

# Segurança jurídica: contratos relacionais em tempos de pandemia

Juan Biazevic<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Segurança jurídica; 2. Contratos descontínuos e relacionais; 3. Interpretando contratos relacionais; 4. Revisando contratos relacionais: *shopping centers* em tempos de pandemia; 5. Conclusões.

Esta obra coletiva busca destacar parte dos desafios que a pandemia de Covid-19 impõe à regulação da vida em sociedade, em especial à segurança jurídica. Os efeitos econômicos gerados pela pandemia representam mudanças na realidade dentro da qual os mais variados contratos em vigor foram estruturados. Alterações profundas na base econômica do contrato não são novidades e a literatura sobre o tema é abundante. Um ponto, contudo, parece-me merecer especial atenção por ser menos explorado na literatura nacional: os desafios impostos pela categoria dos contratos relacionais para a atividade de interpretação e adjudicação. Meu objetivo, portanto, é analisar parte das consequências da pandemia para esse tipo de contrato.

Desequilíbrios econômicos são importantes por razões óbvias. Os contratos são ferramentas socioeconômicas relevantes da sociedade, não apenas porque são instrumentos de troca, mas porque são instrumentos para trocas consideradas socialmente justas<sup>2</sup>. A ideia de justiça na troca remete ao ideal aristotélico de justiça comutativa, o qual, no campo dos contratos, impõe que as prestações assumidas pelas partes guardem algum tipo de equivalência. A ideia de preço justo, mesmo na Idade Média, não estava atrelada a algum valor intrínseco à coisa ou à alguma propriedade estável, mas à uma gama de valores representativos dos preços ordinariamente praticados pelo mercado<sup>3</sup>. A ideia de equilíbrio nas trocas alcançou as relações contemporâneas e está presente em diversos institutos jurídicos, quer nas relações paritárias, quer nas relações não-paritárias<sup>4</sup>. Ela reflete um juízo socialmente construído de que os contratos, como institutos dignos de tutela jurídica, devem sempre refletir alguma forma de equivalência. É certo que diversas são as formas concretas que essa estrutura pode acomodar e, em alguns casos, a justiça dessa troca pode se tornar controvertida. A possibilidade de desacordo, contudo, não infirma a importância dessa ideia estruturante. Ao contrário, é a própria evidência de que nossas práticas sociais exigem que a estrutura seja respeitada.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, todos pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>2</sup> GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 361.

<sup>3</sup> BERTRAN, Maria Paula Costa. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 159.

<sup>4</sup> Apenas a título de exemplo, observe-se que, nas relações paritárias, o Código Civil reconhece a invalidade dos negócios celebrados com lesão (art. 157) e autoriza a revisão de contratos com onerosidade excessiva (art. 478). Nas relações não-paritárias, o Código de Defesa do Consumidor possui dispositivos semelhantes, reconhecendo a invalidade de cláusulas que criem obrigações desproporcionais (art. 51, IV) e a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva (art. 6º, V).

A modificação da base econômica de sustentação dos contratos, com seus reflexos para as obrigações reciprocamente assumidas, gera insegurança jurídica. Como argumentarei durante o texto, segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade, mas de comportamento esperado dentro da gramática de funcionamento de uma determinada prática<sup>5</sup>. Mesmo no interior da prática dos contratos, há de se notar que o cumprimento desse valor exige comportamentos nem sempre idênticos dos contratantes. Em alguns contextos, a segurança exigirá a manutenção da vontade inicialmente externada. Em outros, ela exigirá que as partes renegociem os termos da relação para que o equilíbrio seja reencontrado. Identificar as práticas contratuais que exigem cada uma dessas condutas é o desafio que o intérprete competente desse jogo de linguagem deve assumir para responder com correção os desafios impostos por alterações na realidade econômica do relacionamento estabelecido.

Este não é um texto de metodologia jurídica, de tal sorte que não apresentarei as razões de teoria geral que justificam as categorias normativas utilizadas para o desenvolvimento da questão. Deixarei ao leitor a tarefa de julgar a utilidade dessas categorias a partir dos resultados obtidos, e não a partir de um debate metodológico ou metateórico. Para o leitor mais rigoroso, faço consignar apenas que trabalho na pressuposição de que o direito é uma prática linguística complexa que reúne em seu interior inúmeras práticas igualmente complexas, com gramáticas de funcionamento próprias e apenas relativamente dependentes. Trata-se de uma aceitação da descrição das práticas sociais feitas por Wittgenstein na fase final de seu pensamento. No plano da teoria do direito, adoto o modelo interpretativo de Dworkin, em especial, sua teoria da objetividade dos conceitos interpretativos<sup>6</sup>.

## 1. Segurança jurídica

Nesta seção argumentarei que o conceito de segurança jurídica opera de maneira distinta a depender do contexto no qual é empregado. A intenção é introduzir ao leitor as premissas que explicam a razão pela qual a segurança, em alguns contextos contratuais, exige a manutenção do consenso anteriormente obtido, enquanto em outros, impõe a constante revisão dos termos do relacionamento.

Dentro da tradição da filosofia analítica, os conceitos em geral são determinados a partir de seus contextos de uso. Conceitos, como os de contrato e de segurança jurídica, não são entidades metafísicas que ganham sentido em um plano idealizado, mas entidades utilizadas no interior de certos jogos de linguagem por falantes competentes. Assim, os conceitos jurídicos serão determinados a partir dos contextos nos quais normalmente são empregados pelos profissionais do direito e isso faz com que a maneira pela qual a prática jurídica se desenvolve se torne altamente significativa para a filosofia<sup>7</sup>. Falar

<sup>5</sup> Aqui utilizo o termo gramática no sentido empregado por Wittgenstein na última fase de suas obras, ou seja, para designar o conjunto de regras que confere sentido ao uso das palavras no interior de uma determinada prática linguística. A linguagem é tomada como fenômeno que se modifica no tempo e no espaço, adquirindo sentido no interior do jogo de linguagem no qual é articulada (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 47 e 52). Trata-se de um uso semelhante ao de outros autores quando fazem referência à lógica de funcionamento da linguagem.

