviour") em diferentes contextos, conforme os contornos e significado de cada relação contratual. Ele funciona como uma verdadeira "norma de calibração" da teoria contratual relacional. Vale insistir, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal, visto que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais, como os já mencionados princípios de reciprocidade, papel de integridade, solidariedade e harmonização com a matriz social e demais normas de ligação. Assim, não é necessário, ou mesmo possível, que a boa-fé apareça como um princípio autônomo e isolado dentro de uma teoria relacional, como no caso do modelo de Macneil, sendo suficiente que apareça juntamente com outros elementos.

Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade, as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança ("trust"), sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sócias, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não-promissórios (não-contratuais). Assim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. Por fim, a boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade, desenvolvida nos capítulos iniciais deste trabalho.¹⁵¹

⁽¹⁵⁰⁾ B. J. Reiter, *Good faith in contracts*, op. cit., p. 726.

⁽¹⁵¹⁾ Elementos semelhantes são enumerados por Reiter, *Good faith in contracts*, op. cit., p. 727 e Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 125-203.

4.10.4.1 *Implicações da teoria da boa-fé para o modelo liberal*

Conforme apontado acima, apesar do conceito de boa-fé ser antigo nos sistemas de direito privado ocidental de tradição no "Civil Law", a sua importância obscurecida durante o período clássico, somente reemerge na era do Direito Social. Todavia, agora a boa-fé não mais se vincula aos elementos da moral pré-liberal (onde havia a predominância do status tal com definido por Max Weber), mas reencontra o seu novo campo de significados na experiência jurídica do Direito Social. Esta nova dimensão da boa-fé traz importantes repercussões para a teoria liberal.

Em primeiro lugar, a boa-fé agora requer a apagamento da demarcação rígida entre o direito privado e o direito público. O Direito torna-se social. É somente no âmbito do Direito Social que a boa-fé adquire o solo epistemológico próprio que define o seu significado tal como hoje o conhecemos. Obviamente é possível retrair a história deste conceito para alguém do período clássico do Direito Social. O que se argumenta, contudo, é que o conceito homônimo em outros períodos históricos não apresentava o mesmo significado nem tampouco se reportava às mesmas experiências que hoje lhe dão significado.¹⁵² A boa-fé vê a responsabilidade imposta pela sociedade porque a vê como desejável. Conforme bem sintetiza Reiter: "Com efeito, a reintrodução da boa-fé nas descrições do contrato representa parte de um processo de ressocialização do direito contratual (e do direito em geral) que era exigida antes da tentativa do direito do século XIX de livrar o contrato de seus complicados elementos de moralidade. Ao passo que esta tentativa do século XIX não exerceu grande influência nos contratos de fato, ela deixou sua marca nas teorias do contrato".¹⁵³

Assim, a boa-fé aceita a necessidade de uma regra de costume e convenção nos contratos. Enquanto pressuposição de direito positivo ela determina que o direito contratual deve ser controlado, e o exercício do poder limitado de modo a se atingir os parâmetros da decência. É por este motivo que os valores derivados da comunidade no direito moderno devem ser levados em consideração pelo renascimento do pensamento liberal na modernidade.

Em segundo lugar, o interesse distributivo em preocupações com o equilíbrio de poder e com outras externalidades evidencia o caráter institucional do contrato. O contrato não mais pode ser pensado como a relação entre indivíduos atomizados maximizadores de vantagens (*economia formal*), mas antes reporta-se — no momento da formulação de seus princípios operacionais — às formas concretas de sua efetivação (*economia substantiva*).¹⁵⁴

⁽¹⁵²⁾ Sobre o assunto ver Robert Summers, "The general duty of good faith — Its recognition and conceptualization", op. cit.

⁽¹⁵³⁾ B. J. Reiter, *Good faith in contracts*, op. cit., p. 730.

⁽¹⁵⁴⁾ Baseio-me aqui na distinção de Karl Polanyi entre *economia formal* e *economia substantiva*, tal como formulada em *The economy as instituted process*, in *The sociology of economic life*, op. cit., p. 31-32.

