

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME GRANDO

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-
PRAZO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA RELACIONAL**

CURITIBA

2014

GUILHERME GRANDO

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-
PRAZO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA RELACIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME GRANDO

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS DE LONGO PRAZO: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA RELACIONAL**


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Orientador

Coorientador

EDSON ISFER
Primeiro Membro



MARCOS WACHOWICZ - *Direito Privado*
Segundo Membro

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Entendo por agradecimento a maneira simples de reconhecer o esforço e a preocupação dos outros em ajudar-nos a realizar aquilo que competia tão somente a nós mesmos. Não foram poucas as dificuldades e os percalços que a graduação opôs a mim, e fatalmente teria falhado se não tivesse o amparo de diversas pessoas que souberam me colocar no rumo certo, na hora certa.

Para evitar cometer a injustiça de, por falta de espaço não mencionar alguém, agradeço nessa monografia de conclusão de curso a todos os que me apoiaram e me incentivaram, de alguma maneira, na sua realização, por tudo que ele representa.

Presto sinceros agradecimentos à Dra. Lisiane Mehl Rocha, que além de colega de trabalho, é também uma amiga à quem devo muito da minha formação profissional.

Agradeço ao Dr. Vinícius Klein, pelo débito impagável da realização deste trabalho, desde a escolha do tema, pelo conhecimento que me passou antes e durante a sua elaboração e pela amizade construída ao longo de 3 anos de trabalho.

Aos meus amigos, dentre os quais tenho o orgulho de mencionar Aphonso Rocha, cujo caráter e admirável capacidade intelectual seguem sendo um exemplo para mim.

Não poderia jamais deixar de prestar meus agradecimentos ao meu grande amigo Jair Umpierres de Almeida, a quem devo não somente pela realização deste estudo, mas pelo meu crescimento como pessoa. Após longos 5 anos, posso dizer, definitivamente, que a profundidade da palavra amigo passou a ser compreensível para mim depois que o conheci.

Agradeço aos meus familiares, especialmente meus avós, Lauro e Araci, pela constante, imprescindível e gratuita motivação, a toda hora, a todo tempo, fundamental para mim.

Agradeço à minha querida irmã Letícia Grando, um fenômeno como pessoa e como profissional, detentora de toda a minha admiração, pelo carinho, suporte e pela parceria, desde sempre, para sempre.

Agradeço ao meu pai, Darlan Grando, que embora não tenha sequer presenciado o início dessa empreitada que aqui se conclui, foi fundamental na

construção da base sólida sob a qual me constitui como pessoa e como homem, por tudo que fez por mim em quanto em vida, *in memoriam*.

E, por fim, agradeço a minha mãe, Kátia Grando, a quem dedico todo este trabalho. Sem você, mãe, nunca teria conseguido, e isso é tão verdadeiro quanto clichê. Se olho para trás e lembro do dia em que voltei para casa, vejo que pensava em muitas coisas, menos que estaria hoje saindo com um diploma de graduação em Direito. E se consegui, devo isso a você. Pelo apoio, pela parceria, pela companhia, pela força, por ser simplesmente minha mãe, eu só posso dizer: muito obrigado!

“Don’t cry because it’s over, smile because it happened.”
Doyle Brunson

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise acerca da intervenção judicial nos contratos empresariais de longo-prazo a partir dos preceitos da Teoria Relacional, desenvolvida pelo doutrinador escocês Ian R. Macneil. O renascimento dos contratos empresariais, aflorando como categoria autônoma no Direito Comercial Brasileiro, permitiu que fosse escolhida uma classe contratual muito peculiar dentro dessa seara para análise, qual seja a dos contratos empresariais de longo-prazo. No decorrer do estudo, será demonstrado que esses contratos se encaixam dentro da perspectiva relacional, justamente por apresentarem as características típicas elencadas pela Teoria. Posteriormente, a partir da elaboração de normas próprias atinentes a esses contratos, será possível perceber que a Teoria Relacional é capaz de dar suporte ao Poder Judiciário, quando da revisão dos contratos empresariais de longo-prazo, possibilitando a entrega da tutela jurisdicional mais adequada ao interesse das partes.

Palavras-chave: contratos, contratos empresariais, contratos de longo-prazo, teoria relacional, incompletude, contratos relacionais, intervenção judicial, Ian R. Macneil

ABSTRACT

The present study aims to undertake an analysis of the judicial intervention in long-term contracts through the precepts of Relational Theory, developed by the Scottish theorist Ian R. Macneil. The re-assessment of business contracts, emerging as an independent category in the Brazilian commercial legislation, allowed the focus on to be placed at a very peculiar contractual category to be analyzed: the long-term contracts. During the study, it will be demonstrated that these contracts perfectly fit within the relational perspective, precisely because they present a number of characteristics typical to the Theory. Subsequently, from the development of proprietary standards related to these contracts, it will be possible to perceive that the Relational Theory is capable of supporting the judges as a baseline for reviewing long-term agreements, helping to promote a more appropriate protection to the parties interests.

Keywords: contracts, long-term contracts, relational theory, incompleteness, relational contracts, judicial adjustment, Ian R. Macneil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTRATOS EMPRESARIAIS	12
2.1 O DIREITO COMERCIAL E OS CONTRATOS NA LEI 10.406/2002.....	12
2.2 O RENASCIMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	15
2.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO.....	22
2.3.1 Conceito	22
2.3.2 Incompletude.....	23
3 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO VISTOS A PARTIR DA TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS.....	27
3.1 A TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS DE IAN R. MACNEIL.....	27
3.1.1 O Eixo Relacional e o Eixo Descontínuo	28
3.1.2 A Teoria Relacional Essencial.....	32
4 INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO PRAZO.....	40
4.1 A COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA AJUSTAR CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO	42
4.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA RELACIONAL NO PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO	44
4.3 CRÍTICAS À TEORIA RELACIONAL	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A adoção do conceito de empresa pelo Novo Código, em substituição ao conceito de comerciante, promoveu uma alteração na maneira como os contratos empresariais passaram a ser compreendidos, e, em virtude das novas formas de organização empresarial, desde a sua redescoberta surgiram também novas formas de contratar.

A teoria contratual clássica, no entanto, sempre manteve como paradigma o contrato instantâneo, de curto prazo, voltado para a regulação da simples troca de bens entre os agentes econômicos. Porém, a partir da percepção por parte dos empresários de que poderiam reduzir os custos e os riscos de sua atividade celebrando contratos duradouros ao invés de renovar reiteradamente pactos instantâneos, os contratos empresariais de longo-prazo ganharam importância no cenário mercantil.

Concomitantemente à propagação do uso dos contratos de longa duração, os estudiosos começaram a elaborar teorias sobre essa nova forma de contratar, dentre as quais se destacou a Teoria dos Contratos Relacionais, desenvolvida pelo autor irlandês Ian R. Macneil, então catedrático da Universidade norte-americana de Northwestern.

A teoria de Macneil coloca os contratos de longo-prazo em evidência a partir da classificação desses acordos como relacionais, em oposição aos contratos considerados por ele como discretos. Com profundidade analítica, o autor atenta para características próprias desses pactos, como a incompletude de suas cláusulas e o dever de solidariedade inerente às relações de longa duração. Ainda, relaciona o contrato diretamente com o meio social em que é celebrado, a partir da construção de um arcabouço teórico que descreve, explica, e dá parâmetros para interpretação e preenchimento de suas lacunas, a fim de auxiliar na solução dos problemas que surgem no decurso da contratualidade. A Teoria Relacional é também considerada uma resposta à teoria contratual clássica, que restringia a interpretação dos pactos aos termos consolidados no instrumento confeccionado pelas partes. Ao analisar de forma pormenorizada e contextualizada cada relação contratual e não apenas

determinada transação, a Teoria de Macneil procura dar sentido à realidade e se afastar de uma construção meramente abstrata de hermenêutica contratual.

Assim, o presente estudo transporta toda essa análise metodológica para o campo dos contratos empresariais, mais precisamente para os contratos empresariais de longo-prazo. A relevância da Teoria dos Contratos Relacionais neste trabalho se justifica, uma vez que tal estudo coloca à disposição dos empresários e dos juízes um conjunto de ferramentas úteis para auxiliar na solução dos problemas decorrentes da difícil tarefa de antecipar todas as contingências e incertezas nos contratos de longo-prazo, principalmente quando as partes não conseguem resolver suas controvérsias e a intervenção judicial se mostra necessária. Destarte, muitas vezes, os julgadores não dispõem de mecanismos adequados de interpretação e reorganização da relação contratual, e, diante dessa carência, acabam interferindo de modo prejudicial no comportamento dos contratantes, que apoiam suas ações no entendimento jurisprudencial. Deste modo, não havendo uma devida regulação da intervenção judicial na solução dos conflitos contratuais, o desestímulo a novas contratações será inevitável, tendo como consequência um impacto negativo no crescimento econômico do país.

Por essa razão, o enfoque do presente trabalho é analisar, embora sem esgotar o tema, alguns aspectos da intervenção do Poder Judiciário em um tipo específico de contrato, qual seja aquele onde os contratantes são empresas e cuja duração do pacto se prolonga no tempo, com base nos preceitos desenvolvidos por Ian R. Macneil na Teoria dos Contratos Relacionais.

Topograficamente, o trabalho foi estruturado de forma a abordar, no primeiro capítulo, a evolução histórica do direito comercial a fim de alcançar a redescoberta dos contratos empresariais como categoria autônoma, dotados de princípios e traços particulares que os diferenciam dos demais contratos, como os de natureza tipicamente civil e de consumo. Ainda, nesse primeiro momento, o conceito e as características dos contratos empresariais e, em sequência, dos contratos empresariais de longo-prazo são identificados à luz da doutrina pátria relevante, destacando essa categoria contratual como objeto central da análise.

O segundo capítulo é inteiramente dedicado à explicação da Teoria dos Contratos Relacionais de Ian R. Macneil. Para tanto, a tarefa é realizada sob duas perspectivas: primeiramente, a demonstração das diferenças existentes entre os

dois eixos contratuais tratados pelo Autor, quais sejam os contratos relacionais e os contratos descontínuos, a fim de demonstrar o caráter relacional dos contratos empresariais de longo-prazo; e posteriormente a descrição da construção teórica essencial de Macneil adaptada para a realidade jurídica brasileira, que trata das raízes primárias do contrato, das normas contratuais relacionais, de sua vinculação à sociedade e do modo como estes devem ser interpretados, visando apresentar novas perspectivas para a revisão dessa modalidade contratual por parte do Judiciário.

Essa imersão levará ao terceiro capítulo, de suma importância para a conclusão pretendida, que debate efetivamente sobre a intervenção judicial em disputas envolvendo contratos empresariais de longo-prazo. No epílogo do presente estudo, adota-se a metodologia de Macneil na busca de soluções acerca das implicações geradas pelo intervencionismo estatal nos contratos interempresariais, demonstrando a utilidade da Teoria Relacional na solução de controvérsias contratuais no âmbito empresarial.

O objetivo precípua desta monografia é demonstrar que, dadas as particularidades dos contratos que regulam as relações empresariais de longa duração, a Teoria Relacional apresenta critérios úteis para auxiliar os julgadores a entregarem a tutela jurisdicional adequada aos interesses das partes. Em razão da essencialidade do instituto contratual para a movimentação de riquezas no país, tal análise apresenta-se relevante, pois as decisões judiciais são cruciais para a manutenção da segurança jurídica e da estabilidade das relações negociais no âmbito empresarial, impactando diretamente na esfera econômica da nação. Em última análise, o adimplemento e cumprimento dos contratos estão diretamente vinculados ao sistema judicial de uma sociedade, e quanto mais eficiente for esse sistema, maior será a contribuição para o crescimento social e econômico do país.