<sup>6</sup> Fiz uma defesa metodológica desse modelo em: BIAZEVIC, Juan P. H. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2020. p. 1-88.

<sup>7</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 23 e 27-28.

em segurança jurídica, portanto, exige determinar o contexto no qual os usuários da linguagem o empregam.

Filiar-se à tradição analítica não soluciona, *per se*, as dificuldades na elaboração dos conceitos. Dentro dessa tradição, diversos autores disputam a metodologia correta para a determinação do que conta como fonte de direito e de como elas concorrem para a determinação dos conceitos jurídicos. De forma bastante simplificada, mas útil para a compreensão daquilo que aqui me parece relevante, podemos dividir essa controvérsia em dois grandes grupos. O primeiro, que chamarei de convencionalista, afirma que o critério de correção dos conceitos deve ser feito exclusivamente a partir do uso convencional compartilhado pelos falantes. Nele, o uso do conceito “segurança” será correto sempre que empregado de acordo com a maneira pela qual a maioria das pessoas consensualmente o emprega naquele contexto específico. O segundo, que chamarei de teleológico, afirma não ser possível compreender o contexto de uso sem levar em consideração que a prática jurídica é portadora de uma finalidade que lhe confere sentido. O conceito será bem empregado não apenas quando estiver de acordo com o uso social compartilhado, mas também quando estiver de acordo com os valores que justificaram sua edição. Assim, não se compreende o conceito de segurança jurídica indagando apenas como ele é utilizado pelos falantes competentes, mas também indagando o que o torna especial para a comunidade que o emprega<sup>8</sup>.

Se formos estabelecer uma ideia extremamente genérica de segurança jurídica dentro do contexto contratual, capaz de abarcar de forma suficiente, mas sempre um pouco imprecisa, parcelas grandes da prática, diríamos que segurança jurídica é um valor que impõe a manutenção do comportamento esperado das partes, comportamentos que podem variar entre a imutabilidade de alguns contratos até sua mutabilidade constante. Os tipos de contratos que exigem, em condições ordinárias, uma ou outra postura, é o tema da próxima seção, momento no qual, espero, essa primeira ideia, bastante genérica de segurança, ganhará maior concretude.

## 2. Contratos descontínuos e relacionais

Nesta seção apresentarei dois tipos ideais de contrato: os contratos descontínuos (*discrete*) e os contratos relacionais. A intenção é apresentar as características mais paradigmáticas desses conceitos, permitindo compreender o que os torna valiosos como instrumentos socioeconômicos para a comunidade jurídica. O responsável pelo desenvolvimento da distinção é Ian Macneil<sup>9</sup>. Seus estudos em sociologia dos contratos destacaram a incapacidade das teorias contratuais tradicionais de dar conta do funcionamento de certos contratos, os quais operavam a partir de uma gramática muito distinta e inovadora. Em realidade, o desafio de Macneil às teorias tradicionais era muito mais amplo e não se limitava à denúncia de que elas não eram capazes de lidar com os contratos relacionais.

<sup>8</sup> O rótulo aqui empregado é muito amplo e abarca autores pós-positivistas, defensores do direito natural contemporâneo e interpretativista. Na ordem, MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 263-4; FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-18; DWORIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 48-68.

<sup>9</sup> Uma boa reconstrução histórica do desenvolvimento da teoria pode ser encontrada em: CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In: MACNEIL, Ian R. *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001. p. 3-58.

A crítica do autor era metodológica e partia da premissa de que essas teorias não levavam em consideração, na profundidade que era exigida, o papel da sociedade e da economia na elaboração dos conceitos para a completa compreensão da prática contratual<sup>10</sup>. Esse ponto, embora importante, não é necessário para o argumento que aqui tento desenvolver.

Toda classificação entre categorias deve sempre ser precedida da seguinte questão: qual a relevância da distinção proposta? O Estado assumiu a tarefa de proteger e, se necessário, fazer cumprir coativamente os contratos que são considerados valiosos pelos membros de uma comunidade. A prática contratual, contudo, é internamente complexa e reúne diversos modelos de troca que não comportam uma estruturação única de funcionamento. A tarefa de proteger e fazer valer os contratos tal como celebrados pressupõe a capacidade de compreender cada uma das diversas e distintas instâncias dos contratos em seus pormenores. Nem todos os contratos operam internamente da mesma maneira e é exatamente essa distinção na gramática de funcionamento que as categorias normativas “contratos descontínuos” e “contratos relacionais” buscam destacar. O sistema jurídico, incapaz de dar conta do funcionamento real de seus contratos, perde muita legitimidade na tarefa de adjudicação de direitos<sup>11</sup>. Os sistemas, se tiverem as pretensões da legitimidade e da eficiência, devem ser capazes de compreender por completo os contextos, as convenções e os valores que fornecem sentido a cada instância da prática contratual<sup>12</sup>.

Tomarei inicialmente como paradigma de contrato descontínuo o contrato de compra e venda de um bem não perecível. Imagine um contrato para a aquisição de cadeiras de jantar. Comprador e vendedor, após uma breve negociação, celebram contrato no qual ficam definidos: o preço; a cor; o material; a quantidade; a forma de pagamento; o prazo e o local para entrega. Ultimada a troca, com a entrega do dinheiro e das cadeiras, o contrato se extingue pelo adimplemento. O comprador, precisando de mais cadeiras, deverá celebrar novo contrato, que ficará sujeito a uma nova negociação independente da primeira. É nesses termos que os contratos descontínuos podem ser considerados: (a) impessoais; (b) presentificadores; (c) envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas; e (d) requererem o mútuo consentimento:

*O contrato é (a) impessoal, porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria. Nele não se confere nenhuma importância à qualidade das partes contratantes, bastando sua simples subsunção ao conceito geral de sujeito de direitos. O contrato*

<sup>10</sup> Como Macneil esclareceu no prefácio à edição brasileira de “O Novo Contrato Social”, não se teoriza sobre contratos sem perceber o contexto no qual se inserem as transações e as relações relevantes para o vínculo, sendo certo que “uma análise contextual combinada das relações e transações é mais eficiente e produz um resultado analítico final mais completo e certo do que o obtido quando se começa por uma análise não-contextual das transações” (MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. xiv.). Para uma análise mais detida da crítica e das limitações da alternativa proposta por Macneil, vide BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 131-6.