Em terceiro lugar, a boa-fé exige que compreendamos melhor nossas visões sobre a natureza do liberalismo. Entenderemos melhor o contrato se nos entendermos melhor. Até que ponto se deve permitir que os contratos externalizem suas consequências? Até que ponto a demanda do consumidor é um determinante adequado da qualidade do bem ou serviço? A boa-fé e a abordagem relacional permitem identificar tais aspectos de maneira que o contrato como promessa não consegue, visto que se baseia em apenas um princípio básico.

Por fim, a boa-fé ajuda a entender a solidariedade no mundo contemporâneo de duas maneiras. Em primeiro lugar, a existência da boa-fé atua como uma profecia que se auto-realiza à medida que as pessoas a respeitam, reforçando os laços de solidariedade na sociedade como um todo.¹⁵⁵ A sua efetivação se faz por meios legais e extraleais.

Além disso, a boa-fé sugere que o contrato serve como base para a solidariedade mecânica. Isto ocorre se o contrato for visto como um meio e não apenas um fim em si mesmo. Em outras palavras, caso seja compreendido que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais. Neste sentido, o contrato, a despeito de ser um dos principais instrumentos de organização e estruturação de uma ordem de mercado, não se constitui no instrumento pautado apenas pelo pressuposto do *Homo economicus*, o indivíduo maximizador de recursos. A ordem de mercado no Direito Social torna-se mais claramente uma ordem do mercado social.

4.10.4.2 *O futuro da boa-fé numa perspectiva relacional*

Apesar de já ter sido enfatizado que o paradigma contratual hoje em dia dominante em todos os países industrializados ocidentais é o neoclássico e não o relacional, há motivos para reconhecer o crescimento em importância da abordagem relacional. Isto se faz em boa medida através da ampliação do uso e extensão do conceito de boa-fé. As razões disto em parte já foram explicitadas. Cabe, contudo, sistematizá-las.

Em primeiro lugar, muitos dos contratos em nossa sociedade são relacionais. Associações contratuais são elementos constantes em nossas vidas. O motivo básico destas associações são a solidariedade mecânica e o compartilhamento. Os exemplos mais notáveis são os contratos de cooperação, de franquia, de trabalho e formação de redes produtivas e de fornecimento de produtos já mencionadas anteriormente.

⁽¹⁵⁵⁾ Não concordo neste ponto com Reiter e Macneil que vêem a boa-fé como contendo um elemento de altruísmo (Reiter, *Good faith in contracts*, op. cit., p. 732). Na verdade, conforme já salientado anteriormente, o elemento em questão não se reporta a mera moral liberal altruísta, mas ao dever de co-responsabilidade e repartição de ônus e vantagens pressupostas numa relação de confiança, isto é, a solidariedade como um dever e não o altruísmo como uma liberalidade (tipicamente liberal).

Um exemplo disto pode ser encontrado no papel e demanda social cada vez maior pela participação como fonte de solidariedade. Assim, a relação de emprego não constitui apenas uma relação econômica, mas também de auto-expressão e fonte de identidade. A participação cria um sentido de comunidade.

A boa-fé está basicamente envolvida em dois aspectos da participação nos contratos. Em primeiro lugar, ela permite a fusão do interesse individual egoísta e do interesse pelo outro, o que viabiliza a existência de relações de longo prazo. Em segundo lugar, ela serve como mecanismo de garantia do direito de participação no direito privado de maneira análoga às garantias civis do cidadão no direito político. A boa-fé passa a constituir o conjunto de garantias dos contratantes nas relações contratuais, uma espécie de conjuntos e "normas de garantia individual", dentro do direito privado. Isto é evidente no contexto das relações de trabalho com a criação de mecanismos de garantia da dignidade do trabalhador, direito à participação na gestão, representação política, segurança no trabalho etc.

