

Renegociação de contratos relacionais em momentos excepcionais – como na pandemia

Ronaldo Porto Macedo Jr.

Professor

Sumário: Introdução; Contratos relacionais e suas características; O que são contratos relacionais? A boa-fé numa perspectiva relacional; Contratos relacionais e o dever de renegociar; Referências.

Introdução

As recentes crises econômica, social e de saúde provocadas pela pandemia da Covid-19 trouxeram vários tipos de desafios para o direito. Os efeitos dessas crises são inúmeros e têm desafiado legisladores, juristas e operadores do direito a pensar em como lidar com uma nova realidade marcada por elevadíssimo grau de inadimplência, falências e recuperações judiciais, aumento repentino do comércio eletrônico, consumo de serviços de delivery, mudanças em hábitos e padrões de consumo, superendividamento do consumidor, escassez de crédito, elevação anormal dos riscos de contágio em escolas, prisões, hospitais e clínicas de idosos etc. Os impactos são profundos e múltiplos e irão demandar respostas pontuais e particularizadas.

Tomemos como caso paradigmático um contrato de prestação de serviço educacional contratado para uma criança cujos pais se tornaram inadimplentes em razão da perda substancial de sua renda em razão da pandemia. O exemplo é bem comum e despertou a reação de diversas entidades de proteção do consumidor no Brasil. Vou abordar a questão do suposto “dever de renegociar”, bem como as condições e formas nas quais ele se impõe. Afinal, este seria um mero dever de “tentar” a renegociação ou envolveria um direito a ver um contrato tornado oneroso ser modificado? Neste caso, em que bases e de que maneira?

Pretendo inicialmente apresentar uma breve conceituação dos contratos relacionais e mostrar como alguns princípios gerais, em particular a boa-fé, operam de uma perspectiva relacional. Em seguida, examinarei algumas alternativas existentes para lidar com o problema da renegociação dos contratos relacionais de consumo em tempos de “nova normalidade”.

Contratos relacionais e suas características

Um elemento comum a boa parte dos impactos da pandemia e à “nova normalidade” (como já vem sendo denominada a realidade que dela decorreu) encontra-se nas relações contratuais, em particular nas relações contratuais de caráter mais acentuadamente relacionais. Para enfrentá-las e entendê-las é necessário compreender o que são os contratos relacionais e em que medida o seu próprio conceito está na raiz das respostas jurídicas que podem dar neste momento excepcional de funcionamento. Por outro lado, cumpre também analisar em que medida uma “nova normalidade” pode gerar efeitos jurídicos para contratos que já estavam em andamento. Em outras palavras, cabe entender em que medida a normalidade¹ se constitui numa nova normatividade e quais são os seus efeitos jurídicos mais diretos.

Ian Macneil costumava salientar que todos os contratos são relacionais,² no sentido de que todos ocorrem dentro de uma certa matriz social que regula formas de relações entre sujeitos contratantes. Eles não existem sem contexto social, econômico, linguístico e moral normativo. Contratos não são uma criação destacada do mundo real realizada através de suas promessas intercambiadas entre Tício e Caio sobre um objeto preciso, com termos precisos e através de uma negociação instrumental exclusivamente orientada por interesses racionais e econômicos, independentemente de qualquer contexto social e econômico.

¹ Analisei com maior profundidade o conceito de normalidade nas relações jurídicas, em particular em contratos relacionais em: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

² MACNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: London: Yale University Press, 1980.

Segundo Macneil, contratos relacionais, numa brevíssima e provisória conceituação, são contratos projetores de trocas no futuro,³ que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não promissórios do contrato relacionados ao seu contexto são levados em consideração significativamente para a sua definição. Isto é particularmente evidente e claro em contratos que se prolongam no tempo, em contratos de longa duração.

Em contratos relacionais, em sentido amplo, a relação entre pessoas que trocaram, estão trocando ou esperam trocar no futuro é relevante do ponto de vista normativo, uma vez que as expectativas geradas são fontes obrigacionais. Por este motivo, eles são chamados de *relacionais*.