<sup>11</sup> MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 102.

<sup>12</sup> COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 3. Como afirmei em outra ocasião: “Ignorar a esfera cooperativa, mantendo as teorizações contratuais exclusivamente centradas na ideia de trocas de promessas previamente definidas, importaria dois equívocos graves: (a) no plano metodológico, seria uma descrição incompleta de parcelas relevantes da prática; e (b) no plano da efetividade da jurisdição, quando da interpretação e da aplicação do direito em caso de desacordo, importaria a aplicação de remédios jurídicos incompatíveis com aquilo que efetivamente as partes estavam fazendo” (BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 130-131).

é (b) *presentificador*, pois busca planejar no presente imediato os comportamentos futuros das partes, prevalecendo a ideia de que ele deve ser mantido dentro do contexto consagrado do *pacta sunt servanda*. A concepção de (c) *barganha instrumental* busca refletir a presunção de que as partes agiram, durante as negociações, de forma egoísta e individualista na busca da realização de seus próprios interesses econômicos, excluindo-se a premissa de que as partes atuavam de forma cooperativa ou solidária. Finalmente, (d) a ideia de *mútuo consentimento* recorda que a autonomia da vontade é a fonte criadora desses vínculos<sup>13</sup>.

O paradigma descontínuo é o paradigma tradicional, típico dos modelos de troca manufatureiro e de massa. Os contratos descontínuos são relevantes porque, ao mesmo tempo: (a) permitem algum tipo de cooperação simples; e (b) dispensam a necessidade de desenvolver relacionamentos profundos entre as partes, promovendo um tipo de distanciamento pessoal (*personal detachment*) necessário para o pleno exercício da liberdade<sup>14</sup>. O nível de confiança que se estabelece entre as partes aqui é o trivial: a confiança de que a outra parte, dentro de um curso racional mais básico, não irá descumprir o contrato, pois existem consequências jurídicas para o descumprimento<sup>15</sup>.

Tomarei como paradigma de contrato relacional um contrato para o desenvolvimento de tecnologias. Duas empresas que se associam contratualmente para pesquisar e desenvolver novas tecnologias não são capazes, *ex ante*, de determinar por completo o que será descoberto, os métodos necessários para o desenvolvimento das pesquisas ou como reagirão aos avanços tecnológicos alcançados por terceiros ou pelos concorrentes. O que o contrato celebrado cria é um tipo de comportamento cooperativo de longo prazo que se modifica continuamente a depender de circunstâncias futuras imprevistas ou previsíveis muito genericamente. O sucesso do contrato depende do estabelecimento de um nível profundo de confiança capaz de facilitar a cooperação e a interdependência, mediado por cláusulas internas e abertas que, longe de definir com clareza o que cada parte deve realizar, regulam um processo de contínua renegociação. Diversas são as características que afastam esse tipo de contrato da lógica tradicional dos contratos liberais, em especial:

(a) *Os elementos constitutivos dos contratos se tornam mais flexíveis, pois questões como preço, quantidade, qualidade e entrega sofrem*

<sup>13</sup> BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 141. Esse é um resumo desenvolvido a partir da análise de Ronaldo Porto Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-93).

<sup>14</sup> O argumento aqui é o desenvolvido por Dori Kimel para justificar a importância moral da prática contratual (KIMEL, Dori. *From promise to contract: Towards a liberal theory of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 78-80). Kimel, contudo, apresenta esse argumento de forma ampla, para justificar a totalidade da prática contratual, nela incluindo os contratos relacionais (KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007). Essa ampliação não me parece adequada, pelo simples motivo de que não é metodologicamente correto buscar uma única justificativa moral unificadora para práticas sociais complexas. A pluralidade das práticas pode exigir – e normalmente exige – a articulação de diversos valores de justificação, valores nem sempre coincidentes.

<sup>15</sup> O argumento não é o da impossibilidade do desenvolvimento de relações de confiança profunda entre contratantes, mas o de que esse desenvolvimento não é uma característica paradigmática necessária para o desenvolvimento da prática contratual. A estrutura jurídica permite, nos casos paradigmáticos, que uma parte confie na outra, mesmo desconhecendo seus atributos pessoais ou em contextos nos quais é pouco provável conhecer esses atributos (KIMEL, *op. cit.*, p. 57-60).

*mutação constante. (b) Essa mutabilidade torna impossível prever todas as contingências contratuais para o futuro, colocando em xeque a própria utilidade das cláusulas gerais nas quais as teorias neoclássicas se fiam para a solução desses imprevistos. (c) O contrato adquire uma dimensão processual, na forma de um jogo reflexionante que produz in fieri a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. (d) Os termos do contrato ficam sujeitos a readequações constantes durante a vigência, através da previsão de processos institucionais pelos quais os termos da troca e do ajuste serão especificados no curso do adimplemento. Finalmente, (e) os contratos não mais se limitam a estabelecer trocas entre sujeitos de direito, mas a estabelecer complexos processos de cooperação, solidariedade e confiança<sup>16</sup>.*

Dois pontos desafiam de forma mais direta os modelos contratuais tradicionais para a compreensão desse tipo de contrato: o papel do consentimento e a flexibilidade dos termos do contrato. As teorias tradicionais trabalham na premissa de que o consenso é capaz de determinar de forma bastante clara os limites das obrigações assumidas, ainda que se reconheça algum nível endêmico de incompletude. No modelo relacional, o consentimento apenas desencadeia um relacionamento, mas não é capaz de definir seus pormenores futuros. Isso naturalmente invoca a questão da flexibilidade dos termos do contrato, flexibilidade que é interna ao vínculo celebrado e está presente na expectativa legítima dos contratantes<sup>17</sup>. Por exemplo, imagine que o contrato celebrado entre duas fabricantes de *smartphones* vise desenvolver tecnologias para telas desses aparelhos. Cientes de que telas maiores e com maior resolução consomem mais energia, o contrato envolve necessariamente pesquisas em baterias. Passados alguns anos, a despeito das evoluções que os parceiros realizaram, um terceiro desenvolve uma nova tecnologia que, simultaneamente: (a) aumenta a capacidade das baterias em um percentual capaz de suportar telas melhores; e (b) torna completamente obsoleta a pesquisa realizada pelas partes. O comportamento que se espera das partes do contrato é, uma vez modificada a realidade tecnológica, a imediata modificação da avença. Não faz mais sentido investir em uma tecnologia obsoleta e de menor eficácia. Aqui, o relacionamento se transforma ou se extingue. As partes terão de compartilhar os prejuízos decorrentes do insucesso de suas pesquisas, da mesma forma que compartilhariam os lucros caso fossem as responsáveis pela revolução tecnológica.