No caso das relações de emprego, a boa-fé protege o trabalhador contra a demissão sem justa causa, garantindo o direito de participação, garante o direito das minorias, constitui-se em barreira aos abusos do poder econômico que podem afetar a igualdade de poder de negociação.¹⁵⁶

É importante notar, por fim, que a regulação jurídica da boa-fé e a ampliação de seu uso, a sua extensão e a sua importância constituem relevantes fatores de estímulo à criação e manutenção de relações de confiança ("trust"), solidariedade e cooperação. Neste sentido, um arranjo jurídico institucional que a estimule estará criando condições para a expansão de tais relações sociais. Isto contudo não significa dizer que tais relações serão de mesma natureza, seja quando surgidas espontaneamente, seja quando criadas ou estimuladas pelo direito.¹⁵⁷ Os trabalhos empíricos de Macaulay já deixaram clara a importância da distinção destes dois aspectos. Analisar o impacto e também a conveniência ou não do estímulo destes princípios em áreas específicas do direito contratual é, contudo, tarefa que depende de estudos empíricos sobre o funcionamento dos arranjos institucionais específicos.

4.11 Teoria neoclássica e os modelos relacionais: o modelo dos custos da transação versus o modelo de Macneil

Há basicamente duas abordagens da "teoria relacional". Ambas trazem em comum a preocupação em apresentar uma resposta à doutrina neoclássica. Uma

¹⁵⁶ Ver Reiter, *Good faith in contracts*, op. cit., p. 734, para exemplos e casos apoiando tal tese.

¹⁵⁷ Ian Macneil, contudo, em "Values in contract", op. cit., aponta para o fato de que a imposição da boa-fé gera efeitos diversos daqueles gerados a partir de seu nascimento espontâneo.

delas é caracterizada pela análise dos custos da transação ou "transaction cost analysis", representada por autores como Williamson, Goldberg, Scott e Goetz e outros. A outra é representada por Macaulay, Campbell e Macneil, que apesar de terem escrito sobre o assunto, jamais exploraram totalmente as diferenças entre suas abordagens e a da "transaction cost". Conforme aponta Campbell,¹⁵⁸ Macneil em muitas oportunidades enfatiza as diferenças de sua teoria em relação à "transaction cost analysis", mais como questão de grau, salientando que sua abordagem está mais claramente se posicionando de maneira crítica frente à teoria neoclássica.¹⁵⁹

A distinção, contudo, é importante e não se refere a grau, mas sim a uma diferença qualitativa. Isto porque a "transaction cost" procura basicamente desvelar e aliviar os custos da transação descontínua, visto ser este o seu modelo paradigmático de análise das relações de troca. Neste sentido, tal análise continua essencialmente enraizada em uma das premissas básicas do pensamento jurídico e microeconômico neoclássico de matriz liberal. Cabe contudo, aprofundar as diferenças.

4.11.1 A transaction-cost analysis

O enfoque básico da "transaction cost" reporta-se a uma estratégia de reduzir os custos da transação nas relações contratuais — "the costs of carrying out market transactions",¹⁶⁰ uma vez que tais custos acabam por obstruir as transações. A sua finalidade é, portanto, a de estabelecer estruturas de regulação (ou governo) das relações contratuais que apresentem o menor custo possível.¹⁶¹ Isto pode ser obtido, seja através de relações hierárquicas dentro de uma empresa,¹⁶² seja através de estruturas horizontais de regulação do mercado, seja através de princípios contratuais.

Em razão de tal premissa, a análise da "transaction cost" acaba por realizar diversas tentativas de resgatar a plausibilidade da promessa como a base fun-

¹⁵⁸ David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, in *International Journal of the Sociology of the Law*, Feb. v. 18, n. 1, 1990, p. 75-95. Ver também David Campbell e Donald Harris, *Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation*, *Journal of Law and Society*, Summer 1993, v. 20, n. 2, p. 166-191.

¹⁵⁹ Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, in *Northwestern University Law Review* v. 72, n. 6, 1988, p. 900.

¹⁶⁰ R. H. Coase, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics* 3, 1960, p. 15. Ver também de Charles J. Goetz e Robert E. Scott, *Principles of relational contracts*, op. cit., p. 986.

¹⁶¹ Cf. Oliver Williamson, *The economic institutions of capitalism*, op. cit.