2 CONTRATOS EMPRESARIAIS

2.1 O DIREITO COMERCIAL E OS CONTRATOS NA LEI 10.406/2002

Os contratos empresariais, mesmo quando do Código Comercial de 1850, nunca tiveram um espaço exclusivo dentro do Direito Brasileiro. Na realidade, o que ocorria era que “a maioria dos autores não dedicava grande esforço ao tratamento dos contratos comerciais como categoria autônoma, regida por princípios peculiares, adaptados e esculpido conforme a lógica de funcionamento do mercado”¹. No referido diploma legal, o que havia eram dispositivos de teoria geral dos contratos que serviam como ferramenta para acordos estabelecidos tanto entre comerciantes como entre não comerciantes, diante da inexistência de disciplina atualizada própria. A ausência de um corpo normativo específico regulador dos pactos na atividade comercial sempre se justificou pelo caráter dinâmico das relações econômicas, envoltas por regras consuetudinárias, de modo que os contratos vinculados à prática empresarial “sempre estiveram mais sujeitos aos usos e costumes e às necessidades da prática empresarial do que as demais categoriais contratuais.”²

Contudo, em decorrência do avanço tecnológico e da contínua evolução da economia, novas espécies contratuais e formas de contratar foram surgindo. Durante a vigência plena do Código Comercial de 1850, a doutrina pátria esforçou-se para desenvolver teorias que fixassem os critérios de comercialidade desses contratos, buscando diferenciá-los dos demais acordos regulados pelo Código Civil de 1916. Tal reação foi bem compreendida por Bulgarelli, ao perceber que:

[...] esse envolver contínuo, pois a todo instante novas formas estão sendo inventadas e utilizadas na prática negocial, gerou, como não poderia deixar de ser, uma nova postura perante os contratos, e, portanto, novas formulações na análise, compreensão e interpretação, decorrentes da necessidade (...) de se qualificar melhor as figuras contratuais, apurando-se mais corretamente os direitos e deveres das partes (...).³

¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.38-39

² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier,2009.p.17.

³ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.24.

Justamente em virtude dessa necessidade emergente, levando em conta o conceito previsto no revogado artigo 4º do Código Comercial de 1850⁴ em conjunto com a análise dos negócios jurídicos mercantis da época, o contrato comercial passou a ser caracterizado como tal a partir da verificação do seu objeto. Assim, foi desenvolvida pela doutrina a “teoria dos atos de comércio”, como aponta Carvalho de Mendonça, para quem contrato comercial era aquele que “tinha por objeto o ato de comércio”⁵. Ou seja, considerava-se contrato comercial aquele que tinha como escopo a realização da atividade do comerciante, com respaldo inclusive do artigo 191 do Código Comercial de 1850⁶.

Autores como Martins e Ferreira consideravam como mercantil o contrato “celebrado por comerciante no exercício da sua profissão mercantil”⁷, e ainda destacavam que tais pactos apresentavam traços exclusivos como a onerosidade e a solidariedade, e apenas tinham bens móveis como objeto.

Entretanto, a concomitante vigência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850 gerava duplicidade de tratamento de determinados institutos jurídicos. Um exemplo disso era a sujeição apenas daquele que era considerado comerciante às normas do Código Comercial, deixando de fora da disciplina da referida Lei outras atividades econômicas que não eram consideradas especificamente de comércio, como a prestação de serviço e a atividade de produção, embora igualmente voltadas para a mercancia. Na tentativa de resolver esse dualismo, foi proposta a unificação do Direito Privado, assim que essa “foi uma das aspirações do atual Código Civil, como uma tentativa de afastamento da dualidade de tratamento com relação a institutos jurídicos derivados do mesmo ramo vocacionado à disciplina das relações privadas”⁸.

⁴ O revogado Artigo 4º do Código Comercial de 1850 dispunha: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v.1.p. 55.

⁶ O revogado Artigo 191 do Código Comercial de 1850 dispunha: “é unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis o semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou o vendedor seja comerciante.

⁷ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.45.

⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro**. Revista de Direito Mercantil. v.128. São Paulo: Malheiros, 2002.p.7.

A transformação do Direito Privado em um corpo jurídico único veio efetivamente a ocorrer com a promulgação da Lei 10.406/2002, instituidora do atual Código Civil. Com o advento da nova Lei, os artigos do Código Comercial de 1850 que regulavam contratos privados foram revogados e estes passaram a ser disciplinados de forma geral, no Livro I, Título V da Parte Especial do Código Civil de 2002. Contudo, as características outrora tidas como próprias e definidoras dos contratos comerciais passaram a ser aplicadas indistintamente a outros tipos de contratos, causando certo esvaziamento do direito comercial. Tal problemática não passou despercebida por Bulgarelli:

[...] se atentarmos para que a onerosidade já não é mais característica dos negócios comerciais sendo comum aos negócios civis; que os imóveis já começaram a ser objeto de atividade comercial, que os meios de prova são comuns, tendo inclusive passado para o âmbito do processo civil, que é comum; pouco ou quase nada sobra para caracterizar o Direito Comercial, sobre tal aspecto⁹.

Por outro lado, essa mudança propiciou o surgimento de novas características aplicáveis aos contratos empresariais, como o aspecto dinâmico da propriedade, a informalidade e a uniformização das normas e procedimentos relativos à atividade mercantil. E, não obstante, a substituição do conceito de comerciante pelo de empresa, consagrado no artigo 966¹⁰ do atual Código Civil, representou uma inversão paradigmática no direito comercial, especialmente na área de contratos, pois a teoria dos atos de comércio foi definitivamente abandonada pela doutrina. Diante disso percebeu-se que

[...] mais do que a inclusão de um novo vocábulo, a alocação da empresa como sujeito por excelência do Direito Comercial significa que a cisão aceita anteriormente e que permitia enquadrar o agente econômico como sendo comerciante ou não a partir do objeto da sua atividade, não seria mais mantida¹¹.

⁹ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.45.

¹⁰ O artigo 966 do Código Civil dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

¹¹ RIBEIRO Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.4

Sobreveio, então, a regulação dos pactos negociais voltados para a economia de mercado a partir do novo conceito de empresa. Entretanto, em que pese à unificação ocorrida, “a legislação mais recente não inovou de forma significativa na escolha dos contratos disciplinados em espécie”¹². Em contrapartida, foi dada maior atenção às modificações ocorridas na disciplina geral dos contratos, principalmente diante das peculiaridades da nova definição de contrato empresarial e dos critérios de aplicação dessas normas gerais à sua estrutura.

Assim, a edição do Código Civil de 2002, revogando parcialmente o Código Comercial de 1850 e promovendo a unificação do Direito Privado foi fundamental para indicar a presença forte de um conjunto teórico próprio dos contratos empresariais, considerados atualmente com base na ideia de atividade econômica da empresa. Conforme bem destaca Forgioni, “se antes todos os contratos estavam sujeitos à disciplina civilista, aqueles comerciais começam a dela se desprender, assumindo regras próprias”¹³. Isso demonstra que esses acordos constituem categoria autônoma, distinta das demais e fundada em princípios e regras voltadas exclusivamente para a economia de mercado.

2.2 O RENASCIMENTO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

O contrato é considerado o instituto por excelência utilizado para efetivar a circulação de bens e riquezas dentro do cenário econômico de uma sociedade. Dessa forma, pode-se dizer que este constitui a base da economia de mercado, na medida em que objetiva munir de confiança e previsibilidade os agentes das relações jurídicas obrigacionais, desde as mais simples às mais complexas, em prol da continuidade e da segurança dessas relações. Segundo Roppo:

[...] contrato seria a formalização jurídica de uma operação econômica e esta, por sua vez, a materialidade daquele. Define-se objetivamente operação econômica quando há circulação de riqueza que é a atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro. O contrato

¹² RIBEIRO Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.17

¹³ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.48.

representaria a crescente capacidade do direito de regular e operacionalizar as relações econômicas. Organização econômica (é o modo de produção e troca de bens) identifica-se com a organização social”.¹⁴

Portanto, não é possível conceber uma sociedade organizada que se desenvolva economicamente sem a formação de contratos. E, dentro do cenário empresarial, Ribeiro e Bertoldi definem os contratos como sendo

[...] certamente o instrumento jurídico mais utilizado pelo empresário em sua atividade cotidiana. Desde o momento do seu surgimento até o último de seus dias, o empresário, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, haverá de utilizar-se constantemente de contratos.¹⁵

Essa afirmação decorre da própria natureza da atividade empresarial, derivada do conceito de empresa instituído pelo Código Civil de 2002. Por essa razão, atualmente, dado o caráter global do funcionamento da economia e do mercado, é inviável considerar a empresa de forma isolada. Ou seja, a empresa desempenha suas atividades através de sucessivas relações contratuais, razão pela qual é um verdadeiro agente econômico. Assim, todos os seus serviços, como a aquisição de insumos, atividade de consultoria, prestação de serviços, distribuição de mercadoria, dentre outros inúmeros, se perfazem através de relações jurídicas. Essas relações que permitem ao empresário alcançar os seus objetivos são instrumentalizadas sob a forma de contratos. Logo, “a empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua”, e o faz principalmente por meio dos contratos, pois esta não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações”.¹⁶

No entanto, nem todos os acordos celebrados pela empresa são contratos empresariais. Conforme o objeto ou a natureza jurídica dos sujeitos da relação formada, os contratos podem apresentar caráter civil, trabalhista, administrativo ou mercantil, sem deixar de envolver o empresário e sua atividade.

Por essa razão, para conferir identidade própria aos contratos empresariais, a doutrina pátria repensou-os, sob a ótica de novos princípios informadores. Ao afirmarem que “somente o exercente de atividade econômica organizada estará

¹⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.p.32.

¹⁵ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.729.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.23.

sujeito à disciplina da empresa, e não os demais contemplados na disciplina civil,”¹⁷ Ribeiro e Galeski Junior demonstram, desde logo, a existência de características exclusivas dessa atividade em relação às demais, ditas não empresariais. Tanto é que há uma divisão “de fato” dentro do Direito Privado, que se manteve mesmo após a sua reunião, conforme ensinam Ribeiro e Bertoldi:

[...] sabemos que o direito privado se biparte em dois ramos, o direito civil e o direito comercial. Enquanto aquele se ocupa em regular as relações jurídicas relacionadas à família, à sucessão, ao estado da pessoa e às obrigações sob a ótica individualista, este tem como escopo específico cuidar das relações jurídicas ligadas aos empresários, ou seja, o direito comercial ocupa-se em regular uma atividade, a atividade empresarial.¹⁸

E, como não poderia ser diferente, essa segregação se arrasta também para os contratos relativos a cada um dos desdobramentos desse ramo do direito, pois “essa situação não mudou em nada com a edição do Código Civil: mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos diferenciar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis dos mercantis.”¹⁹

Dessa forma, pode-se dizer que os contratos empresariais são considerados a partir da perspectiva de que somente se revestem desse caráter quando todos os sujeitos da relação jurídica forem empresários. Segundo a lição de Ribeiro e Galeski Junior, classificam-se como empresariais os acordos quando

[...] os contratantes são empresários, no exercício de sua atividade profissional. Contratos vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e sua função.²⁰

Forgioni, por sua vez, acrescenta mais um elemento a essa definição, para demonstrar a peculiaridade dos contratos empresariais:

[...] a atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, (...) em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder,

¹⁷ RIBEIRO Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.9.

¹⁸ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.730.

¹⁹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.730.

²⁰RIBEIRO Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.16-17.

identificamos os contratos empresariais como aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro.²¹

Por serem todos os contratantes empresários, em princípio considera-se que devido a esse fato estes apresentam condições semelhantes de análise dos riscos oriundos da relação, bem como de acesso à informações pertinentes à contratação. Assim, no que diz respeito aos riscos nos contratos empresariais, Ribeiro e Galeski Junior salientam que

[...] o risco é o seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato.²²

Tem-se assim, em um primeiro momento, a reunião dos principais elementos que servem para diferenciar os contratos empresariais dos demais: os contratantes são todos empresários, no exercício de sua atividade de empresa voltada para o lucro, e assumem os riscos do negócio jurídico que celebram.

Logo, a partir dessa construção, retiram-se do campo de abrangência dos acordos empresariais os pactos trabalhistas e os administrativos, considerando que os vínculos laborativos se dão entre empresário e pessoa física (empregado) e os administrativos, por seu turno, envolvem o Estado em um dos polos da relação. Esses contratos são regulados por disciplina específica e, embora possam contar com a participação de um ou mais empresários, não são afetos a disciplina do direito comercial devido a falta de elementos essenciais à sua caracterização.