Nesses termos, o que torna os contratos relacionais importantes é a capacidade de estabelecer um tipo de cooperação profunda, que está fundada em um nível de solidariedade e confiança mais elevado. Ao contrário dos contratos descontínuos, nos quais o distanciamento pessoal é preservado como ferramenta de facilitação de trocas, nos relacionais a gramática do contrato pressupõe um tipo de solidariedade orgânica que envolve não só a constante troca de informações, mas o compartilhamento dos aspectos positivos (benefícios) e os aspectos negativos (ônus) do relacionamento<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 142. Novamente, esse é um resumo desenvolvido a partir da análise de Ronaldo Porto Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 87-89).

<sup>17</sup> MACNEIL, *op. cit.*, p. 50-51.

<sup>18</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 140-141.

A distinção entre os tipos ideais descontínuos e relacionais permite criar uma métrica entre os comportamentos esperados dos contratantes. A importância do espectro é perceber que contratos reais poderão ocupar, dependendo de suas características e das expectativas sociais neles envolvidas, lugares distintos. No extremo da descontinuidade estarão localizados os comportamentos altamente competitivos entre as partes, enquanto no outro extremo, teremos os comportamentos altamente cooperativos. O tipo ideal do contrato descontínuo será aquele no qual a relação entre as partes se limita a uma troca: uma parte entrega um produto ou serviço especializado, enquanto a outra entrega normalmente o seu equivalente em dinheiro<sup>19</sup>. O tipo ideal do contrato relacional é aquele no qual as partes, tal como ocorre em um casamento, decidem estabelecer um projeto de relacionamento. O acordo celebrado é o de cooperar para o sucesso de um empreendimento conjunto, ainda que não seja possível antever, desde o início, as contingências que serão enfrentadas. O consenso não definirá os pormenores do contrato, mas as bases sobre as quais o relacionamento se desenvolverá<sup>20</sup>. No mundo real, por exemplo, um contrato de plano de saúde ocupará uma posição intermediária nessa métrica. Explorei em outro trabalho como o dever cooperativo permite ampliar o rol de coberturas obrigatórias para além dos termos do contrato e da regulação, desde que respeitados certos pressupostos de custo-efetividade determinados pela economia da saúde<sup>21</sup>. Em outros temas, contudo, a cooperação não se fará presente na mesma intensidade, como ocorre na determinação do preço devido ou na amplitude da rede de atendimento. Neles, a disparidade de forças se faz mais presente e ao usuário resta apenas aceitar ou rejeitar os modelos de adesão predispostos pela operadora. Esse exemplo revela a importância de compreender cada instância contratual a partir de seus pormenores contextuais, determinando com precisão quais são os elementos dos contratos que impõem comportamentos cooperativos. Retomarei esse ponto na próxima seção.

Como tudo o que foi dito na presente seção se relaciona com a ideia de segurança jurídica? Em regra, a segurança jurídica imporá comportamentos distintos a depender do tipo de contrato em análise. Recordando que aqui trabalho com o conceito de segurança como manutenção do comportamento esperado, há de se reconhecer que, em situações normais, a segurança exigirá a manutenção dos termos do contrato se ele for do tipo descontínuo e a imediata renegociação se for do tipo relacional. A revisão contínua e injustificada de contratos descontínuos gera insegurança, porque as pessoas não mais serão capazes de planejar seus comportamentos futuros e não confiarão que o planejamento instrumentalizado em seus contratos terá alguma validade. A imutabilidade do

<sup>19</sup> Aqui há de se fazer duas notas. Inicialmente, o simples fato de um contrato se prostrar no tempo não o desqualifica como contrato descontínuo. Por exemplo, nos contratos de fornecimento de energia por demanda contratada, embora o contrato tenha longa vigência, os termos da troca são simples: dinheiro e energia. Neles não se observa qualquer tipo de relacionamento profundo que o aproxime do outro polo da relação. Ademais, afirmar que o comportamento é altamente competitivo não envolve sustentar que entre as partes se desenvolve um tipo de vale-tudo sem regras. Os limites legítimos da competição são normativamente mediados e socialmente construídos. Nossas práticas contratuais não dispensam um mínimo cooperativo mesmo no extremo da descontinuidade, razão pela qual Macneil tentou (incorretamente) desenvolver toda uma teoria contratual centrada na ideia de cooperação. Exemplo desse dever de cooperação, reconduzível ao conceito de boa-fé objetiva, se localiza no dever de informação no momento da celebração do contrato.

<sup>20</sup> Perceba o leitor que o comportamento cooperativo nesses tipos de relacionamento, como algo digno de tutela jurídica, é imposto também externamente. Em contratos de planos de saúde, por exemplo, os deveres cooperativos dispensam por completo a anuência subjetiva dos contraentes, de tal forma que eles serão um padrão de comportamento imposto ainda que as partes desejem adotar comportamentos oportunistas desde o início.

<sup>21</sup> BIAZEVIC, *op. cit.*

contrato relacional gera insegurança, pois impede a adaptação da cooperação às novas circunstâncias, frustrando o sucesso do relacionamento. Note, portanto, que a compreensão do conceito de segurança não depende apenas do contexto de uso (descontínuo ou relacional), mas também dos valores que busca realizar (um juízo de natureza moral de que é importante proteger o comportamento esperado pelos contratantes).