¹⁶² Cf. R. H. Coase, *The nature of the firm*, 4 *Economica*, New Series, 386, 1937, Oliver Williamson, *Corporate governance*, in *Yale Law Journal* 93, 1197, 1984.

daimental do contrato. Algumas obstruções que impediriam a idéia da transação perfeita, por imporem altos custos de transação, seriam desafiadas por teorias como a do abuso do poder econômico ("economic duress") e da desigualdade de poder de barganha e também pelo crescimento de áreas distintas do direito, como o direito do consumidor e direito do trabalho. A eliminação dos obstáculos da negociação visa restabelecer ao contrato a sua condição essencial de negociação entre as reais intenções individuais e egoísta das partes.

Neste sentido, a "transaction cost" visa eliminar os custos da transação para restabelecer o contrato descontínuo em seu lugar natural de igualdade entre as partes, autonomia da vontade e liberdade contratual.

4.11.2 A visão de Macneil

Macneil acentua o fato de que muitos dos aspectos relacionais das transações contratuais somente podem ser compreendidos a partir de um enfoque relacional. O principal aspecto da diferença qualitativa refere-se ao fato de que diversamente da "transaction cost analysis", Macneil não vê as relações como elementos que geram custos de transação, dificultando a sua realização, mas antes como estruturas de facilitação da transação. Para Macneil, qualquer transação é inconcebível fora do contexto das relações que lhe são interna e essencialmente constitutivas. Deste modo, a hipotética obtenção de custo de transação zero não levaria a perfeitas alocações pelo "maximizador de vantagens" racional (*Homo economicus*). Na verdade ela não levaria a nada, uma vez que as relações contratuais somente ocorrem em razão e por causa das relações que ora são descritas como custos.¹⁶³ Por tal motivo, a "transaction cost" acaba por incorrer na mesma falácia naturalizadora da forma abstrata e ideal do mercado, ao entender as relações como custos e não como elementos essenciais dos contratos.¹⁶⁴ Neste sentido, as críticas de Macneil a propósito da teoria neoclássica recaem também sobre a "transaction cost analysis". "(A análise neoclássica) assume a existência de relações bastante complexas entre as partes - relações estabelecidas através da sociedade em geral, da linguagem, do direito e das organizações socioeconômicas. Todavia, uma vez que tais relações são admitidas, o seu impacto na análise é tipicamente ignorado. *Ceteris paribus*, domina tudo. Porque a análise econômica é a análise do comportamento econômico, o homem econômico está na sociedade em todos os tempos. A falácia potencial fica dissimulada em todas as análises sociais que se iniciam pelo não-social, pelo

¹⁶³ Este aspecto é bem enfatizado por David Campbell, "The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon", op. cit., p. 78.

¹⁶⁴ Conforme aponta Macneil, "Because it is impossible to conduct exchange without transaction cost (...) they are a very bit as much a factor of production as capital and labor" ("porque é impossível administrar transações sem custos de transação (...) elas são em boa medida muito mais um fator de produção como capital e trabalho"), in Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations*, op. cit., p. 1.022.

modelo de análise econômica neoclássica que omite a relação".¹⁶⁵ Para Macneil, portanto, as negociações constantes, a necessidade do replanejamento e o aumento das formas de cooperação e solidariedade não são elementos que seriam desnecessários dentro de uma situação de custo de transação zero, mas antes a forma básica das relações econômicas, especialmente dentro de um sistema de especialização flexível.