Resta, contudo, superar a possibilidade de enquadramento do empresário, enquanto desenvolvedor de sua atividade, como consumidor, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²³. Embora a questão seja muito mais conflituosa no âmbito da doutrina consumeirista do que entre os estudiosos comercialistas, optou-se por esclarecer o ponto no presente estudo, destacando os motivos pelos quais estes contratos estão excluídos da análise.

²¹FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.29.

²²RIBEIRO Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.17.

²³ Dispõe o Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (L. 8078/90): “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Adotando-se uma das correntes interpretativas do referido dispositivo legal, seria plausível sujeitar o empresário à lógica do sistema consumerista e não à disciplina do direito comercial em determinados casos.

Não se rejeita, portanto, a viabilidade de o empresário também realizar contratos de caráter consumerista e se valer da legislação protetiva do consumidor. No entanto, isso deve ocorrer somente quando a celebração do referido pacto não tiver por escopo incrementar a atividade da empresa, ou seja, quando o negócio realizado pelo empresário não vise o lucro subsequente, ou o serviço/bem adquirido não passe a compor a cadeia produtiva da empresa. Os contratos empresariais diferem substancialmente dos contratos de caráter de consumo, de modo que não podem ser confundidos.

Conforme explica Forgioni,

[...] o critério de diferenciação, imposto pela letra da lei e amplamente debatido, repousa na identificação da presença de um “destinatário final” na relação econômica/jurídica; ao fim e ao cabo, tudo reside em interpretar a expressão “destinatário final”, empregada no texto normativo²⁴

Nesse diapasão, colocam-se em evidência as duas teorias elaboradas pela doutrina para interpretar o artigo 2º da Lei 8.078/90: a teoria finalista e a teoria maximalista.

Para os defensores da primeira, são consumidores aqueles que adquirem produtos ou serviços utilizados em sua atividade profissional, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Para Lima Marques:

[...] segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.²⁵

Em outras palavras, para os partidários da teoria finalista, o empresário somente será considerado consumidor quando obtiver serviços ou bens que não

²⁴ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.31.

²⁵ LIMA MARQUES, Cláudia. *apud* FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.31.

estejam relacionados ao exercício de sua atividade empresarial, sendo assim o destinatário final daquele produto.

De forma diametralmente oposta, posicionam-se os teóricos maximalistas, para os quais importa, para caracterização do consumidor, unicamente a retirada do bem da cadeia de consumo, “por meio da aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final de fato, por força de elemento objetivo, qual seja, o ato de consumo”²⁶.

Tal controvérsia foi levada ao Superior Tribunal de Justiça²⁷ em sede de Conflito de Competência, restando decidido que o empresário consumidor somente será assim considerado quando adquirir ou servir-se de bens e serviços como destinatário final, sem utilizá-los na cadeia produtiva. Dessa forma, verifica-se uma tendência finalista moderada de interpretação, justamente para evitar a mera substituição do já mencionado ato de comércio pelo ato de consumo..

Leães ressalta que:

[...] quando a lei brasileira define como consumidor ‘toda pessoa física ou jurídica’ (...) há que distinguir os bens adquiridos pela empresa, a título de insumos, no exercício de sua atividade empresarial, dos bens adquiridos para uso pessoal ou privado, à margem de sua atividade empresarial”²⁸

Portanto, restringe-se a caracterização como relação de consumo, e a consequente aplicação da Lei específica, aos casos em que as partes não agem no exercício de sua atividade empresarial visando o lucro, ou seja, não atuam como empresa. Lima Marques esclarece a questão, denominando contratos de consumo “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”²⁹.

Ao fim e o cabo, o direito empresarial e o direito do consumidor acabaram seguindo rumos distintos. Foi, aliás, justamente a partir de um movimento impulsionado pela independização do direito do consumidor, em face da verificação de um corpo de princípios específicos, como a vulnerabilidade do consumidor e o

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.32.

²⁷ STJ, Conflito de Competência nº 41.056/SP, 3º Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, J. em 23.06.2004.

²⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *apud* FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.34.

²⁹ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.30.

direito de não ser explorado, destacando-lhe dos demais ramos do direito, que se tornou clara a divisão entre contratos civis e mercantis. Da lição de Forgioni, depreende-se que

[...] a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos comerciais à sua “redescoberta” como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista.³⁰

A mencionada “redescoberta” implicou no conseqüente distanciamento dos contratos empresariais das demais espécies contratuais. Como resultado dessa polarização, foi desenhada uma nova classificação contratual, pela qual restaram, de um lado, os contratos empresariais, aqueles celebrados entre empresas, no desempenho de sua atividade e voltados para o lucro; e do outro os contratos ditos existenciais, abrangendo, entre outros, os contratos de trabalho, de consumo, e de locação.

A nova faceta do contrato empresarial representou, portanto, uma mudança do paradigma contratual moderno, principalmente ao retirar da análise do direito comercial os contratos com consumidores. Nas palavras de Forgioni:

[...] traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro bilateral, que condiciona o comportamento das partes, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Mas ele, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.³¹

Com essa afirmação, aflora cristalino o renascimento dos contratos empresariais e a sua configuração como categoria autônoma, a partir da verificação das características típicas destes pactos e da sua dissociação com os demais tipos contratuais, como os trabalhistas, os administrativos, os civis em geral e, principalmente, os de consumo.

Adiante, a análise do contrato empresarial alcançará a espécie de acordo objeto do presente trabalho, qual seja o contrato empresarial de longo-prazo.

³⁰ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.45.

³¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.46.

2.3 CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO

Os contratos empresariais de longo-prazo possuem algumas características relevantes que merecem destaque, como poderá ser observado a seguir. Sobre esse tipo contratual é que recairá toda a análise acerca da intervenção judicial, tratada nos capítulos seguintes.

2.3.1 Conceito

Contratos empresariais são, conforme anteriormente analisado, aqueles celebrados entre duas ou mais empresas, no exercício de sua atividade empresarial, por meio dos quais se busca o aprimoramento econômico dos contratantes através da transação de bens ou serviços. Assim como os demais contratos, os considerados empresariais se subdividem de acordo com diversos critérios, segundo às classificações tradicionais do Direito Civil.

Nesta abordagem, interessa o critério temporal de execução do acordo, que pode ser instantâneo ou de trato sucessivo. A diferença entre eles é, em boa medida, de simples verificação: “enquanto naquele as partes adquirem e cumprem seus direitos e obrigações no mesmo momento da celebração do contrato”³², nestes as prestações adquirem um caráter contínuo, protraindo-se no tempo, após a convenção das partes.

A doutrina civilista também caracteriza os contratos como instantâneos quando há execução diferida, ou seja, quando “as partes adiam o cumprimento de suas obrigações para um momento posterior ao contrato”³³. Contudo, não se confunde essa classificação com a de contratos de longa duração, pois nestes a

³² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011.11.ed.p.430.

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011.11.ed.p.430.

execução é sucessiva, “quando as relações das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação”³⁴.

Assim, os contratos empresariais de longo-prazo podem ser definidos em primeira análise, como aqueles que implementam planejamento entre corporações em função do tempo de duração do pacto. Os contratantes serão sempre empresas, no exercício de sua atividade econômica e os acordos se estenderão no tempo, renovando direitos e deveres recíprocos ao longo da contratualidade. Dentro da seara empresarial, existem diversos modelos contratuais de longo-prazo como, por exemplo, os contratos de distribuição, a joint-venture, e os contratos de franquia. Todavia, todos os contratos empresariais de duração estendida compartilham as características que serão apresentadas, sendo desnecessária, para os propósitos deste estudo, a escolha de um tipo específico desses contratos como referência.

Nos pontos seguintes, serão apresentados alguns problemas inerentes a esses contratos, que quando não resolvidos de forma particular pelas partes, dão ensejo para que a discussão seja levada aos tribunais.

2.3.2 Incompletude

Os contratos empresariais de longo-prazo são um pouco mais complexos do que a venda direta de gasolina em um posto de combustível, por exemplo. Em parte, essa afirmação se deve ao fato de que “estes contratos são classificados como incompletos, pois tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio”³⁵. Klein atenta para essa característica:

[...] é necessariamente incompleto, embora possa ser flexível. A relação contratual é necessariamente incompleta, ou seja, não se pode identificar previamente todas as alterações da realidade que serão significativas para a relação contratual.³⁶

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.11.ed.p.430.

³⁵ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.186.

³⁶ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**.2013.324f.Tese (Doutorado em

Dessa forma, a existência de lacunas nesses acordos lhes confere uma marca particular. Milgrom e Roberts entendem que isso ocorre porque:

[...] ninguém é capaz de prever todas as vicissitudes em um ambiente complexo. E ainda que isso fosse possível, nenhuma linguagem humana pode ser ao mesmo tempo rica e precisa o suficiente para descrever todas essas eventualidades.³⁷

Compreende-se, por essa razão, que os contratos de longo-prazo são natural e inexoravelmente incompletos, já que no momento da celebração do negócio a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação. “Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir”.³⁸

Entretanto, essa afirmação não representa algo novo, vez que o direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro³⁹. Tal incapacidade é oriunda de diversos fatores, dentre os quais destacam-se aqui a racionalidade limitada do agente, a assimetria de informação e a imprecisão linguística da expressão do acordo.

Acerca da racionalidade limitada do agente, é válida a crítica destacada por Herbert Simon, em franca oposição ao modelo clássico do *homo economicus*, dotado de uma subjetividade maximizadora de seus próprios interesses e de uma racionalidade ilimitada representada por escolhas consistentes.

Segundo Simon:

[...] a racionalidade dos agentes envolvidos em uma transação econômica está limitada pela (a) incerteza, qual seja a incapacidade dos agentes em conhecer por completo o conjunto de alternativas disponíveis, e (b) a precariedade de estimação e alocação de riscos, qual seja a incapacidade dos agentes em converter incerteza em risco, por meio da computação e atribuição de probabilidades estimadas a cada evento possível.⁴⁰

Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.105.

³⁷ MILGROM, Paul; ROBERTS, John. **Economics, organization and management**. New Jersey: Prentice Hall, 1992.p.129.

³⁸ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.186.

³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.p.20.

⁴⁰ SIMON, Herbert. **Models of bounded rationality**. New York: MIT Press.1997.p.33.

Significa dizer, em outras palavras, que em decorrência da própria limitação do empresário, não é possível elaborar um planejamento de riscos completo no momento da contratação. Assim, é lícito concluir que o contrato empresarial – e especialmente esse tipo contratual – “é formado sob uma base racional de maximização de benefícios individuais”.⁴¹

A outra questão importante mencionada, referente à elaboração dos negócios transacionais de longo-prazo, envolve o acesso, uso e apropriação de informações determinantes para a celebração do pacto. Tais informações podem estar relacionadas ao bem objeto da transação em tela, à informações que impactam a percepção de seu valor presente ou futuro ou a condutas das partes na direção do cumprimento das obrigações contratuais. A essa forma de incompletude se denomina assimetria de informação. É uma falha de mercado, que denota a “impossibilidade das partes envolvidas em um contrato dessa natureza, por melhor assistidas que estejam, observarem as ações específicas que desejam disciplinar e representa um entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes”⁴².

Há, por fim, a imprecisão da expressão do contrato, conforme aponta Forgioni, para quem “a linguagem é naturalmente inexata, de sorte que sempre haverá mais de uma interpretação possível para o texto do instrumento contratual”⁴³.

De todo modo, independentemente de sua causa, a incompletude contratual deve ser assumida pelas empresas como risco, contra o qual se protegem na medida do possível e dentro daquilo que se apresenta economicamente razoável. Por essa razão, o gerenciamento de riscos talvez seja o maior dos problemas dessa categoria contratual. Ainda que as partes estejam muito bem informadas e detenham um poder de barganha similar, elas terão problemas na identificação e alocação dos riscos por conta da imprevisão acerca das mudanças fáticas que podem ocorrer no curso do pacto. Alguns eventos serão completamente imprevisíveis, outros, embora previsíveis, serão tão improváveis de ocorrer que as partes não vêm necessidade de distribuir os riscos de sua ocorrência. Assume-se, portanto, que nos contratos

⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.p.185.