Vivemos numa sociedade de consumo de massa cada vez mais voltada para o fornecimento de serviços.⁴ Uma das marcas desta nova sociedade de serviços é certamente a ampliação da natureza relacional dos contratos de consumo em relação aos contratos descontínuos. Tal fato tem trazido importantes mudanças na questão da tutela do direito de informação ao consumidor. Tais aspectos são especialmente relevantes num momento de alteração da normalidade social e econômica em razão da pandemia provocada pela Covid-19.

O que são contratos relacionais?

A despeito da terminologia dos contratos relacionais estar sendo cada vez mais adotada por ampla parcela da bibliografia jurídica e econômica sobre teoria contratual, em especial na Europa e Estados Unidos, a sua introdução no Brasil é relativamente recente.⁵ Assim,

³ Ian Macneil, especialmente: MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *California Law Review*, Berkeley, v. 47, n. 691, p. 696-816, 1974.

⁴ Desenvolvi este argumento em meu artigo “Globalização e Direito do Consumidor” no livro *Direito global* (MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

⁵ Uma decisão importante do STJ conferiu-lhe ainda mais visibilidade: STJ, REsp 1073595 (2008/0150187-7 – 29/4/2011). A ministra Nancy Andrigli, relatora da matéria e do voto vencedor, entendeu que o contrato de seguro firmado entre um segurado de Minas Gerais com a SulAmérica Seguros de Vida e Previdência S/A deveria ser reconhecido como um contrato relacional. afirmou:

ainda me parece oportuno a apresentação de algumas de suas características. Para tal tarefa utilizo-me aqui da distinção proposta por Ian Macneil entre contratos descontínuos e contratos relacionais.⁶

Os contratos descontínuos (*discrete contracts*) têm como características básicas o fato de serem impessoais, “presentificadores” (i.e., tendem a tornar presente o futuro), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requererem mútuo consentimento. Ele é *descontínuo e compõe uma entidade separada*, na medida em que planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos

Ele é também *impessoal* porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria, isto é, em termos de descrição, de preço,

“O contrato sub *judice* não pode, em hipótese alguma, ser analisado isoladamente, como um acordo de vontades voltado ao estabelecimento de obrigações recíprocas por um período fixo, com faculdade de não renovação. Essa ideia, identificada com o que Ronaldo Porto Macedo Jr. chamou de ‘contratos descontínuos’, põe de lado a percepção fundamental de que qualquer contrato de seguro oferecido ao consumidor, notadamente por um longo período ininterrupto de tempo, integra o rol de contratos que a doutrina mais autorizada convencionou chamar de contratos relacionais (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), ou contratos cativos de longa duração (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). Nesses contratos, para além das cláusulas e disposições expressamente convencionadas pelas partes e introduzidas no instrumento contratual, também é fundamental reconhecer a existência de deveres anexos, que não se encontram expressamente previstos mas que igualmente vinculam as partes e devem ser observados. Trata-se da necessidade de observância dos postulados da cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença”.

⁶ Ver Ian Macneil, especialmente: MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *California Law Review*, Berkeley, v. 47, 1974; *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: London: Yale University Press, 1980. Nesta parte do texto reproduzo algumas explicações já apresentadas em trabalhos anteriores, em especial: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, 1997; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, n. 23, 1998; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307-336. Todos republicados em: MACEDO, JR., Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

de quantidade e data de entrega do bem. Nele nenhuma importância é conferida à qualidade das partes contratantes, sua pertinência a classe, “status”, grupo, família ou situação social. Basta apenas a sua subsunção ao conceito geral e abstrato de sujeito de direito.

Ele é presentificador na medida em que busca planejar no presente imediato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Todos os elementos essenciais e termos constitutivos do contrato são estabelecidos no presente, não se confere nenhuma importância ou relevância substantiva à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual. Além disso, pouca ou nenhuma importância é atribuída às comunicações pré-contratuais, como os diálogos preparatórios. Predomina, segundo tal concepção, a ideia de que o contrato deve ser mantido, consagrada no princípio do *pacta sunt servanda*, independentemente dos efeitos dele decorrentes.