O tratamento da questão da cooperação pela "transaction cost analysis" é bastante ilustrativo. Para esta visão, o interesse individualista do agente econômico em maximizar racionalmente a sua ação tendo em vista critérios utilitaristas é capaz de reconhecer a cooperação como um elemento intermediário entre suas ações tendo em vista a obtenção de seus objetivos. Neste sentido, o reconhecimento da questão da cooperação não surge como um tema absolutamente novo na teoria neoclássica de matriz institucionalista. Entretanto, para o modelo teórico da "transaction cost", como de resto também para a teoria dos jogos, a cooperação não requer um compromisso com os objetivos da outra parte. Ademais, o objetivo da cooperação pode, dentro de certos limites de prudência, ser antagonista e inimigo dos objetivos da outra parte. Deste modo, ao descrever os limites desta prudência estes modelos teóricos enfatizam que a cooperação deve ser posta num mínimo, de modo a tornar o reino do mercado o mais livre possível, para que haja a "natural e livre" alocação individual e racional de recursos pelas partes.¹⁶⁶ Em outras palavras, o mercado deve ser corrigido e as condutas individuais devem fazer concessões cooperativas de modo a poderem se aproximar do contexto ideal no qual os indivíduos possam agir racionalmente, tendo em vista a defesa e proteção de seus interesses meramente individuais.¹⁶⁷ Neste sentido, a estrutura da troca permanece sob a idéia reguladora do interesse individual, e os elementos de cooperação são considerados estruturas externas da transação.

Para Macneil, a cooperação deixa de ter um caráter parasitário, de ser um apêndice da relação antagonista, para se tornar central nos contratos relacionais. O direito, dentro desta perspectiva, "contribui não apenas fornecendo a estabele-

¹⁶⁵ Ian R. Macneil, *Efficient breach of contract: Circles in the sky*, in *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, p. 961, 1982.

¹⁶⁶ Cf. David Campbell e Donald Harris, *Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation*, in *Journal of Law and Society* v. 20, n. 2, 1993, p.166-191.

¹⁶⁷ É evidente a predicação de tal linha de pensamento com pressuposto de teoria de racionalidade individual da escola de pensamento de grande influência na sociologia e economia moderna denominada "rational choice". Neste modelo teórico, iniciado com o trabalho pioneiro e ainda influente de Mancur Olson *The logic of collective action*, op. cit., e de Robert Axelrod, *The evolution of cooperation*, United States, Basic Books; Harper Collins, 1984, pode-se encontrar a mesma idéia da cooperação como um elemento intermediário, necessário para que ações racionais individuais sejam alcançadas. As ações individuais têm a característica básica de buscarem a otimização das vantagens individuais. Para uma crítica desta posição ver Jane Mansbridge (ed), *Beyond self-interest*, op. cit.

dade geral, mas também fornecendo elementos para a realização da cooperação e da continuidade da interdependência".¹⁶⁸ O direito contratual, deste modo, permite a continuidade da relação de interdependência através dos valores internos e externos das relações contratuais "gerados em bilhões de relações contratuais".¹⁶⁹

Os valores nos contratos, em especial os valores de cooperação e de solidariedade, nascem, assim, não apenas através da imposição externa das leis positivas pelo poder soberano, como também a partir de outras fontes do direito privado, como as sanções impostas pelas associações de empresários e entidades de auto-regulamentação.¹⁷⁰ Tais imposições acabam por ter um caráter vertical e claramente coercitivo. Há, contudo, também as imposições mais horizontais, dos valores externos, como por exemplo aquelas derivadas dos costumes do comércio.¹⁷¹ Tais elementos impositivos horizontais e verticais acabam por estimular a cooperação ao reduzirem "a escolha da parte que está sendo pouco recíproca, muito poderosa, e está terminando as relações ou está seguindo procedimentos arbitrários ou que de alguma forma são vistos como inadequados".¹⁷²

Por outro lado, as normas ou valores internos orientam "tanto o atual comportamento como os princípios da ação correta", o que acaba por gerar atitudes cooperativas com respeito à solidariedade e reciprocidade, formando o quadro dentro do qual a negociação é autorizada.¹⁷³

Neste sentido, a cooperação emerge como princípio tanto ao nível externo das relações contratuais, como também ao nível interno, o que faz com que toda competição seja de algum modo limitada pela aceitação integral do princípio de cooperação como um conceito operativo essencial.¹⁷⁴

É provável, contudo, que em muitas descrições de como a natureza relacional dos contratos de longa duração mudam os planos e os parâmetros de racio-

⁽¹⁶⁸⁾ Macneil, *The new social contract*, op. cit., e *Values in contract*, op. cit., p. 367.

⁽¹⁶⁹⁾ Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 351.

⁽¹⁷⁰⁾ Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 367.