⁴² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.p.95.

⁴³ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.72.

empresariais de longo-prazo mudanças imprevisíveis ocorrerão, lacunas nos acordos existirão, e que a viabilidade da relação contratual se dará de acordo com a perfeição com que as partes ajustaram *ex-ante* as cláusulas contratuais, que, no fundo, são – e sempre serão – incompletas. Por essa razão, é fundamental que seja construída uma flexibilidade dentro do contrato, e que algum método seja utilizado para facilitar os ajustes e o acerto das disputas. Até porque, diferentemente do que ocorre nos contratos de consumo, nos contratos empresariais presume-se que as partes estão em pé de igualdade, em relação uma da outra. O método escolhido no presente trabalho encontra respaldo na Teoria dos Contratos Relacionais, de Ian R. Macneil, que será trabalhada no capítulo seguinte.

3 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO VISTOS A PARTIR DA TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS

3.1 A TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS DE IAN R. MACNEIL

Durante algum tempo, os contratos de longo-prazo permaneceram à sombra dos contratos de execução instantânea. Conforme assevera Klein:

[...] apesar do reconhecimento dos contratos de longa duração, a teoria clássica do contrato sempre manteve como padrão de contratação os contratos instantâneos. Os contratos de longo-prazo seriam excepcionais e os instantâneos a regra geral, o que era compatível com o momento histórico em que foi forjado o modelo clássico de contrato.⁴⁴

No entanto, a regra geral sofreu um abalo com a crescente disseminação dos contratos de longo-prazo no cenário empresarial moderno. Os empresários perceberam que os contratos duradouros eram bastante úteis para se blindarem de demandas contratuais estratégicas e oportunistas, assim que essa proliferação foi fundamental para que a doutrina começasse a desenvolver teorias que colocassem os contratos de longo-prazo como referência em suas discussões. Nas palavras de Klein, “esse descolamento da teoria jurídica e da realidade instigou, dentre outras reações, a construção da teoria dos contratos relacionais, que tem como referência os contratos de longo-prazo”⁴⁵.

A partir desse movimento, portanto, é que a teoria foi desenvolvida, dentro do Direito anglo-saxão. O precursor da teoria dos contratos relacionais foi o autor escocês Ian Robert Macneil, cuja vida acadêmica se deu nos Estados Unidos, na Universidade de Northwestern, sendo igualmente estudada por outros teóricos da área como Lisa Bernstein, Stewart Macaulay e David Campbell. Em que pese o

⁴⁴ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.97.

⁴⁵ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.97.

marco teórico escolhido ser oriundo do direito americano, alguns autores brasileiros, dentre eles Ronaldo Porto Macedo Junior e Vinícius Klein, tem-no incorporado no Direito pátrio, o que demonstra a plausibilidade de sua aplicação no referido contexto jurídico.

A obra de Macneil, no entanto, é vasta, complexa, e por vezes, de difícil compreensão. Dessa forma, não se pretende realizar uma abordagem ampla e completa do tema, apenas extrair aquilo que apresenta real importância para os fins propostos. Por esse motivo, optou-se por selecionar apenas dois níveis teóricos do trabalho de Macneil: a definição dos contratos relacionais em oposição aos contratos como se descontínuos, ou seja, “os eixos sob os quais o comportamento e as normas contratuais podem ser governados”⁴⁶, e a caracterização da teoria relacional essencial, que se preocupa com a análise pormenorizada de todas as relações que envolvem o contrato para poder compreendê-lo. As construções teóricas desses dois pontos serão suficientes para respectivamente enquadrar os contratos empresariais de longo-prazo dentro da perspectiva relacional e encarar a questão da intervenção judicial nesse tipo de acordo.

3.1.1 O Eixo Relacional e o Eixo Descontínuo

Após a devida conceituação dos contratos empresariais de longo-prazo é necessário identificar a posição que estes ocupam dentro da teoria de Macneil. Sendo assim, é imprescindível verificar as condições que lhes conferem o caráter relacional.

Para Macneil, “contratos são as relações entre as partes no processo de projetar a troca no futuro”⁴⁷, e não se restringem àquelas definidas por uma medida de equivalência recíproca, como o dinheiro. O autor sustenta que a maioria dos contratos encontra-se dividida em dois grandes grupos, diametralmente opostos, figurando, de um lado, os contratos chamados “como se descontínuos”⁴⁸, e do outro

⁴⁶ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier.2009,p.19.

⁴⁷ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier.2009,p.24.

⁴⁸ Cumpre esclarecer que o termo “como se descontínuo” representa o reconhecimento, enaltecido pelo autor, da inviabilidade da existência de contratos puramente descontínuos.

os contratos relacionais. Inicialmente será apresentada uma definição dos contratos como se descontínuos, para adiante aprofundar o modelo de contrato relacional.

Contratos “como se descontínuos” são aqueles em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens. Trata-se de um contrato instantâneo, “no qual não são geradas expectativas futuras e a comunicação entre as partes é a mínima possível”⁴⁹.

Nesse tipo de contrato, a relação entre os agentes se dá de forma impessoal, pois se limita, basicamente, ao objeto contratual. Além de prestar pouca importância à identidade dos agentes, que são perfeitamente substituíveis, dispensa-se a estimação dos bens da troca, pois sua valoração é feita de forma simples, por exemplo, com base em preços de mercado. Para Macedo Júnior, estudioso da obra de Macneil,

[...] os contratos descontínuos funcionam como instrumento de uma barganha, no sentido de que viabiliza propósitos individualistas das partes, que agem de maneira egoística, voltada para seus propósitos pessoais, descrita como “comportamento racional” ao modo dos economistas clássicos. Isso exclui um projeto de cooperação.⁵⁰

Trata-se de uma relação pontual sem espaço para incertezas, pois as partes realizam um planejamento prévio exaustivo e vinculante, de modo que a divisão das responsabilidades e ganhos de cada contratante são estabelecidas de forma precisa *a priori*. O acordo é, portanto, delimitado pelos termos instrumentalizados e pouco avança para outros aspectos.

Macneil salienta que a referida categoria contratual prevê ainda um baixo grau de solidariedade e cooperação. Fala-se em baixo grau e não ausência completa, pois, para ele, é impossível conceber, na prática, um contrato como se descontínuo puro. Isso porque as condições que permitem a contratação nascem do seio da própria sociedade, assim que mesmo nesse tipo de contrato são percebidos, por menor que sejam, traços relacionais. A propósito disto, Macneil esclarece que

[...] o contrato como se descontínuo puro é uma ficção, já que mesmo nesse caso é necessária uma linguagem comum, uma ordem social que evite a

⁴⁹ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier.2009,p.50.

⁵⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad.1988,p.145.

guerra contínua, um sistema monetário e um mecanismo para impor o cumprimento das promessas⁵¹

De todo modo, o contrato como se descontínuo é o modelo contratual do período clássico, considerado um acordo impessoal, de cunho egoísta, instantâneo e que se limita ao intercâmbio de bens entre as partes. Ainda, planeja-se nele uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes, sendo cada ato contratual um ato isolado e autônomo. Os contratantes, por sua vez, normalmente passíveis de substituição, sabem desde o início quais são os seus papéis e de que forma serão desempenhados.

Em posição diametralmente oposta aos contratos entendidos como se descontínuos, descortinam-se os contratos relacionais, definidos por Macneil da seguinte forma:

[...] o contrato relacional seria aquele em que as partes se relacionam de forma primária. O conceito de relação primária envolve três elementos: a relação se dá com o indivíduo de forma completa, ou seja, não segmentada; a comunicação é profunda e extensa, já que não há uma limitação aos modelos públicos e formais de interação e os benefícios buscados são soberanos, não se limitando a meros objetivos práticos, mas voltados ao desenvolvimento individual amplo.⁵²

A primeira característica dos contratos relacionais indicada por Macneil e que merece destaque é “o envolvimento intenso dos contratantes para além do mero objeto contratual, abrangendo as convicções de vida de cada uma das partes”⁵³. São contratos que preveem a colaboração dos agentes, que empregam esforços conjuntos no intuito de alcançarem os objetivos propostos, diferentemente do que ocorre nos contratos como se descontínuos. Há uma relação de interdependência que fortalece a solidariedade pessoal das partes, que compartilham os benefícios e os ônus derivados do contrato.

Uma relevante peculiaridade desses acordos é a possibilidade de sofrerem alterações de regime, seja através da iniciativa das partes ou mesmo pela intervenção do Poder Público. Por essa razão, são compostos por cláusulas

⁵¹ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.42.

⁵² MACNEIL, Ian R. **The many futures of contracts**. Southern California Review. Los Angeles: v.47.1974, p.722.

⁵³ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.103.

indeterminadas, ou abertas, que tratam dos processos institucionais que viabilizam o seu reajuste no futuro. Devido a esse aspecto, a incompletude apresenta-se como um traço característico dos contratos relacionais.

Em última análise, a perspectiva relacional somente se aplica aos contratos de trato sucessivo, considerando que “o dever de cooperação é notável e mais exigente nas hipóteses de relações obrigacionais duradouras”⁵⁴.

Para Macneil,

[...] os contratos relacionais devem ser compreendidos a partir da cooperação, da solidariedade e da comunidade, entendendo cooperação como associação com outro para benefício mútuo e solidariedade como referência a padrões e valores externos à relação contratual e comunidade como a coesão baseada no consenso.⁵⁵

Com base nessas considerações, Macneil elencou onze critérios para identificação de um contrato relacional, em oposição aos contratos como se descontínuos:

[...] o primeiro se refere às relações pessoais, enquanto no contrato relacional as relações são primárias, envolvendo a pessoa inteira, com comunicação extensa, tanto formal quanto informal, no contrato descontínuo elas são limitadas no âmbito e podem ser transferidas prontamente. O segundo é o número de pessoas, a negociação descontínua ideal tem apenas duas pessoas. O terceiro é a mensuração e a especificidade do objeto, que dispensa a estimação dos bens. O quarto é a ausência de solidariedade contratual nas trocas descontínuas, apesar de isso apenas ser possível de modo teórico. O quinto é o início e o término claro e instantâneo da negociação no contrato descontínuo. O sexto é o planejamento específico e vinculativo, permitindo o consentimento explícito em cada parte do contrato. O sétimo é a desnecessidade de cooperação posterior a celebração do contrato. O oitavo é a divisão precisa dos benefícios e ônus. O nono se refere à separação entre origem do conteúdo do contrato, – as partes – e a origem da obrigação – uma divindade externa. O décimo é a transferibilidade plena, já que não importa a identidade do promitente. O fator final diz respeito ao conjunto de atitudes. Na troca descontínua prevalece a maximização de cada parte, não identificando seus interesses individuais com os interesses de toda a relação. Por fim, não são esperados problemas, afinal se há planejamento total, não podem haver em termos lógicos⁵⁶.

⁵⁴ MACNEIL, Ian R. **Contracts**: Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. In: Northwestern University Law Review, Chicago, v.72, 1978.p.860.

⁵⁵ MACNEIL, Ian R. **Relational contract theory**: challenges and queries. Northwestern University School of Law Review: Chicago.v.94.n. 3, 2000.p.26

⁵⁶ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.88.

De modo reflexo, é possível extrair dessas premissas alguns objetivos que se pretendem alcançar durante a vigência dos contratos relacionais, como o equilíbrio contratual e a necessidade de adaptação às circunstâncias em prol de um fim comum, qual seja o benefício mútuo. Assim, os contratos relacionais são também marcados pela dinamicidade processual, justamente em função de sua longa duração.

Portanto, conclui-se que os contratos empresariais de longo-prazo se enquadram perfeitamente na categoria definida pela teoria de Macneil como relacional, em função das características que apresentam. Além da incompletude natural e do aspecto cooperativo que reveste esse tipo de contrato, são traços notórios desses pactos a presença de regras que flexibilizam a rigidez contratual, regras que ampliam as possibilidades de mudança de circunstância (impossibilidade, inviabilidade e frustração), e regras que permitem a revisão das cláusulas contratuais em caso de alteração das circunstâncias, a fim de evitar abusividades.