### 3. Interpretando contratos relacionais

Na seção anterior afirmei que cada instância contratual deve ser compreendida a partir de seus “pormenores contextuais”. Com isso, quero destacar a necessidade de compreender as relações contratuais não como um vínculo estabelecido no vácuo entre dois sujeitos de direito, mas como um vínculo estabelecido no interior de um complexo conjunto de determinantes de natureza econômica, social e moral. A intenção desta seção, portanto, é destacar como a dimensão das práticas sociais, dos valores morais, que fornecem sentido a essas práticas, e dos determinantes econômicos interagem na compreensão da forma pela qual a prática contratual deve operar<sup>22</sup>. Essa é uma afirmação que se aplica indistintamente aos contratos descontínuos e aos relacionais, mas que adquire maior complexidade nestes em razão da incompletude e flexibilidade que lhes é inerente. Como Macneil anota, a interpretação em contratos relacionais exige que os estudiosos se tornem algo mais - antropólogos, sociólogos, economistas, teóricos políticos e filósofos - para fazer jus às questões levantadas pelas relações contratuais<sup>23</sup>. Para a infelicidade dos que buscam respostas claras e definidas para todos os problemas, as respostas alcançadas “tendem a ser confusas e abertas à consideração, fazendo com que as pessoas hesitem ao tentar resolver o que fazer”<sup>24</sup>.

Se os conceitos jurídicos são construídos a partir do contexto no qual são empregados pelos falantes, isso significa afirmar que interpretar contratos exige a seleção do material contextual relevante para a compreensão da conduta das partes, inclusive e principalmente, a estrutura econômica subjacente. Afinal, já que a troca é um evento econômico, os pormenores econômicos que a condicionam devem ser compreendidos por completo. No exemplo da pesquisa de tecnologia utilizado na seção anterior, imagine que o contrato, como meio para a pesquisa em telas, envolva o aporte de capital periódico para as pesquisas em baterias. Um dos parceiros, em razão da tecnologia disruptiva criada pelo terceiro, deixa de realizar o pagamento na data acertada no contrato. Note que a falta de pagamento, embora o contrato celebrado preveja o pagamento periódico, foi consequência direta do fato de que a pesquisa se tornou obsoleta e não faz mais sentido investir em algo que não trará retorno econômico. Houve descumprimento contratual? Uma leitura superficial do contrato, típica das relações descontínuas, levaria à afirmação de que houve o descumprimento do contrato, pois ele previa o pagamento em uma certa data e isso não ocorreu. Contudo, interpretar um instante do longo relacionamento de forma isolada de toda sua estrutura de sustentação é ignorar o contexto do vínculo formado. É muito comum, quando o dissenso se instala entre os parceiros, a escolha de fatos isolados, normalmente fatos que estão em desacordo com alguma das cláusulas do contrato, para

<sup>22</sup> MACNEIL, *op. cit.*, p. xiv.

<sup>23</sup> MACNEIL, *op. cit.*, p. 68.

<sup>24</sup> MACNEIL, *op. cit.*, p. xix.



imputar ao outro a causa primeira do descumprimento. Na lógica relacional, contudo, é esperado que o comportamento das partes se altere à medida que se altera a realidade, mesmo em contrariedade ao que dispunha o primeiro instrumento escrito. A divergência entre o comportamento de uma das partes e o disposto no contrato, *per se*, não pode ser tomada como comprovação do descumprimento, mas deve ser compreendida dentro do grande contexto da realidade possível de desenvolvimento da relação. No caso, o intérprete deve ser capaz de distinguir entre o descumprimento das cláusulas do contrato que mina o relacionamento e o “descumprimento” que é consequência necessária para a própria manutenção do vínculo relacional.

Considerando que o direito privado também é direito, os valores morais que conferem sustentação à prática contratual condicionam e limitam a liberdade das partes na articulação de seus interesses econômicos<sup>25</sup>. O contexto da troca, porque o direito é uma prática dotada de um propósito moral, deve ser compreendido a partir do que a torna importante aos contratantes e à comunidade<sup>26</sup>. O contrato não é apenas um instrumento de troca no mercado. Ele é instrumento socialmente relevante e tem sua juridicidade mantida a partir de critérios de moral política, ou seja, a partir de uma rede complexa de expectativas, valores, costumes e processos comunicativos que revelam a relevância que lhes é dada pelos contratantes e pela comunidade. Se os valores morais são importantes para a compreensão desse vínculo, há de se recordar quais são os valores que tornam a prática contratual relacional importante. O ato relacional de contratação também é a concreção de um ato de liberdade, mas a liberdade aqui é moldada por um conjunto de expectativas sociais que se forma por referência aos conceitos de cooperação, solidariedade e confiança<sup>27</sup>. Ainda no exemplo do parágrafo anterior, afirmar que a falta de pagamento violou os termos do contrato é utilizar um conjunto de valores de justificação típica dos contratos descontínuos para lidar com uma prática contratual que invoca valores relacionais. O equívoco dessa interpretação não se limita, portanto, à seleção do material relevante, mas também alcança a compreensão valorativa que esse material deve receber.

A dimensão das práticas sociais, dos valores morais que fornecem sentido a essas práticas e dos determinantes econômicos se mesclam na forma pela qual a prática contratual operará. A categoria normativa que busca dar conta da complexidade imposta pelo contextualismo é a da boa-fé objetiva. Esse é um conceito que, tal como ocorre com os conceitos jurídicos em geral, deve ser construído a partir da dupla dimensão do contexto de uso e dos valores morais que o justificam. A boa-fé, em contextos relacionais, é do tipo

<sup>25</sup> Esta não é uma afirmação que autorize uma intervenção ampla e injustificada na esfera daquilo que foi acordado entre as partes. Há de se ter em mente que a possibilidade de intervenção pressupõe um juízo moral prévio de que a autonomia privada, naquele contexto, deve ser limitada por outro valor mais relevante. A quantidade de liberdade individual para o estabelecimento de regras dependerá, portanto, de um juízo de natureza moral realizado pela comunidade, a partir, por exemplo, da importância social do setor ou da disparidade de forças entre as partes dos contratos.