⁽¹⁷¹⁾ Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 367-368.

⁽¹⁷²⁾ Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 379.

⁽¹⁷³⁾ Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 348.

⁽¹⁷⁴⁾ Conforme aponta Ian Macneil, *Economic analysis of contractual relations*, op. cit., p. 1034: "A palavra solidariedade (ou confiança) ('trust') não é inadequada para descrever a rede de interdependência, externamente reforçada assim como auto-apoiada, e expectativa de cooperação futura. O aspecto mais importante da solidariedade (...) é a extensão pela qual ela produz similaridade de interesses individualistas, pela qual o que aumenta (diminui) a vantagem de um participante também aumenta (diminui) a vantagem de outro (...). Raramente, se alguma vez, é esta fusão de interesses completa, mas ela é onipresente, imensamente significativa, e, em uma grande gama de circunstâncias, completa para a maioria dos propósitos práticos. A similaridade de interesses pode ser produzida por forças externas como o direito soberano. Todavia (...) solidariedade pode e deve surgir internamente às relações".

nalidade dos interesses individualistas das partes feitas pela "transaction cost analysis" apresentem muitas semelhanças com a análise relacional. Isto, contudo, não torna menos relevante o fato de que, ao tornar a cooperação uma renegociação visando o estreito interesse individual egoísta, a "transaction cost" não percebe o aspecto essencial de que a cooperação é a forma adequada do interesse individual.

É por este motivo que abordagem relacional, quando compreendida em toda a sua complexidade e radicalidade, implica a rejeição da análise microeconômica neoclássica. Conforme bem sintetiza Campbell "quando a prática contratual é vista como sendo constituída de relações que a facilitam, a premissa do 'indivíduo maximizador de vantagens', independente, deve ser substituída pela relação cooperativa".¹⁷⁵ Macneil, contudo, não explora seus argumentos até estes limites.

Campbell chama corretamente a atenção para o fato de que é possível distinguir três níveis no pensamento de Macneil a respeito do conceito de cooperação, e, eu acrescentaria, também para o conceito de solidariedade.

Num primeiro nível, os aspectos relacionais dos contratos reportam-se à constituição ontológica das relações sociais dentro da qual toda a individualidade é formada. É neste sentido que a sociedade é matriz social fundamental ou raiz do contrato. Tal pressuposto contrasta-se com o pressuposto individualista de inspiração hobbesiana presente no pensamento neoclássico liberal.¹⁷⁶

Num segundo plano, os aspectos relacionais têm como suporte as políticas legislativas da sociedade burguesa que fornecem os limites e forma institucional para a economia de mercado. Trata-se do plano das imposições normativas do poder soberano¹⁷⁷ que permitem que o mercado opere. Evidentemente a forma pela qual tal imposição se faz afeta substancialmente o funcionamento e as características da ordem de mercado. Neste sentido, Macneil é herdeiro da concepção institucional da formação do mercado.¹⁷⁸ Em razão desta linhagem inte-

⁽¹⁷⁵⁾ David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, op. cit., p. 81 e David Campbell e Donald Harris, *Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation*, in *Journal of Law and Society*, Summer, v. 20, n. 2, 1993, p. 166-191.

⁽¹⁷⁶⁾ David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, op. cit., p. 81, Macneil, *The new social contract*, op. cit., 1; Ian Macneil, *Barriers to the idea of relational contracts*, in *The complex long-term contract, structures and international arbitration (Der komplexe langzeitvertrag. Strukturen und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)*, op. cit.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Ian R. Macneil, *Values in contract*, op. cit., p. 370.

⁽¹⁷⁸⁾ Tal tradição remonta, em tempos recentes, principalmente aos trabalhos seminiais de Karl Polanyi, em especial, o seu livro clássico, *The great transformation*, op. cit. Para uma visão sistemática e histórica desta tradição, e sua oposição ao pensamento liberal clássico, vide os artigos de Neil J. Smelser e Richard Swedberg, *The sociological*

lectual, Macneil coloca-se numa perspectiva crítica em relação a boa parte da tradição jurídica e econômica liberal, especialmente às suas formulações mais clássicas ou liberistas como as de Hayek, Friedman e Nozic. Para estes autores, o mercado está longe de ser um artefato ou produto das ações do poder soberano, constituindo-se, antes, numa ordem social espontânea que confere ao Estado a mera tarefa de proteger.