3.1.2 A Teoria Relacional Essencial

Uma vez alocados os contratos empresariais de longo-prazo dentro do eixo definido por Macneil como relacional, passa-se ao estudo e a compreensão desses contratos no cenário em que eles se realizam, a partir da Teoria Relacional Essencial desenvolvida pelo autor.

A Teoria Relacional Essencial recebe esse nome por ser uma teoria que explica as transações a partir de como elas efetivamente ocorrem no mundo real. Macneil entende que as transações não ocorrem isoladamente, mas estão incrustadas em relações complexas e por essa razão demandam o conhecimento dos elementos essenciais tanto do contexto interno quando do contexto que as circundam. Assim, de acordo com essa perspectiva, busca-se realizar uma análise combinada das relações e da transação:

[...] a teoria contratual essencial afirma que os padrões comportamentais e as normas descritas constituem um veículo bastante efetivo para satisfazer

as proposições centrais da teoria relacional e promover uma análise conjunta da transação e do seu contexto⁵⁷.

Dessa forma, segundo Macneil, é impossível retirar o contrato da sociedade e tentar entendê-lo isolado dela, ou seja, a raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade.⁵⁸ Por essa razão, a Teoria Relacional observa e descreve as relações jurídicas contratuais como práticas sociais, sendo, portanto, considerada uma teoria sócio-jurídica voltada para a análise empírica dos acordos, e não uma mera construção teórica abstrata. Uma vez que os contratos empresariais surgem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado, essa preocupação ganha ainda mais relevância no âmbito dos contratos empresariais, “que respondem diretamente às práticas comerciais prevalentes”⁵⁹.

A partir dessa premissa, Macneil definiu quatro postulados rigorosamente caracterizadores da Teoria Contratual Relacional:

[...] 1) toda transação está incrustada num complexo de relações; 2) a compreensão de qualquer transação depende da compreensão dos elementos essenciais das relações que a cercam; 3) uma análise efetiva de qualquer transação requer a identificação e a consideração das relações que a cercam e pode afetá-la de forma significativa; 4) a combinação contextual das relações e da transação é mais eficiente e produz um resultado final mais completo e analiticamente mais preciso do que uma a partir de uma análise não contextualizada da transação⁶⁰.

Esses quatro pilares da teoria de Macneil demonstram desde logo que a compreensão dos contratos relacionais não depende da apenas da averiguação das cláusulas da transação, mas de uma análise minuciosa de cada relação contratual que a cerca, a partir daquilo que o autor chama de “matriz social”, ou seja, das regras de conduta de uma dada sociedade.

No entanto, para se compreender adequadamente o conteúdo teórico que será trabalho é necessário, primeiramente, entender o que vem a ser a matriz social

⁵⁷ MACNEIL, Ian R. **Relational contract theory: challenges and queries**. Northwestern University School of Law Review: Chicago. v.94.n.3.2000.p.892.

⁵⁸ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.29.

⁵⁹ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.99.

⁶⁰ MACNEIL, Ian R. **Relational contract theory: challenges and queries**. Northwestern University School of Law Review: Chicago. v.94.n.3.2000.p.881.

mencionada. Macneil decompõe a matriz em quatro partes e denomina as frações de raízes primárias, notadamente a sociedade, a especialização do trabalho, a escolha, e a consciência do passado, presente e futuro.

A raiz “sociedade” representa a necessidade de se analisar o contrato dentro do contexto social, considerando que as próprias normas jurídicas somente fazem sentido em função da vida em sociedade⁶¹. Ou seja, “não existe contrato fora de uma ordem de mercado e esta sem uma sociedade que lhe dê suporte”⁶².

A raiz denominada “especialização do trabalho” ou “divisão social do trabalho” é aquela que, nas palavras de Macedo Junior:

[...] conduz a 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 industrial⁶³.

Essa fonte contratual deriva de duas premissas: a necessidade de se contratar, ou seja, de realizar trocas, e em função do conhecimento especializado necessário para o desenvolvimento dessas trocas. Segundo Klein, “quanto mais significativa a especialização, mais frequentes são as necessidades de troca, e mais importante é o contrato”⁶⁴.

A “escolha”, considerada a terceira raiz, representa a liberdade do contratante de optar por alguma, dentre as diversas possibilidades de ação em uma relação contratual. A compreensão de tal postulado é óbvia, uma vez que “sem um mínimo de liberdade para escolher não se distingue o contrato do comando”⁶⁵.

Por fim, a “consciência do passado, presente e futuro”, que diz respeito ao planejamento no agora das ações futuras, muito importante para a implementação de um acordo cooperativo complexo de longa duração. Para Macneil, “o contrato é

⁶¹ BRITO, Carlos Ayres. A Sociedade e o Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: RT, 2011.v.1.p.55

⁶² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad.1988, p.152.

⁶³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad.1988, p.152.

⁶⁴ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.100.

⁶⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1988, p.153.

um processo de projeção de trocas no futuro feitas no presente”⁶⁶, assim que essa consciência é indispensável para a estabilização das expectativas das partes.

A partir dessa averiguação é possível concluir que o contrato é “um projetor de trocas, emanado numa matriz social fundada nos outros elementos supramencionados”⁶⁷ e que a preocupação central da teoria de Macneil é a descrição das práticas contratuais e o seu funcionamento à luz as relações sociais que coordenam essas trocas. As raízes primárias seriam, assim, uma forma de unir o contexto jurídico ao social, desapegada do modelo contratual clássico. Tanto isso é verdade que a visão relacional do contrato é descrita como uma visão global da relação contratual, pois considera o contrato escrito como algo parcial, incapaz de orientar por si só o comportamento das partes e subordinado às relações efetivas entre elas. No contrato relacional o instrumento escrito representa apenas uma externalização da existência de relação entre os contratantes e, por essa razão, Macneil defende que, devido a sua maior proximidade com a sociedade, “esse tipo de contrato deve ser interpretado rigorosamente segundo o contexto social, sem prejuízo dos princípios tradicionais em matéria de hermenêutica”⁶⁸.

Traçados os contornos da matriz social, ou seja, das fontes que originam e dão fundamento aos contratos relacionais, Macneil avança um degrau dentro de sua construção teórica ao tratar das normas que regem o próprio contrato e a relação entre as partes. Essas normas são separadas em normas internas e externas. Válido aqui trazer à lume o conceito específico de norma segundo Macneil, para quem esta seria “um princípio de ação correta que vincula os membros de um grupo e que serve para guiar, controlar ou regular o comportamento adequado e aceitável”⁶⁹. Essa afirmação está em consonância com um dos ideais do contrato defendido pelo autor, cujo escopo é “condicionar o comportamento do indivíduo na sociedade em que ele vive, para além do limite estreito da relação contratual”⁷⁰.

⁶⁶ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p.33.

⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1988, p.153.

⁶⁸ MACNEIL, Ian R. **Economic analysis of contractual relations: Its Shortfalls and the Need for a Rich Classificatory Apparatus**. In: Northwestern University Law Review: Chicago. v. 75, 1981.p.69.

⁶⁹ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p.67.

⁷⁰ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.106.

Para Macneil, as normas jurídicas, por excelência, além dos usos e costumes, seriam exemplos de normas externas, ou seja, aquelas toleradas ou incentivadas pela sociedade em que a relação contratual se desenvolve. Por outro lado, algumas normas de comportamento que podem ser incorporadas ao contrato, ainda que não haja previsão expressa sobre elas, lhes confere caráter de norma interna.

Nesse contexto, Macneil atenta para um conjunto de normas denominadas intermediárias, ou seja, “aquelas que se localizam entre as normas particulares da relação contratual e as normas constantes da matriz social em questão”⁷¹, e que representam um resumo abstrato das diversas normas específicas previstas nos mais diversos contratos. Dentre elas, destacam-se a reciprocidade, a realização do consentimento e a harmonização com a matriz social.

A norma da reciprocidade (*mutuality*), que é uma regra interna ao contrato, corresponde, em linhas gerais, à busca pelo equilíbrio das partes na troca (*evenness*), com base na solidariedade contratual. Isso sugere, em outros termos, a ideia de se evitar que, em determinado contrato, apenas uma das partes tenha ganhos sucessivos, tornando-o prejudicial à outra. No entanto, vale dizer que a noção do que vem a ser uma troca equilibrada não é idêntica em todas as sociedades, variando de uma para outra em decorrência de diversos fatores, como, por exemplo, o entendimento jurisprudencial.

A norma correspondente à realização do consentimento, segundo Macneil, deve ser analisada conforme a raiz primária do contrato, trabalhando-se a ideia de escolha. Isto é, para ele, o contrato tem como característica a possibilidade de limitar as escolhas futuras do outro contratante, o que distingue a escolha contratual das demais escolhas, “embora apenas parcialmente, dada a ineficiência dos remédios contratuais”⁷². De todo modo, em que pese a dificuldade de se aplicar a noção de consentimento ao contrato, isso não afasta a sua imprescindibilidade, que caracteriza uma troca pautada na escolha, um dos quatro pilares da matriz social elaborada por Macneil.

⁷¹ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.107.

⁷² MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.47.

A harmonização com a matriz social por sua vez, última norma intermediária tratada no presente estudo, está diretamente relacionada com outra raiz primária do contrato, qual seja a sociedade. Esse é um ponto chave na perspectiva relacional, que sugere que as normas contratuais devem sempre encontrar respaldo na sociedade em que o contrato se realiza. Isso significa que “dentro dos limites dados pela sociedade, é esperado que cada indivíduo busque sempre o que considera melhor para si”⁷³ sem que isso represente um comportamento egoístico.

O terceiro nível normativo trabalhado por Macneil dentro da sua teoria diz respeito às normas relacionais, que como o próprio nome diz, são aplicadas exclusivamente a este tipo de contrato. “São normas que representam uma intensificação de determinadas normas comuns (intermediárias ou não), notadamente a integridade de papéis, a solidariedade contratual, a flexibilidade, e a harmonização do conflito relacional”⁷⁴.

A integridade dos papéis sociais dos contratantes é a norma relacional que, “através da inter-relação entre regras externas, internas e as expectativas criadas a partir delas, permite que seja criada confiança entre as partes, e deve ser vista como algo a ser mantido e incrementado durante a relação”⁷⁵.

No que tange à segunda norma relacional, esta representa a expansão e a intensificação da solidariedade, decorrente do ideal de preservação da relação contratual.

A terceira norma diz respeito à harmonização do conflito relacional, e está diretamente ligada à segunda norma, uma vez que se os conflitos não forem pacificados, não há como sustentar a relação. Também depende da flexibilidade com que as partes conduzirão os seus problemas, sem prejuízo da boa-fé e da confiança que deve sempre permear os contratos. Importante mencionar também a necessidade de mediação do embate entre a matriz social e as normas internas do

⁷³ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.181.

⁷⁴ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.110.

⁷⁵ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.110.

contrato, já que “as relações tendem a ser complexas e a gerar conflitos também externos”⁷⁶.

Por fim, Macneil aponta para a última norma, denominada por ele de norma supracontratual, que trata da importância da observação das regras sociais e políticas externas à relação contratual, ainda que não ligadas diretamente ao contrato.

Com essas considerações, tem-se desenhada a Teoria Relacional Essencial de Macneil, pela qual é possível compreender o funcionamento dos contratos relacionais. Desde logo é possível notar a preocupação do autor com a análise aprofundada e empírica da relação contratual para além do conteúdo reduzido a termo no instrumento do acordo, adentrando na esfera social em que o contrato se desenvolve. Como se denota, as estruturas que regulam os contratos relacionais são complexas, tanto quanto a teoria desenvolvida por Macneil para explicá-las. No entanto, os níveis normativos elaborados, de compreensão e interpretação dos acordos, podem ser de grande utilidade quando as partes não conseguem resolver internamente seus ajustes e iniciam uma disputa contratual que demanda a intervenção de um terceiro pacificador.