<sup>26</sup> O leitor familiarizado com Dworkin perceberá aqui a presença de sua metodologia interpretativa em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. A primeira é a da identificação dos paradigmas e dos materiais relevantes. A segunda é a da justificação desses paradigmas a partir de um propósito de moral política. A terceira é aquela através da qual o intérprete ajusta sua compreensão sobre aquilo que a prática realmente exige (DWORKIN, *op. cit.*, p. 65-68). As afirmações sobre o contexto econômico são afirmações que concorrem para a determinação do material que conta como relevante na etapa pré-interpretativa. As afirmações sobre os valores que justificam e conferem sentido à prática se localizam na etapa interpretativa.

<sup>27</sup> Aqui cooperação é tomada como a conduta de se associar com outro para benefício mútuo, partilhando os benefícios e os ônus do relacionamento. Solidariedade é um conceito mais amplo, fazendo referência a um julgamento externo ao vínculo entre as partes a partir do contexto social que o sustenta. Finalmente, a ideia de confiança decorre da solidariedade e envolve a noção de não exploração, ou seja, a ideia de que nenhuma das partes explorará a vulnerabilidade da outra (MACEDO JUNIOR, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 140-148).

que impõe às partes comportamentos cooperativos, adjetivando de ilícita a conduta do mero maximizador de riqueza individual. Esse ponto é importante e merece atenção. As partes ingressam em contratos porque acreditam que obterão algum tipo de benefício. No contrato relacional, a cooperação é o instrumento pelo qual ambas as partes almejam receber o benefício esperado. Quando uma das partes se comporta de maneira oportunista, como mero maximizador de riqueza, ela viola a gramática de funcionamento do contrato, violando, por consequência, o padrão geral de conduta imposto pela boa-fé objetiva. Essa gramática tem fonte social e ingressa no contrato ainda que uma das partes não a deseje. Relacionamentos impõem comportamento cooperativo e não há manifestação de vontade capaz de afastar essa característica. É nesses termos que a boa-fé objetiva serve como padrão de correção da conduta concreta de cada uma das partes do relacionamento. Ela será a categoria normativa que será invocada para justificar a recondução das coisas a um padrão aceitável de comutatividade. Como resultado disso tudo, as partes não podem atuar como meras maximizadoras de riqueza individual, paradigma típico dos contratos descontínuos, mas como agentes comprometidos com a preservação do relacionamento e com a harmonização dos conflitos que surgirem durante o vínculo. Em especial, na adversidade, momento no qual o relacionamento é verdadeiramente testado e as partes devem ser capazes de rever suas posições e partilhar os prejuízos suportados. Uma não pode se aproveitar de sua superioridade econômica para impor à outra uma perda desproporcional aos riscos assumidos, reduzindo seu próprio prejuízo e transferindo-o parcialmente à outra.

#### 4. Revisando contratos relacionais: shopping centers em tempos de pandemia

Apontar concretamente um único padrão para a revisão de todos os contratos relacionais é tarefa fadada ao insucesso. Cada relacionamento se apresenta com suas próprias características e o máximo que se pode fazer é apontar alguns caminhos de investigação. Em linhas muito gerais, a determinação do padrão de correção de conduta exige compreender o papel de cada parte, a posição de poder, a reciprocidade entre as obrigações assumidas, o planejamento e a flexibilidade, tudo mediado não só pelos valores da confiança, solidariedade e da cooperação, mas também pelos valores sociais que envolvem e sustentam o vínculo<sup>28</sup>. Em realidade, as partes, pretendendo solucionar o dissenso com a intervenção de um terceiro – judiciário ou arbitragem –, deverão assumir o ônus de demonstrar as características relevantes do relacionamento criado, seus pormenores econômicos e apontar as alternativas possíveis de readequação razoável. É certo que a judicialização da questão é forte indício de abalo no relacionamento. Nos contratos sem prazo determinado, como no paradigma do desenvolvimento de tecnologias, a solução provável é o desfazimento do vínculo, com a eventual judicialização de algum debate quanto aos termos do desfazimento, em especial, a partilha dos prejuízos. Contudo, há contratos relacionais com prazo, como os contratos de locação de espaço em *shopping center*, e neles, as partes podem se ver obrigadas a manter o relacionamento, ainda que a contragosto. Como readequar esse tipo de vínculo? O objetivo desta seção é tentar tornar um pouco mais concretas as ideias abstratas que até agora apresentei.

<sup>28</sup> FEINMAN, Jay M. *Relational contract and default rules*. Southern California Interdisciplinary Law Journal, Los Angeles, v. 3, p. 43-58, 1993. p. 56-58.

O contrato de locação em *shopping center* deve ser compreendido como uma instância de contrato relacional. A esfera cooperativa está presente na compreensão de que o resultado econômico pretendido por todos – cada um dos lojistas e o proprietário do centro de compras – depende da cooperação conjunta, cada um desempenhando papéis previamente determinados e predispostos para a majoração coletiva dos resultados econômicos. É incorreto assumir a premissa de que o proprietário pretende lucrar tão só com a locação, extraíndo do locatário a maior quantia possível a título de remuneração e abandonando-o à própria sorte para fruir economicamente do espaço. A gramática de funcionamento do contrato exige compreender que a conduta esperada é a colaborativa, no sentido de que é do interesse de ambos o sucesso financeiro do parceiro (o proprietário se remunera em parte do faturamento do locatário e o locatário aumenta seu faturamento quando localizado em um bom centro de compras). A própria compreensão desse vínculo dentro de uma dicotomia proprietário-locatário parece-me incompleta, pois a redução do conjunto dos contratos a pequenos vínculos isolados tende a ignorar que o empreendimento deve ser compreendido a partir da relação econômica complexa que une o conjunto dos locatários e o empreendedor<sup>29</sup>.