Estes dois primeiros planos permitem destacar a abordagem relacional de boa parte da tradição neoclássica. Contudo, tais níveis não permitem que se visualize com clareza as divisões que separam o pensamento de Macneil da moderna tradição da "transaction cost analysis", também herdeira de uma concepção mais institucional da formação e funcionamento do mercado. Para entender a diferença é importante destacar um terceiro nível, que merece atenção privilegiada nos trabalhos de Macneil.¹⁷⁹

O terceiro nível corresponde às relações de cooperação e solidariedade internas e externas às práticas de contratação das partes. Assim, por um lado há a maneira como a cooperação e a solidariedade desenvolvidas nos dois primeiros planos afeta as relações contratuais (aspecto externo). Por outro lado, há o processo pelo qual as relações internas de solidariedade e cooperação, i. e., dentro da unidade fundamental da análise econômica do contrato, influencia o nível externo.¹⁸⁰ Há, portanto, uma relação de imbricação e interdependência recíproca entre os níveis.

4.1.1.3 Comunitarismo e individualismo

Campbell chama a atenção para o fato de que ao admitir que os aspectos relacionais dos contratos estão presentes em todos os contratos, sejam eles descontínuos, mais relacionais ou "entrecruzados" ("intertwined"), esconde-se uma tensão não explorada radicalmente por Macneil.¹⁸¹ Tal tensão se traduz no fato de que a idéia dos contratos descontínuos reporta-se diretamente a uma

perspective on the economy e de Geoffrey M. Hodgson, *The return of institutional economics*, ambos in Neil J. Smelser e Richard Swedberg (eds); *The handbook of economic sociology*, op. cit., p. 3-26 e 58-76, respectivamente, e ainda a coletânea organizada por Walthor W. Powell and Paul J. DiMaggio; *The new institutionalism in organizational analysis*, Chicago, University of Chicago, 1991.

⁽¹⁷⁹⁾ Sobre ela Campbell chega a afirmar: "I do not believe it is going too far to claim that Macneil's extensive description of this third level of relations is a most substantial modern contribution to the economic and social theory of the capitalist economy", in: David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, op. cit., p. 82.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. Macneil, *The new social contract*, op. cit., prefácio.

⁽¹⁸¹⁾ David Campbell, *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, op. cit., p. 82-89.

concepção individualista do homem, a uma antropologia liberal, que Macneil preocupa-se em criticar para mostrar os aspectos solidários e cooperativos das relações contratuais. Tal crítica, contudo, não procede.

Isto porque o próprio Macneil reconhece que o homem tem uma natureza esquizofrênica, "meio hobbesiana"¹⁸² e que "a idéia do homem átomo é sempre 50% completamente sem sentido",¹⁸³ o que o leva a pender ora para o lado da solidariedade e cooperação, ora para o lado da competição e busca dos interesses estritamente individuais.¹⁸⁴

Para Campbell, tal tensão reflete antes uma incapacidade de Macneil de fornecer uma teoria social coerente a respeito dos pressupostos antropológicos de sua teoria contratual.¹⁸⁵ Parece-me, entretanto, que tal crítica não é inteiramente procedente à medida que é possível reconhecer e estudar as condições institucionais nas quais o homem age cooperativa e solidariamente,¹⁸⁶ quais são os mecanismos que podem ser criados para estimular tal comportamento, quando

⁽¹⁸²⁾ Ian R. Macneil, *Exchange revisited: individual utility and social solidarity*, in *Ethics*, April, v. 96, n.3, 1986, p. 567-593.

⁽¹⁸³⁾ Ian R. Macneil, *Bureaucracy, liberalism, and community: American style*, in *Northwestern University Law Review*, Dec-Feb, 1984, v. 79, n. 5-6, p. 934.