Assim que, conforme sustenta Macneil,

[...] se quisermos entender contratos, temos que sair do isolamento intelectual que nos impusemos e absorver algumas verdades básicas. Contrato sem as necessidades e gostos comuns criados somente pela sociedade é inconcebível; contrato entre indivíduos totalmente isolados, que buscam a maximização de seus benefícios não é contrato, mas guerra; contrato sem linguagem é impossível; e contrato sem estrutura social e estabilidade é – de modo bem literal – racionalmente impensável, do mesmo modo como é impensável o homem fora da sociedade.⁷⁷

A aplicação da teoria de Macneil faz sentido especialmente na análise judicial dos contratos de longo-prazo, considerados relacionais por excelência, em razão da complexidade e da incompletude desses acordos, o que dificulta a previsão de todas as contingências possíveis, o dimensionamento das implicações que essa dificuldade pode gerar na relação contratual, e o preenchimento adequado de suas lacunas. No entanto, a partir da Teoria Relacional tem-se uma verdadeira estrutura,

⁷⁶ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.110.

⁷⁷ MACNEIL, Ian R. **O Novo contrato social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.1-2.

capaz de dar suporte para a solução das controvérsias que invariavelmente surgirão durante a vigência do pacto, pois ela não depende do desenvolvimento de um planejamento prévio específico para resolução de cada contingência, o que demanda altos custos e muito tempo.

Desse modo, “a Teoria Relacional representa um avanço significativo em comparação com a Teoria Clássica, tanto na descrição das especificidades dos contratos de longo-prazo quanto na normatização específica dos mesmos”⁷⁸, na medida em que viabiliza uma aproximação dos princípios do modelo social de contrato aos contratos empresariais. Ao relativizar a oposição entre lucratividade e competitividade, e cooperação e solidariedade, a perspectiva relacional permite ainda que os ganhos na troca sejam maximizados na perspectiva de longo-prazo, por ser capaz de captar as especificidades dessas relações contratuais de forma adequada.

No capítulo seguinte será feita uma análise pormenorizada da intervenção judicial nos contratos empresariais de longo-prazo, à luz dos preceitos desenvolvidos na teoria de Macneil, expostos neste capítulo.

⁷⁸ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo-prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.115.

4 INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO

Conforme analisado nos capítulos anteriores, os contratos empresariais de longo-prazo são incompletos por natureza, ou seja, os empresários contratantes, em sua maioria, têm ciência de que as condições contratuais podem mudar durante o seu desenvolvimento e que a alocação de todos os riscos é impossível, muito custosa ou desnecessária. Assim, esses acordos geralmente requerem expressamente “*ex-ante*” o ajuste de termos à luz das mudanças das circunstâncias.

Na realidade, o ajuste, dentro da perspectiva relacional que foi trabalhada, é exatamente o que as partes esperam, pois “a melhor maneira de manter uma relação informal, harmoniosa e saudável, preservando a boa-fé e a reputação, protegendo o investimento de alguém é permanecendo flexível e evitando disputas e litígios”⁷⁹. Contudo, é certo que, devido às características próprias dessa modalidade de contrato, problemas surgirão e deverão ser resolvidos de algum modo.

Assim, visando estabelecer mecanismos de solução para os conflitos que germinarão durante a vida do negócio, no momento de sua celebração, “as partes podem atribuir a elas mesmas a responsabilidade pelo preenchimento das lacunas ou designar essa tarefa a um terceiro”⁸⁰. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, esse terceiro pode ser o Poder Judiciário ou o Tribunal Arbitral, em se tratando de demanda envolvendo direitos disponíveis. É facultado às partes, portanto, escolher, no momento da celebração do contrato, uma dessas opções ou simplesmente não prever nada a respeito. Nesse último caso, de omissão, caberá ao Judiciário dirimir a controvérsia.

No que tange à complementação do acordo pelos próprios contratantes, “há ganhos mútuos às partes ao ajustarem os termos iniciais do contrato em função de eventos supervenientes”⁸¹, pois se uma parte antecipa a possibilidade de arcar com custos excedentes negociará a favor de preços mais favoráveis para ter

⁷⁹ HILLMAN, Robert A. **Court adjustment of long-term contracts**: an analysis under modern contract law. *Duke Law Journal*: Durham. 1987.p.7.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.194.

⁸¹ SCOTT, Robert E. **A relational theory of default rules for commercial contract**. In: *Journal of Legal Studies*, vol. XIX, Jun. 1990, p. 599.

compensados seus possíveis custos excessivos. Dessa forma, elas são motivadas a reduzir cooperativamente o risco porque é do interesse de cada uma fazê-lo, ou seja, é uma reação ótima e racional, que maximiza as utilidades individuais. Além disso, não se pode negligenciar os fatores custo e tempo da demanda contenciosa, conforme aponta Robert A. Hillman, assim que “o ajuste contratual incentiva as partes a preservarem o acordo e não preferirem o litígio”⁸², inclusive porque o juiz raramente pode tornar o contrato melhor para as partes do que elas mesmas.

Não há dúvida de que o ajuste interno do contrato sempre será a melhor opção à disposição dos contratantes. No entanto, interessa para o presente estudo analisar critérios para a revisão contratual quando inviável a conciliação entre as partes, ou seja, quando necessária a intervenção exógena no acordo de vontades. Em que pese o entendimento didático de alguns autores de que deve haver uma distinção entre função de complementação do contrato e de solução de conflitos⁸³, para os fins aqui almejados pouco importa essa classificação, pois quando as partes não chegam a um consenso e há a necessidade de intervenção de um terceiro no contrato, ainda que somente para colmatação de lacunas já está presumida a atmosfera de animosidade entre os empresários.

Antes de prosseguir, cumpre ainda esclarecer um ponto. Conforme mencionado, a intervenção exógena no acordo de vontades pode se dar de duas formas: Poder Judiciário ou Arbitragem. Desde logo se reconhece o papel relevante da Arbitragem na resolução das controvérsias oriundas dos contratos empresariais e que essa modalidade tem ganhado força principalmente diante da celeridade de seu procedimento e da insatisfação dos empresários com a falta de experiência e técnica dos magistrados em relação às questões empresariais. No entanto, o Poder Judiciário segue tendo um papel de extrema relevância na indicação da interpretação prevalente do texto legal e, por essa razão, influencia diretamente os próprios procedimentos hermenêuticos utilizados pelos árbitros. Assim, o presente estudo optou por direcionar a análise somente para as questões relativas à intervenção do Poder Judiciário nas lides envolvendo contratos empresariais de longo-prazo, sem que isso signifique, contudo, que as mesmas conclusões aqui obtidas não possam ser aplicadas à essa outra forma de solução de litígios.

⁸² HILLMAN, Robert A. **Court adjustment of long-term contracts**: an analysis under modern contract law. Duke Law Journal: Durham. 1987.p.10.

⁸³ Para uma maior abordagem, ver: FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.195.

Feitas essas considerações, passa-se ao enfrentamento da questão central do trabalho e que norteará o desenvolvimento deste capítulo: cabendo ao Poder Judiciário dirimir o conflito surgido em decorrência da incompletude contratual, considerando a peculiaridade dos acordos empresariais de longo-prazo, a Teoria Relacional apresenta critérios suficientes para orientar os juízes a entregarem a tutela jurisdicional adequada?

4.1 A COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA AJUSTAR CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO

Ao analisar posicionamentos contrários à intervenção do Poder Judiciário nos contratos empresariais de longo-prazo, Hillman destaca que, para alguns autores, o Judiciário está longe de ser o ideal encontrado para ajustar este tipo de acordo, pois a determinação da alocação dos riscos, compreensão e aplicação de dados é uma atividade muito complexa para os juízes, que não possuem a experiência das partes sobre as reais questões do contrato.

Quem defende esse posicionamento acredita ainda que, ao intervir, o Judiciário restringe a liberdade de contratar, produz incertezas, prejudica planos particulares e reelabora evasivamente o contrato, pois “os magistrados não teriam controle suficiente de seus termos apropriados e não seriam equipados para ajustar acordos comerciais complexos”⁸⁴.

Primeiramente, é importante esclarecer que, evidentemente, esse panorama mencionado por Hillman diz respeito à realidade contratual norte-americana. No entanto, é perfeitamente possível transportá-lo para o cenário jurídico pátrio.

No Brasil há, de fato, uma crença na dificuldade do Poder Judiciário dirimir lides envolvendo contratos empresariais, basta perceber o aumento exponencial da escolha pela solução arbitral nessa seara. Contudo, deve se reconhecer que há uma série de casos em que os juízes penetram no âmbito mercadológico empresarial e logram fazê-lo bem, vez que, ao final, “o que realmente interessa é a sua capacidade de conciliar fatos particulares e jurídicos com interesses idiossincráticos

⁸⁴ HILLMAN, Robert A. **Court adjustment of long-term contracts**: an analysis under modern contract law. Duke Law Journal: Durham. 1987.p.19.

das partes”⁸⁵. Assim, não há como rejeitar o fato de que os magistrados estão investidos de jurisdição e têm competência constitucional para este mister, de maneira que a sua condição técnica e capacidade jurídica para resolução de conflitos é algo que deve ser presumido e respeitado.

O outro aspecto considerado quando da verificação dos limites da intervenção judicial nos contratos empresariais refere-se à restrição da autonomia dos contratantes. No contexto jurídico nacional, a questão deve ser vista com um pouco de cautela. O Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que

[...] não pode o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim se fizer, estará o juiz contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento, pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não fizeram.⁸⁶

Entretanto, conforme assevera Forgioni, nesse caso não se estaria falando de desequilíbrio contratual, “pois a manutenção da equação econômico/financeira do contrato impõe-se para preservá-lo, assegurando as condições originalmente acordadas pelas partes”⁸⁷. Assim, quando a intervenção não visar substituir ou criar um novo contrato, e sim tentar resgatá-lo equitativamente a despeito das interpéries surgidas e não resolvidas pelos próprios particulares, ela deve ocorrer. Ou seja, “as partes deveriam ser impelidas a acatar intervenção exógena em nome da preservação do contrato”⁸⁸.

Ribeiro e Galeski Junior orientam que a intervenção jurisdicional no processo de integração da execução contratual é necessária, sendo apenas inadmissível a intervenção indevida no acordo de vontades firmado no que diz respeito a sua interpretação⁸⁹. O que faz total sentido, considerando que a real intenção dos contratantes não pode ser objeto de modulação pelo magistrado.

⁸⁵ HILLMAN, Robert A. **Court Adjustment of Long-Term Contracts: an analysis under modern contract law**. Duke Law Journal: Durham. 1987.p.26.

⁸⁶ REsp 88.176, relator. Min. Moreira Alves, RTJ 92:251.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.192.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.193.

⁸⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.p.185.

Ademais, é pouco crível que a intervenção alterará drasticamente o comportamento dos contratantes, “pois suas ações normalmente permanecerão regradas por máximas extrajurídicas”⁹⁰, como o bom relacionamento e a reputação, que costumam controlar melhor suas condutas.

Entende-se, portanto, que a intervenção judicial que busca o preenchimento de lacunas, seja para estipulação do termo final do contrato, ajuste de preço ou remoção de uma inequidade deve ser compreendida como uma medida salutar que pretende inserir as partes em um caminho correto para manifestarem sua vontade, de modo que “a revisão contratual representa o próprio respeito à autonomia privada e não a sua negação”.⁹¹

Até porque, não há que se falar em invasão à liberdade de contratar quanto ao preenchimento de lacunas pelo Judiciário, pois, nesses casos, as partes não criaram lei para governar os seus direitos e deveres.

Logo, o benefício da revisão contratual é não só ajustar os acordos particulares em termos de justiça social, mas também garantir o cumprimento correto do direito e influenciar os empresários a continuarem celebrando contratos de longo-prazo.

Uma vez reconhecida a necessidade e a legitimidade do Poder Judiciário para intervir no contrato e ajustá-lo, o próximo passo é verificar como isso deve ocorrer. Conforme se pretende demonstrar, a metodologia apresentada pela Teoria Relacional tem conteúdo suficiente para responder a esse questionamento.

4.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA RELACIONAL NO PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO-PRAZO

Na maior parte das vezes, os magistrados simplesmente se utilizam de estratégias retóricas para solução de conflitos contratuais. Ou seja, um tribunal que quer eximir, em um dado caso, o adquirente, fornecerá termos e demonstrará a falha da parte em considerar a situação, indicando a incompletude do contrato. Um

⁹⁰ HILLMAN, Robert A. **Court Adjustment of Long-Term Contracts**: an analysis under modern contract law. Duke Law Journal: Durham.1987.p.27.