Os contratos descontínuos também envolvem negociação que assume o caráter básico de uma *barganha instrumental*, na medida em que presumem uma relação entre duas partes que forcem os termos da troca para atingir seus próprios, individuais e exclusivos interesses econômicos. Ele é pautado, portanto, pela pressuposição da existência de uma conduta essencialmente egoísta, individualista e instrumental de cada participante da negociação contratual. Fica excluída, deste modo, qualquer premissa de que a relação contratual possa estar fundada de maneira predominante num comportamento solidário ou cooperativo. Tal ideia está indissolúvelmente ligada a uma antropologia e uma filosofia liberal, segundo as quais cada indivíduo age no mercado como um verdadeiro *homo economicus* que procura comportar-se racionalmente tendo em vista os meios de que dispõe para obter a maior vantagem econômica possível para si.

Por fim, os contratos descontínuos implicam um *mútuo consentimento* na medida em que presumem que os termos da troca que resultam da barganha instrumental são livremente estabelecidos pelas partes antes do início do cumprimento do contrato. Tal princípio está consagrado na ideia da autonomia da vontade e na importância do consenso para a formação dos contratos.

O tipo ideal de contrato descontínuo acima descrito corresponde à definição que o pensamento contratual clássico deu ao contrato, tanto na doutrina quanto na elaboração de estatutos e códigos. A teoria contratual clássica – enquanto formulação típico-ideal desta

concepção contratual – e a teoria neoclássica – enquanto versão mitigada –, a partir dos problemas concretos surgidos no momento da aplicação do direito contratual pelos tribunais, criaram normas e princípios para a sua operacionalização.

Os contratos relacionais tendem a criar relações contínuas e duradouras, nas quais os termos da troca são cada vez mais abertos e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as diversas partes, como status (ex.: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica.

Os contratos relacionais, em contraste com os contratos descontínuos, são contratos de longa duração baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. As principais diferenças entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos podem ser resumidas da seguinte maneira: em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. Sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais.

A própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela teoria neoclássica começa a se demonstrar insuficiente face ao aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em substituição aos termos de ajustamento, os contratos relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca

e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual.

Deste modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. *Eles estabelecem o processo para cooperação interorganizacional ou interpessoal no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento.* Assim é que em muitas contratações relacionais, como no fornecimento entre empresas, até mesmo o sagrado princípio da instrumentalidade da empresa começa a ser questionado e se torna objeto de negociação. Empresas integradas em redes produtivas ou *networks* num sistema de produção pós-fordista intensificam a troca de informações e começam a compartilhar livros e planilhas de custos. A divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas no curso da performance contratual que as vincula. O lucro será agora menos o produto da barganha entre as partes e mais o produto de mútua *cooperação*, dentro de novos princípios de *solidariedade*, nos quais o conceito de boa-fé passa a ter uma importância antes inexistente.⁷ Por fim, os contratos relacionais, de modo geral, envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes. No campo dos contratos de consumo, ainda que não se possa falar em cooperação econômica no mesmo sentido em que se poderia falar dos contratos empresariais, é certo que se faz incidir também o valor da cooperação e solidariedade.

A exemplo dos contratos descontínuos, os contratos relacionais se apoiam em princípios e normas específicas, em especial na solidariedade, no papel da integridade e na harmonização com a matriz social. Ademais, nos contratos relacionais, a flexibilidade, a reciprocida-

⁷ Para uma descrição empírica deste processo sobre as relações contratuais entre empresários no estado de Wisconsin, ver: MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a Preliminary Study. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 28, p. 55-67, 1963; DORE, Ronald. Goodwill and the spirit of market capitalism. In: GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard (ed.). *The sociology of economic life*. Nashville: Westview, 1992. Para exemplos deste tipo de contratação num sistema produtivo pós-fordista ou de especialização flexível, ver: PIORE, Michael J.; SABEL, Charles. *The second industrial divide: possibilities for prosperity*. New York: Basic Books, 1984, especialmente as páginas 3 a 18; WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

de e o equilíbrio das relações de poder tornam-se elementos internos da relação contratual e não externos ou passíveis de serem preestabelecidos e plenamente planejados, como no caso dos contratos descontínuos.