⁽¹⁸⁴⁾ Comprovam esta análise as seguintes observações: "No pattern of exchange merely enhances individual utility (...) and all patterns of exchange accepted but all parties enhance social solidarity", in Ian R. Macneil, "Exchange revisited: individual utility and social solidarity", p. 568. "O fato fundamental da inconsistência lógica do homem... a contradição, o fato de que somos em parte absurdos", in Ian R. Macneil, "Bureaucracy, liberalism, and community: American style", op. cit., p. 568-569; "(...) a tensão surge do inevitável conflito entre os desejos dos participantes de aumentar as vantagens individuais (...) e seus desejos de aumentar a solidariedade social", in Ian R. Macneil, *Exchange revisited*, op. cit., p. 580.

⁽¹⁸⁵⁾ Todavia, tal tensão não é "ilógica", uma "contradição" ou um "absurdo". Estas são propriedades de uma teoria que descreve a tensão como produto de um individualismo que nega a sociabilidade e de um comunitarismo que nega a individualidade. Macneil pretende incorporar o comunitarismo e o individualismo em sua teoria, e combiná-los de modo a produzir uma contradição tanto em sua teoria social geral e na forma de entrelaçamento de descontinuidade e relações ao longo do espectro do fenômeno contratual. Cf. Ian Macneil, *Relational contract theory as sociology: A reply to professors Lindenberg and De Vos*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 143, 1987, p. 276. Contudo, estas construções específicas de individualidade e sociabilidade como comunitarismo não podem ser combinadas, sequer para produzir uma contradição. Deste modo, se o individualismo deve ser reconciliado com o comunitarismo, não poderá ser este tipo de individualismo. Neste sentido, individualismo de Macneil, conforme bem observa David Campbell, pouco ou nada acrescenta ao liberalismo desiludido de Hume ou Adam Smith. Cf. *The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon*, op. cit., p. 90.

⁽¹⁸⁶⁾ Sobre este assunto veja-se o clássico de Robert Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 4-7.

ele é desejável e desestimulá-lo quando não o for.¹⁸⁷ Não há razão para se ter que admitir que a Natureza Humana é a base para a fundamentação da sociedade do século XVI e XVII, tal como o pensavam os filósofos clássicos Hobbes, Locke e Hume. Fazê-lo é incidir sobre o mesmo processo de naturalização que os trabalhos de Foucault e outros já nos ensinaram a criticar. O processo de individualização deve ser visto antes como um processo de interação entre mecanismos institucionais de poder (ou dispositivos), formas de articulação de saber e técnicas de individuação, como as técnicas de normalização descritas nos capítulos iniciais deste trabalho.

QUADROS COMPARATIVOS

SUMÁRIO: Quadro 7: Eixos descontínuos e relacionais: 7.1 Relações primárias e não-primárias e o número de participantes; 7.2 Medida, especificidade, começo, duração e término da transação; 7.3 Planejamento e visão dos participantes; 7.4 Divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (solidariedade e cooperação) e fontes de apoio moral e socioeconômico; 7.5 Poder e contrato: 7.5.1 Poder unilateral e bilateral; 7.5.2 Obrigações assumidas; 7.6 Visão e expectativa dos participantes: 7.6.1 Normas de ligação.

Quadro 7: Eixos descontínuos e relacionais

7.1 Relações primárias e não-primárias e o número de participantes

Conceito	Pólo extremo de descontínuismo	Pólo extremo relacional
Tipo de relação	Não-primária	Primária
A) Envolvimento pessoal	Segmentado, limitado, não-único e Transferível	Pessoa integral, ilimitada, única, mais dificilmente transferível
B) Tipos de comunicação	Limitado, lingüístico, formal	Extensiva, profunda, não limitada a comunicação lingüística, informal e formal
C) Objeto de satisfação	Simplez, apenas a troca econômica monetizável	Além do econômico, satisfação pessoal não-econômica, troca social, inexistência de troca
Número de participantes	Dois	Podem ser dois, mas geralmente é maior e envolve grandes números

⁽¹⁸⁷⁾ Robert Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., menciona o fato de que a cooperação e a solidariedade criminosas é, por exemplo, algo que é do interesse social combater.