⁹¹ HILLMAN, Robert A. **Court Adjustment of Long-Term Contracts**: an analysis under modern contract law. Duke Law Journal: Durham. 1987.p.28.

tribunal que prefere impor o contrato dará prejuízos, no mesmo caso, ao fornecedor, e demonstrará a completude aparente do contrato⁹². Ao final, o julgador dirá a máxima que o Judiciário não faz contrato para as partes e a questão estará resolvida. Assim, não raras vezes, os contratos são interpretados pelos magistrados com o intuito de realizar fins sociais, evitando-se aplicar uma linguagem contratual que entra em conflito com seu senso de justiça.

No tocante ao método de resolução de controvérsias adotado pelos tribunais em geral, é válida a lição de Schwartz,

[...] é preciso observar que os tribunais possuem três estratégias, quando decidindo casos contratuais: protegem os valores do processo, interpretam a linguagem e fornecem termos quando as partes falham em fornecê-los para a disputa que os divide. A terceira tarefa é geralmente chamada de preenchimento de lacunas.⁹³

Ocorre que no sistema jurídico brasileiro, esse preenchimento de lacunas tem se tornado uma verdadeira carta branca para que os juízes intervenham nos contratos visando a proteção de interesses sociais, consubstanciados a partir da ideia de funcionalização dos pactos⁹⁴. No entanto, partindo de uma reflexão econômica, não é razoável que uma intervenção nesses moldes ocorra de forma irrestrita, sem limites ou métodos, pois isso reduz a credibilidade das instituições e dificulta o próprio ato de contratar, o que anda na contra-mão dos interesses econômicos sociais e mercantis.

Sobre esse aspecto, Schreiber alerta que “a intervenção judicial no domínio econômico pode resultar em intolerável insegurança quando construída caso a caso, sem parâmetros previamente conhecidos”,⁹⁵ sendo necessária, portanto, a adoção ou criação de critérios para a realização dessa atividade. De todo modo, o que deve se levar em consideração é que, ao preencher as lacunas dos contratos, “o Poder Judiciário deve buscar estratégias que reproduzam o acordo que os particulares

⁹² SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts**. Journal of Legal Studies: Chicago, 1992.p.277.

⁹³ SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts**. Journal of Legal Studies: Chicago, 1992.p.282.

⁹⁴ O Direito Brasileiro consagrou o princípio da função social dos contratos no artigo 421 da Lei 10.406/2002 (Código Civil de 2002): Art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Revisão Judicial dos Contratos**. Jornal Carta Forense: São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/revisao-judicial-dos-contratos/2123>> Acesso em: 25 de ago. 2014.

teriam especificado por conta própria”⁹⁶, evitando ganhos não barganhados por uma parte ou perdas pela outra.

Nesse ponto, a Teoria Relacional se apresenta como ferramenta útil a orientar o julgador, devido à sua maior aproximação com a realidade contratual. A partir do reconhecimento da importância das regras internas da relação e da harmonização com a matriz social do contrato, já tratadas no segundo capítulo deste estudo, sua aplicação permite compreender bem o verdadeiro papel das partes dentro do contexto negocial. Assim, “a Teoria Relacional funda o Direito Contratual na sociedade e defende um papel essencial das normas internas do contrato”⁹⁷. Até porque a característica marcante dos contratos relacionais é justamente a existência de uma regulação endógena. Ou seja, “além das normas jurídicas positivadas e dos usos e costumes do negócio ou setor, existem normas de relacionamento que surgem dos vínculos primários formados pelos contratantes”⁹⁸, resultantes da intensificação de outras normas contratuais igualmente delineadas pela Teoria, (como a cooperação, a harmonização com a matriz social e a flexibilidade) cuja observação é fundamental para a compreensão do enredo negocial.

Dessa forma, ao verificar o funcionamento das práticas contratuais à luz das diversas relações sociais que coordenam as trocas, a Teoria Relacional permite ao julgador realizar uma apreensão muito mais realista dos interesses das partes nos contratos empresariais de longo-prazo. Por isso a interpretação desses contratos, conforme o contexto social em que se desenvolvem, igualmente possibilita ao magistrado completá-los de forma mais precisa.

Macneil confere grande importância às normas internas da relação e vê com certa reticência a imposição de normas externas pelo Poder Judiciário nos contratos⁹⁹, chegando a afirmar, inclusive, que isso “burocratiza a relação contratual”.¹⁰⁰ Segundo ele, as regras externas sofrem modificações quando

⁹⁶ SCOTT, Robert E. **A relational theory of default rules for commercial contract**. In: Journal of Legal Studies, vol. XIX, Jun,1990. p.603.

⁹⁷ MACNEIL, Ian R. **Values in Contract**: Internal and External. Northwestern University Law Review, Chicago, v. 78, 1983. p.379.

⁹⁸ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.177.

⁹⁹ Na Teoria Relacional existem diversas normas externas, como as normas sociais, mas para fins desse estudo pode-se entender como normas externas as normas jurídicas.

¹⁰⁰ MACNEIL, Ian R. **Values in Contract**: Internal and External. Northwestern University Law Review, Chicago, v. 78, 1983. p. 379.

impostas devido às características do negócio particular, o que gera, conforme explica Klein, “efeitos diversos daqueles produzidos pela mesma norma criada de forma espontânea”¹⁰¹.

Um exemplo que pode ser dado acerca dessa questão é a imposição pelos tribunais de uma norma de caráter relacional como a reciprocidade. Apesar de ela ser comum no ordenamento jurídico, uma vez imposta pelo Judiciário ela elimina o direito de escolha de ambas as partes, e essa atuação pode impedir uma contratação menos custosa que poderia ser optada de comum acordo.

Outra forma de ilustrar o tema, e que demonstra a importância das normas internas e a delicada aplicação das normas externas aos contratos empresariais de longo-prazo pelo julgador, parte da análise da conservação do contrato. Se o Poder Judiciário impõe a continuidade contratual sem fundamento em algum mecanismo interno do contrato que demonstre que a relação foi construída para de fato ser mantida e perpetuada em detrimento da rescisão, a decisão poderia estar colidindo com o interesse das partes, o que é arriscado. Nesse mesmo caso, a situação seria diferente se houvesse um histórico entre os contratantes, de empreendimento prévio de esforços mútuos para renegociação dos termos do contrato a fim de conservá-lo. Isso seria um indicativo da existência de norma interna, de que a preservação do acordo é relevante para aquela situação. E essa compreensão só é possível de se alcançar a partir da análise macroscópica da relação contratual que a Teoria Relacional propõe.

Portanto, Macneil defende que cabe ao Direito e ao Poder Judiciário, antes de tudo, “incentivar o surgimento de normas internas de cooperação e reciprocidade dentro da relação contratual”¹⁰², pois tendo em vista que os empresários não costumam assumir muitas obrigações que não são de seu melhor interesse, essas normas tendem a ser eficientes por natureza. Em outras palavras, já visam, antes de mais nada, a maximização mútua de riquezas.

Nessa esteira, uma forma do Poder Judiciário concretizar a aproximação relacional é basear o critério decisório naquilo que as partes provavelmente esperam

¹⁰¹ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.179.

¹⁰² MACNEIL, Ian R. **Contracts**: adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*: Chicago. v.72,1978.p.854.

uma da outra e nas normas internamente construídas, a fim de alcançar o consenso. No entanto, nos contratos relacionais, devido ao alto grau de harmonização da matriz social, muitas das normas externas também acabam sendo absorvidas pelo pacto, o que dificulta a sua identificação. Além disso, conforme explica Klein,

[...] nos acordos relacionais a manifestação de vontade é contínua e os contratantes enfrentam um cenário de incerteza significativa em função do horizonte longo de duração, nem sempre é fácil perceber qual o conteúdo do consenso formado pelas partes.¹⁰³

Normalmente, o consenso diz respeito muito mais aos procedimentos a serem seguidos do que às prestações de cada contratante, e por essa razão, Macneil reforça que as relações contratuais devem ser vistas como pequenas sociedades, “nas quais alguns valores existem e são criados, num determinado espaço de tempo, que refletem a real intenção e os propósitos específicos das partes dentro daquele negócio”¹⁰⁴.

Como se pode perceber, a proposta de Macneil demanda uma análise aprofundada e contextualizada da relação contratual pelo Poder Judiciário no processo decisório, diferentemente da abordagem realizada a partir do modelo clássico, positivista e vinculado estritamente ao instrumento contratual escrito.

De acordo com a Teoria Relacional, torna-se imperioso que o magistrado investigue a relação, a fim de compreender as suas normas internas, para que a tutela jurisdicional prestada seja a que melhor atenda ao interesse de ambas as partes. Evidentemente, no contexto negocial de busca pelo lucro, essa compreensão irá demandar, necessariamente, “a apreensão das estratégias e decisões econômicas dos empresários, afinal, a racionalidade do comportamento dos contratantes em uma situação patrimonial de competição é em alguma proporção econômica”¹⁰⁵. No entanto, dada a importância do aspecto social sob o qual o contrato relacional está sedimentado, o viés econômico não é único que deve ser

¹⁰³ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.178.

¹⁰⁴ MACNEIL, Ian R. **Economic Analysis of Contractual Relations**: Its Shortfalls and the Need for a Rich Classificatory Apparatus. *Northwestern University Law Review*: Chicago. v. 75, 1981.p.472.

¹⁰⁵ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo**: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.180.

levado em conta, embora não se rejeite que a compreensão das decisões empresariais deva passar obrigatoriamente por ele.

Em última análise, Macneil pontua que, quando se trata do ajuste de contratos empresariais de longo-prazo, é papel do Direito promover necessariamente a construção de um ambiente solidário, preferencialmente “através de uma atuação promocional das normas internas, aplicando normas externas apenas quando for necessário, para que se evite uma situação de injustiça”¹⁰⁶.

Por fim, merece atenção a questão da boa-fé nos contratos empresariais de longo-prazo. A boa-fé objetiva se refere à conduta proba das partes nos três momentos do contrato, quais sejam o período pré-contratual, o período da execução do contrato e o período pós-contratual. Assim, considerando que nos contratos relacionais há um afastamento da construção clássica, pois a questão do tempo e da definição dos seus momentos de formação, execução e encerramento não é precisa, esse instituto apresenta-se de grande relevância na incorporação dos valores relacionais à análise judicial dos contratos empresariais de longo-prazo.

Nesse sentido, Macedo Junior ensina que:

[...] 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. 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 neoclássico.”¹⁰⁷

Além disso, como a incompletude é inerente aos os contratos relacionais, percebe-se, conforme já mencionado anteriormente, uma grande dificuldade por parte do Poder Judiciário em realizar uma análise precisa e detalhada das prestações de cada parte. Ademais, “a mensuração do comportamento de cada contratante é complexa e não se consegue num mero exame do consenso solucionar essas lides contratuais”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ian R. Macneil. **Contracts: Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law.** In: Northwestern University Law Review, Chicago, v.72, 1978.p.126.

¹⁰⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1988, p.208.

¹⁰⁸ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.**2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.180

No entanto, ao aplicar a Teoria Relacional, o Poder Judiciário é capaz de incorporar o contexto da negociação, da execução contratual e do período pós-contratual, inclusive porque em cada uma dessas fases novas expectativas legítimas podem ser criadas ou mesmo as existentes sofrerem modificações.

Assim, Macneil conclui que o Poder Judiciário deve derivar regras a partir das normas internas da relação e posteriormente escolher os critérios para resolver as disputas a partir da interpretação que melhor reconcilia esses valores.

4.3 CRÍTICAS À TEORIA RELACIONAL

A Teoria Relacional preconiza a descrição das práticas contratuais à luz do complexo de relações sociais que as cercam e defende uma análise judicial contextualizada da relação contratual. Em que pese os benefícios que essa abordagem é capaz de fornecer, ela não é aprovada à unanimidade pela doutrina. Dentro do cenário jurídico brasileiro, a Teoria de Macneil é um tanto quanto incipiente, além de pouco difundida, o que também dificulta a sua compreensão e aplicação.