É hoje pacífico o reconhecimento de que as novas legislações, dentre as quais cabe destacar o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil Brasileiro de 2002, incorporaram os princípios dogmáticos da socialidade, eticidade e operatividade⁸ e ampliaram o uso de conceitos de desequilíbrio contratual, justiça contratual, razoabilidade e boa-fé.

A boa-fé numa perspectiva relacional

Uma das características dos contratos relacionais refere-se à importância que neles passam a ter os princípios da boa-fé, cooperação, solidariedade e reequilíbrio das relações de poder.

Tanto a doutrina contratual neoclássica como o pensamento econômico liberal neoclássico fundamentam-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente maximizando vantagens individuais.⁹ Uma ampla revisão de tais premissas tem sido feita pela bibliografia econômica e sociológica no sentido de reavaliar a importância de relações de confiança, solidariedade e cooperação.¹⁰ *Cooperação* aqui pode ser definida como a associação com outra pessoa para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus. No *conceito de solidariedade* encontramos a ideia de uma unidade que produz ou está baseada na comunidade de interesses, objetivos, valores e padrões.

⁸ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, 1998, p. 26.

⁹ POSNER, Richard. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. In: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles (ed.). *Law, economics and philosophy: a critical introduction with applications to the Law of Torts*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

¹⁰ SABEL, Charles. Studied trust: building new forms of co-operation in a volatile economy. In: PYKE, Frank; SENGENBERGER, Werner (ed.). *Industrial districts and local economic regeneration*. Geneva: International Institute for Labour Studies, 1992; GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Hoboken: Basil Blackwell, 1988. Desenvolvi o tema em *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, op. cit., cap. III.

A solidariedade pode estar baseada numa relação cooperativa, mas o importante a destacar é o fato de que se reporta a uma comunidade de valores e interesses e, neste sentido, ela tem um caráter necessariamente moral.¹¹ Tais princípios tendem a se tornar cada vez mais importantes na medida em que os contratos se tornam mais relacionais. Neste sentido os contratos relacionais aproximam-se mais do ideal de contrato de sociedade do que da compra e venda clássica entre Caio e Tício.

O conceito de boa-fé vem ganhando importância cada vez mais destacada no âmbito reflexão e prática contratual contemporânea, constituindo-se, em boa medida na principal norma de ligação destes outros princípios no direito contratual moderno.¹² Na perspectiva relacional, a boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual. Dentro de tal visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe e não apenas porque uma promessa individual as estipulou. Outros objetivos e valores da sociedade, como as ideias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, que devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé.

Para a teoria relacional aqui defendida a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais (artigo 6, V do CDC). Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança (*reliance*), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a responsabilidade, a confiança (*trust*), a função de integridade, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhes é subjacente.¹³

A boa-fé permite pensar o comportamento adequado dos agentes contratuais em diferentes contextos, conforme os contornos e significados de cada relação contratual concretamente existente. Ela

¹¹ DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society*. Tradução: George Simpson. New York: Free Press, 1964, p. 337-338.

¹² Neste sentido ver: NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹³ MACNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: London: Yale University Press, 1980, p. 67 e ss.

funciona como uma verdadeira norma de calibração da teoria contratual relacional.¹⁴ Vale notar, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal, na medida em que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais.

Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio (cf. artigo 4, III e 51, II do CDC).¹⁵

Através da boa-fé se reconhece que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais. Neste sentido, o contrato, a despeito de ser um dos principais instrumentos de organização e estruturação de uma ordem de mercado, não se constitui no instrumento pautado apenas pelo pressuposto do *homo economicus*, o indivíduo maximizador de vantagens e recursos. A ordem de mercado no Direito Social torna-se mais claramente uma ordem do mercado social na qual os valores sociais desempenham importante função na determinação dos conteúdos dos contratos.¹⁶

Apesar de o paradigma contratual hoje dominante em todos os países industrializados ocidentais ser o neoclássico e não o relacional,

¹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

¹⁵ EWALD, François. A concept of social law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985, p. 40-75. Elementos semelhantes são enumerados por: REITIER, B. J. Good faith in contracts. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983, p. 727.