Afirmar que a cooperação é o padrão esperado do contrato relacional não é afirmar que nesses vínculos não existem disparidades de poder entre os envolvidos. A maior parte das trocas se estabelece dentro de relações de poder, sendo poucos os contratos que são firmados entre pessoas técnica e economicamente iguais. Na esfera dos contratos, embora o direito aparente tentar controlar o vínculo, as verdadeiras fontes de poder são as socioeconômicas<sup>30</sup>. No exemplo que aqui exploro, o poder que o proprietário do *shopping center* possui de planejar e organizar o conjunto das lojas que serão reunidas no espaço, o chamado *tenant mix*, é concreção dessa posição. Esse é um poder que está reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>31</sup>, mas que comporta controle pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Dito de outra forma, o exercício desse poder comporta revisão pela gramática cooperativa do vínculo relacional. O poder conferido ao proprietário para organizar o empreendimento não autoriza a imposição de obrigações desproporcionais capazes de abalar a comutatividade esperada para o vínculo. Nossas práticas contratuais, por exemplo, reconhecem como válidas as cláusulas que impõem a filiação do locatário à associação de lojistas, ao pagamento do fundo de promoção do empreendimento, o rateio das despesas comuns de condomínio, o pagamento de aluguel fixo pelo espaço utilizado e de um percentual nos negócios concretizados, a redução dos poderes do locatário de ceder o contrato ou o controle societário da loja, a imposição da exploração de um certo ramo de atividade, bem como a cláusula de raio (não ter outra loja semelhante nas proximidades do empreendimento). Essas obrigações todas são impostas pelo poder do proprietário de organizar o empreendimento conjunto, mas

<sup>29</sup> É o que destaca a doutrina nacional, mas sob o modelo analítico dos contratos em rede: “O fato do contrato isoladamente considerado integrar uma rede de contratos interfere na sua interpretação e qualificação. A causa dos contratos individualmente firmados está imbricada à causa supracontratual da rede de contratos: a função econômica do contrato firmado entre empreendedor e lojista é a criação, manutenção e desenvolvimento da empresa de conjunto. O resultado prático pretendido pelas partes é a integração do estabelecimento empresário-lojista no shopping, para que ele pratique sua atividade empresarial beneficiado pelas vantagens de integrar o centro, estrutura criada e mantida pelo empreendedor, também na prática de sua atividade empresarial” (BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111).

<sup>30</sup> MACNEIL, *op. cit.*, p. 54-55.

<sup>31</sup> Art. 54, *caput*, da Lei nº 8.245/1991.

se inserem – e adquirem juridicidade em razão dessa inserção – dentro da estrutura esperada para o funcionamento do empreendimento, como instrumento para o sucesso econômico de todos os envolvidos. Essa é a chave para a compreensão da esfera legítima do exercício da posição de poder.

A pandemia representa um desafio particularmente importante para o funcionamento dessa realidade econômica. Diversas medidas impostas pelo poder público impediram o funcionamento ordinário dos centros de compras. Mesmo a possibilidade de funcionamento em horário reduzido não foi capaz de minorar o impacto econômico da pandemia, em especial, pela mudança dos hábitos de consumo dos antigos frequentadores. Na prática, esses empreendimentos deixaram de operar total ou parcialmente, não mais apresentando os resultados econômicos minimamente esperados<sup>32</sup>. As causas do abalo econômico decorrem de força maior (pandemia) e, de fato, do príncipe (restrições de funcionamento impostas pelo poder público), modificando por completo todo o planejamento econômico dos contratantes. O abalo da realidade é global, no sentido de que não se trata de um problema econômico que atingiu particularmente um locatário, mas a totalidade dos empreendedores (locador e locatários) que ali se uniram para explorar o mercado. Como a gramática relacional se presta a solucionar o problema?

Dois são os pontos relevantes nessa esfera. O primeiro é o de que os contratantes ingressaram no relacionamento para compartilhar os resultados da exploração do mercado, quer se trate de resultado desejado (lucro), quer se trate de indesejado (prejuízo). O segundo é o de que os relacionamentos, a despeito das regras dispostas nos instrumentos contratuais, devem ser flexíveis o suficiente para se adaptar aos desafios impostos pela exploração do mercado. Embora a pandemia provavelmente não tenha previsão no contrato, é da gramática relacional que as circunstâncias imprevistas não tenham sido tratadas contratualmente em seus pormenores. O que é importante perceber é que a gramática do contrato impõe a capacidade de adaptação a circunstâncias que apenas podem ter sido genericamente previstas no instrumento contratual, mas que se tornarão concretas nas mais variadas e inesperadas formas. Nesses termos, porque as partes devem compartilhar os prejuízos suportados e, se necessário, modificar as obrigações reciprocamente assumidas para equacionar esses prejuízos, há de se ter em mente que em uma crise dessa proporção o instrumento escrito entre as partes não possui a mesma eficácia do que em outros contextos. Qualquer solução concreta para a partilha do prejuízo deve ser proporcional aos riscos assumidos por cada uma das partes, sem que se cogite que uma delas, em abuso de seu maior poder de negociação, se comporte de maneira oportunista para carrear a monta do prejuízo em maior proporção às demais. Nesses termos, o comportamento oportunista do proprietário do *shopping center*, de transferir de forma mais severa o prejuízo suportado aos locatários em geral, ou a algum locatário em particular, viola o padrão socialmente compartilhado de conduta correta nesse contrato.

<sup>32</sup> Como publicado pela imprensa, locatários relataram “vendas médias 90% inferiores às de antes da pandemia”. Um proprietário de oito lojas de bijuterias afirmou “que ficou sem fazer uma única venda por três dias em uma das lojas. ‘As vendas não estão cobrindo nem mesmo as despesas com funcionários’”. Ainda segundo a reportagem, a situação se mantinha ainda preocupante, mesmo com a ampliação do horário de funcionamento de quatro para seis horas diárias. “Para Wagner Simões, que tem um quiosque da Casa de Bolos no Shopping Center 3, na avenida Paulista, ficou pior após a ampliação do horário. Seus custos fixos aumentaram; as vendas, não. ‘Quando as lojas estavam funcionando por quatro horas, eu conseguia revezar com funcionários de uma outra unidade. Agora, fica mais difícil’, afirma. ‘Acabo vendendo apenas para os funcionários do próprio shopping’” (JAKITAS, Renato. Com shoppings vazios, comerciantes abrem lojas para faturar R\$ 50 por dia. *Estadão*, São Paulo, 12 jul. 2020. Economia. Disponível em: <https://bit.ly/3cND8jA>. Acesso em: 29 set. 2020).