De todo modo, as críticas também possuem seus fundamentos. Victor P. Goldberg, por exemplo, embora concorde com a exigência de que a intervenção judicial considere o contexto que envolve a transação, o reduz a uma perspectiva quase que exclusivamente econômica.

Segundo ele,

[...] ao interpretar contratos, não devemos buscar a verdadeira intenção das partes, mas tentar nos pautar pela intenção de partes razoáveis, dentro de determinado contexto econômico. A procura por um 'encontro de mentes' parece uma boa ideia, mas apresenta sérios problemas. [...] O teste da firma econômica razoável não significa que cada litígio contratual deve se sujeitar a uma análise completa da economia. Sua função é dupla. Em primeiro lugar, há o papel negativo: constranger as cortes para evitar que elas realizem interpretações sem observar as leis. O uso da presunção do dever de boa-fé, por exemplo, deveria ser limitado. Truques doutrinários, tais como invocar usos e costumes, não deveriam ser permitidos para desfazer linguagem contratual clara. Em segundo, no seu papel positivo, a abordagem deve ser utilizada para resolver ambiguidades. A existência da ambiguidade é inevitável. Por exemplo, contratos mais complexos costumam conter termos como 'materialidade', 'razoabilidade', 'melhores esforços' e 'boa-fé', os quais devem ser definidos contextualmente.

Reconheço que os mais inteligentes litigantes e juízes podem, virtualmente, tornar qualquer coisa ambígua. Não acredito, entretanto, que sua ingenuidade requeira uma total investigação pautada pela firma-razoável na maioria das disputas contratuais. Um pouco de economia pode ajudar muito nessas questões.¹⁰⁹

A questão da análise contextualizada da relação contratual também é posta como um empecilho sob a alcunha de decisionismo e insegurança jurídica¹¹⁰. Entretanto, a melhor resposta para esses problemas, além da necessidade de aperfeiçoamento institucional do Poder Judiciário, residiria na argumentação judicial, mas esse ponto transcende os propósitos do presente estudo.

Posicionamentos como o de Alan Schwartz e Robert E. Scott também merecem ser destacados. Os referidos autores demonstram-se favoráveis e concordam com o método de descrição das práticas contratuais apresentado por Macneil. No entanto, eles discordam da possibilidade de sucesso de uma intervenção judicial nestes termos, e levantam uma questão interessante, ao alegarem que “o erro judiciário acabaria por neutralizar os ganhos aparentes da Teoria Relacional”¹¹¹.

O erro judiciário pode ser definido aqui como a incapacidade dos magistrados compreenderem a relação empresarial, as transações e a maneira como elas ocorrem no mundo real para decidirem no caso concreto. Conforme afirma Posner, os juízes, em sua grande maioria, inclusive no Brasil, “possuem uma formação voltada para áreas específicas do Direito, muitas vezes diversa daquela em que atuam e por isso acabam baseando suas decisões em motivações políticas”¹¹². Ao contrário de Macneil, Schwartz e Scott não depositam tanta confiança nos magistrados, a ponto de acreditar que eles compreenderão bem a natureza da disputa para poder realizar uma análise contextualizada e sociológica do contrato. Assim, esse erro eliminaria as chances de sucesso da aplicação da

¹⁰⁹ GOLDBERG, Victor P. **Framing Contract Law: an economic perspective**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.p.179.

¹¹⁰ KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial**.2013.324f.Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.112.

¹¹¹ SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. **Contract Theory and the limits of Contract Law**. Yale Law Journal: New Haven, v. 113, Nov/Dec 2003, p.594.

¹¹² POSNER, Eric A. **A theory of contract law under conditions of radical judicial error**. The Law School The University of Chicago: Chicago, v.80.p.10.

Teoria Relacional, uma vez que ela depende de uma atuação íntima do julgador com a relação contratual das partes.

No entanto, a pergunta que se faz é: o erro judiciário pode ser evitado?

O excesso de demanda dos órgãos judiciais se apresenta aqui como outro empecilho para uma intervenção nesses moldes, considerando que a necessidade de resolução urgente dos conflitos, seja pelas metas impostas aos tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seja para garantir a duração razoável do processo, dificulta a apreensão pormenorizada das peculiaridades do negócio jurídico pelo julgador.

De fato, não é uma tarefa fácil. A intervenção judicial, de acordo com a teoria proposta por Macneil, viabilizaria, sem dúvida, uma maximização dos valores do contrato a partir da imposição das normas criadas e desenvolvidas pelas partes internamente ao contrato.

Contudo, para permitir que o magistrado tenha condições de identificar essas normas e contextualizá-las na relação contratual, seria imprescindível, em primeiro lugar, não apenas um aperfeiçoamento de suas capacidades cognitivas, mas principalmente um melhor aparelhamento do próprio Sistema Judiciário.

Outro aspecto problemático diz respeito ao comportamento oportunista das partes¹¹³, o qual os juízes tampouco demonstram plena aptidão de identificação. Uma maneira de se diminuir o erro judicial nessas condições seria atentar para questões como a reputação dos contratantes, suas conexões políticas entre outros elementos extrajudiciais, que não aqueles cuidadosamente colocados por escrito no termo contratual. No entanto, novamente se esbarra no problema da falta de estrutura para que o juiz perceba todas as relações adjuntas que envolvem o contrato empresarial de longo-prazo.

De todo modo, em que pese as críticas mencionadas, é inegável que há um reconhecimento amplo da natureza relacional dos contratos, como afirmam Richard Posner, Robert Scott, e Ronaldo Porto Macedo Junior, o que torna inviável negligenciar a importância da Teoria que regula esse tipo de contrato e todo o arcabouço normativo que ela comporta.

¹¹³ Por comportamento oportunista pode se entender a tentativa da parte: de fazer crer, ou levar ao conhecimento do Juiz, relatos de situações diversas das realmente ocorridas na relação contratual. Como as partes defendem interesses egoísticos na lide, muitas vezes se empenham em distorcer a realidade.

No entanto, com relação à sua efetiva aplicação pelos tribunais, seguirá esta sendo uma faculdade do magistrado. Conforme visto, com a proliferação de contratos de longo-prazo dentro do cenário empresarial brasileiro, a Teoria Relacional talvez seja uma ferramenta bastante adequada à mão do Poder Judiciário para conciliar os interesses das partes quando instaurada a situação de litígio.

Finalmente, é possível dizer que as relações contratuais empresariais de longo-prazo não são reguladas por intenções, e sim “refletidas por uma variedade de influências, incluindo normas sociais e normas de conduta desenvolvidas dentro da própria relação”¹¹⁴. As partes compreendem seu contrato dentro do contexto em que ele foi celebrado, e a Teoria Relacional defende que os tribunais ajam de acordo com esse mesmo raciocínio, explicitamente ou não. Por essa razão, Macneil afirma categoricamente que o modelo Relacional é o método mais preciso e mais útil para prestação da tutela jurisdicional nas lides envolvendo contratos empresariais de longo-prazo.

¹¹⁴ MACNEIL, Ian R. **Contracts:** Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. In: Northwestern University Law Review, Chicago, v.72, 1978.p.99.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou demonstrar que a metodologia desenvolvida pela Teoria Relacional tem condição suficiente de orientar o Poder Judiciário a analisar de forma mais adequada os contratos empresariais de longo-prazo colocados sob *judice*.

Essa conclusão começou a ser construída a partir do reconhecimento dos contratos empresariais como categoria autônoma dentro do cenário jurídico brasileiro e passou pela verificação das características específicas dos contratos empresariais de longo-prazo, sendo destacada a principal delas: a incompletude natural de suas cláusulas.

Posteriormente, foi possível analisar esse tipo contratual à luz da Teoria Relacional, desenvolvida por Ian R. Macneil. A divisão metodológica dos contratos elaborada pelo autor, separando-os em relacionais e discretos permitiu definir o caráter relacional dos contratos de longo-prazo, fundados nos seguintes princípios: reciprocidade, efetivação dos papéis, liberdade limitada de escolha, efetividade do planejamento e harmonização do contrato com as suas matrizes sociais internas e externas. Além disso, verificou-se que todos esses princípios têm origem nas raízes primordiais do contrato, que são: a sociedade, a especialização do trabalho, a escolha e a consciência do passado, presente e futuro. A reciprocidade e a efetivação dos papéis estão diretamente ligadas a especialização do trabalho. A liberdade limitada de escolha está claramente relacionada ao senso de escolha. A efetividade do planejamento é resultado da contribuição de todas as raízes primordiais do contrato e a harmonização do contrato com as suas matrizes sociais internas e externas está ligada à raiz da matriz social, ou seja, a sociedade.

Como consequência das interações entre esses princípios, é possível concluir que: a aceitação do instrumental desenvolvido pela Teoria Relacional não implica a derrubada geral da doutrina contratual existente, mas a negação dos conceitos relacionais leva o Direito a deixar de analisar aspectos essenciais dos contratos relacionais; o arcabouço teórico produzido pode ser a base para uma reunificação do direito contratual e a construção de uma nova teoria geral do contrato focada na função de cada contrato; o reconhecimento da natureza

relacional de alguns contratos aliviaria a teoria contratual existente da pressão de ter que solucionar situações com as quais ela não tem condições de lidar; e, por fim, a análise aqui desenvolvida permite ao Poder Judiciário revisar os contratos empresariais de longo-prazo de um modo mais preciso. Ao considerar a relação contratual de forma contextualizada, com base nas escalas normativas elaboradas pela Teoria Relacional, e principalmente nas normas contratuais criadas internamente pelos contratantes, é possível desenhar um horizonte muito mais próximo da realidade e da verdadeira vontade das partes do que o apresentado no instrumento contratual escrito.

Assim, conclui-se que a Teoria Relacional é capaz de auxiliar o julgador na difícil tarefa de conciliar interesses idiossincráticos das partes dentro de um cenário de litígio envolvendo relações mercantis de longa duração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 41.056/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de junho de 2004. Diário de Justiça, Brasília, 23 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 88.176**. Segunda Turma. Relator Ministro Moreira Alves.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 13a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

DAWSON, John P. **Judicial revision of frustrated contracts**. Boston University Law Review: Boston. 1984

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

GOLDBERG, Victor P. **Framing Contract Law: an economic perspective**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

HILLMAN, Robert A. **Court Adjustment of Long-Term Contracts: an analysis under modern contract law**. Duke Law Journal: Durham. v. 1987. n. 1, 1987.

KLEIN, Vinícius. **A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo-prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial.** 2013. 324f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UERJ. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A disciplina do Direito de Empresa no novo Código Civil Brasileiro.** Revista de Direito Mercantil, v. 128, São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Relational contract theory:** challenges and queries. Northwestern University School of Law Review: Chicago.v.94.n. 3, 2000.

_____. **Values in Contract:** internal and external. Northwestern University Law Review: Chicago. v.78, 1983.

_____. **Economic Analysis of Contractual Relations:** Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus. In: Northwestern University Law Review: Chicago. v. 75, 1981.

_____. **Contracts:** Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. In: Northwestern University Law Review, Chicago, v.72, 1978.

_____. **The Many Futures of Contracts.** Southern California Law Review, Los Angeles, v.47, p. 691-816, 1974.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. **Economics, Organization and Management.** New Jersey: Prentice Hall, 1992.

POSNER, Eric A. **A theory of contract law under conditions of radical judicial error.** The Law School The University of Chicago: Chicago, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos Empresariais e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHREIBER, Anderson. **Revisão Judicial dos Contratos**. Jornal Carta Forense: São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/revisao-judicial-dos-contratos/2123>> Acesso em: 25 de ago. 2014.

SCHWARTZ, Alan. **Relational Contracts in the Courts**. Journal of Legal Studies: Chicago, 1992

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. **Contract theory and the limits of contract law**. Yale Law Journal: New Haven. v.113. 2003.

SCOTT, Robert E. **A relational theory of default rules for commercial contract**. In: Journal of Legal Studies. vol. XIX. Jun. 1990.

SIMON, Herbert. **Models of Bounded Rationality**. New York: MIT Press.1997.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Obrigações e Contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: RT, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas. 11.ed, 2011.