Essa última observação é importante também por outro motivo. Imagine que o contrato celebrado entre as partes possua uma cláusula impondo que os ônus financeiros decorrentes de força maior ou fato do príncipe, ainda que acarretem uma impossibilidade global do exercício da atividade econômica, correrão sempre por conta dos locatários. Imagine, portanto, que o contrato imponha ao locatário a obrigação de adimplir integralmente todas as obrigações assumidas mesmo em um contexto de pandemia. Na prática, isso significa afirmar que os riscos da impossibilidade do funcionamento podem ter sido distribuídos de forma desigual entre as partes do contrato. É certo que o proprietário do *shopping center* sofrerá perda econômica, em especial, pela diminuição da remuneração que decorre do percentual do faturamento do locatário. Também é certo que algumas obrigações do locatário, em especial as relativas ao rateio das despesas para a manutenção da coisa, serão devidas. O ponto que gera dissenso, contudo, é outro: a obrigação do locatário de adimplir mensalmente o aluguel fixo pelo simples fato de ocupar um espaço físico no interior do estabelecimento. A manutenção integral dessa obrigação tem o potencial, a depender do contexto no qual o contrato foi estruturado, de distribuir os riscos do empreendimento de forma desigual, sobrecarregando em demasia o locatário e imunizando parte bastante razoável dos riscos do proprietário. Essa cláusula é válida? Aqui parece-me haver a possibilidade de quebra da comutatividade esperada no contrato. A completa compreensão dessa afirmação pressupõe recordar alguns temas que tratei no início deste trabalho.

A justiça comutativa é princípio estruturante do direito dos contratos que exige a manutenção de alguma forma de equilíbrio nas trocas. Essa é uma afirmação genérica que exige concreção a partir da dupla dimensão do contexto de uso e dos valores morais que tornam a prática contratual digna de tutela jurídica. Não é possível compreender o que a comutatividade exige sem destacar o contexto de uso do conceito (a prática contratual relacional dos contratos de locação em *shopping center*) e os valores morais que lhe conferem juridicidade (a cooperação como mecanismo de exploração do mercado). A esfera cooperativa não exige que os riscos sejam partilhados previamente na mesma proporção, mas exige que eles sejam divididos dentro de padrões minimamente razoáveis dentro das regras ordinárias de mercado. O que isso significa na prática é matéria de prova a ser analisada empiricamente. A demonstração desse padrão de normalidade é importante por outro motivo. É bastante razoável sustentar que o equilíbrio do contrato relacional, com a divisão dos prejuízos suportados, deve ser feito na mesma proporção da divisão dos lucros. Em outros termos, a mesma estrutura contratual para a divisão dos lucros deve estar presente para a partilha dos prejuízos. Um modelo contratual que majore a participação do proprietário nos momentos de sucesso, mas a minore nos momentos de insucesso, é sério candidato ao rótulo da abusividade. A gramática de funcionamento do contrato exige a manutenção de alguma forma de equilíbrio entre esses dois instantes e isso se impõe externamente ao contrato, como um padrão social de correção que independe da vontade das partes. Aquele que tem maior participação na obtenção do lucro também deve participar na mesma proporção na partilha do prejuízo. Nossas práticas sociais não admitem que se explore o mercado transferindo a terceiros o risco da atividade desempenhada. Há sensível quebra na comutatividade quando a parte com maior poder de negociação se reserva o direito de, simultaneamente, auferir os lucros da operação e transferir os riscos do prejuízo.

Fica claro, portanto, que não é difícil apontar, em abstrato, as características relacionais de um certo contrato, mas é praticamente impossível destacar, em concreto,

como realizar reequilíbrios contratuais sem ter acesso aos pormenores empíricos que caracterizam o desenvolvimento de cada relacionamento. O máximo que se pode sugerir, *ex ante*, é algum tipo de divisão equitativa dos prejuízos, na proporção dos investimentos realizados e dos riscos normalmente assumidos. Ir além disso depende da concreta compreensão dos pormenores socioeconômicos do contrato relacional.

## 5. Conclusões

Podemos imaginar que os contratos, nos vínculos descontínuos e nos relacionais, passarão doravante a disciplinar as consequências de uma pandemia. Há de se esperar, em especial, nas situações de disparidade de forças, que uma das partes imponha cláusula que a proteja das consequências do evento, transferindo à outra os riscos. A legalidade dessa transferência, como tudo na esfera dos contratos, deverá ser analisada a partir de critérios de comutatividade. Uma pergunta relevante nesse tipo de situação será a seguinte: a parte a quem foi atribuído o risco recebeu algum tipo de contraprestação pela assunção ou essa cláusula representa a imposição de algum tipo de ônus desproporcional ao contexto da troca? Compreender essa relação de comutatividade exigirá compreender o tipo de comportamento esperado entre as partes, distinguindo não só as relações de poder, mas também o tipo de vínculo estabelecido (descontínuo ou relacional). Essa complexa investigação é importante para a segurança contratual, em especial porque, como tentei ilustrar com os argumentos acima expostos, segurança não é sinônimo de imutabilidade. Esse conceito, como conceito interpretativo, exige a manutenção dos comportamentos esperados, juízo de valor que considera de forma apenas relativa a intenção das partes, mas que também invoca um padrão de correção exterior e socialmente construído. A revisão do contrato em alguns contextos, portanto, longe de gerar insegurança jurídica, pode ser a própria realização concreta do princípio.

## Referências

- BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BERTRAN, Maria Paula Costa. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Edusp, 2015.
- BIAZEVIC, Juan P. H. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In: MACNEIL, Ian R. *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001.
- COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FEINMAN, Jay M. Relational contract and default rules. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 3, p. 43-58, 1993.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JAKITAS, Renato. Com shoppings vazios, comerciantes abrem lojas para faturar R\$ 50 por dia. *Estadão*, São Paulo, 12 jul. 2020. Economia. Disponível em: <https://bit.ly/3cND8jA>. Acesso em: 29 set. 2020.

KIMEL, Dori. *From promise to contract: Towards a liberal theory of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

KIMEL, Dori. *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, 2007, p. 233-255.

MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