¹⁶ Sobre o conceito de mercado social ver: COLLINS, Hugh. *The law of contracts*. 2. ed. London: Butterworths, 1993, p. 30 e ss.

há motivos para reconhecer o crescimento em importância da abordagem relacional, o que se faz em boa medida através da ampliação do uso e extensão do conceito de boa-fé, em particular em momentos de alteração dos padrões de normalidade das trocas.

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

Contratos relacionais e o dever de renegociar

Conforme destacado acima, alguns contratos são mais relacionais do que outros.¹⁷ Isto significa dizer que neles a forma de incidência dos princípios contratuais (boa-fé, solidariedade, cooperação, equilíbrio, justiça contratual etc.) se realiza segundo uma nova intensidade e exige uma forma de análise e interpretação contratual diferenciada.

Se é certo que o conceito de normalidade é central para a fixação da normalidade dos contratos de consumo, não menos certo é que vivemos uma nova normalidade. Este fato já foi reconhecido na própria Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020), que institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19). Assim

¹⁷ Macneil chegou a denominação de contratos entrecruzados (intertwined contracts) em obras mais tardias. Contudo, o nome contrato relacional para caracterizar este tipo de contrato já tinha se estabelecido nas comunidades jurídica e acadêmica. Cf. MACNEIL, Ian. Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 94, p. 877-907, 2000.

procedendo, a lei expressamente reconheceu uma situação anormal e explicitou alguns de seus efeitos nas relações privadas.

Apesar destas vantagens de explicitação, os seus efeitos já poderiam ser obtidos sem a sua promulgação visto que os princípios gerais do direito do consumidor já seriam capazes de regular os efeitos da alteração do ambiente normal das relações contratuais.¹⁸

As suas características relacionais mais marcantes são a longa duração, a necessidade de replanejamento constante e o forte papel desempenhado pelas expectativas geradas em razão da confiança. Portanto, o papel da boa-fé, conforme argumentado, ao se ampliar numa perspectiva relacional torna-se preponderante.¹⁹ A abordagem relacional, deste modo, enfatiza o valor da manutenção do equilíbrio contratual nas situações de renegociação ou revisão contratual, que se tornam a norma nos contratos de consumo. Neste sentido já se tem orientado parcela significativa da jurisprudência nacional sobre contratos bancários, dentre outros.

Vale lembrar também que o artigo 6º do CDC contempla o direito do consumidor a: “V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

¹⁸ Neste sentido, correta a afirmação de Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira: “Por fim, a terceira diretriz da Lei do RJET é a de que, em vários dispositivos, ela apenas positiva regras que já seriam alcançáveis com base em princípios ou regras anteriores. Em outras palavras, ainda que não houvesse a Lei do RJET, vários casos concretos haveriam de ser resolvidos da mesma maneira. O diploma emergencial apenas objetivou dar maior pacificidade, cristalizando, em texto legal, soluções que tinham um apoio na base mais fluida de princípios e de cláusulas gerais.” GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil*, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ciCWXX>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹⁹ Assim também pensa Cláudia Lima Marques que ao tratar dos contratos bancários afirma: “Os contratos bancários atuais são contratos cativos de longa duração. Observadas as especialidades dos contratos bancários em questão, sob o signo da continuidade dos serviços, massificação e catividade dos clientes, da prestabilidade por terceiros de serviços autorizados ou controlados pelo Estado, do macro-interesse do verdadeiro objeto contratual, da internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores e, acima de tudo, continuidade das relações tendo em vista a essencialidade do crédito na sociedade de consumo atual, concluiu-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular estas longuíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando, seja a intervenção regulamentadora do legislador através do CDC para a proteção dos mais vulneráveis, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário nos casos concretos.” MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998, p. 28. Ver também as páginas 30 e 31 do mesmo artigo.

Tal dispositivo modifica profundamente o sistema contratual do direito privado clássico brasileiro ao mitigar o dogma do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, consagrado no brocardo do *pacta sunt servanda*.

Este direito admite não a resolução do contrato, mas a alteração de cláusula que venha a gerar excessiva onerosidade ou desequilíbrio. No caso de não haver acordo, poderá o magistrado, atendendo aos princípios de boa-fé e equilíbrio, presidir a relação de consumo, estipulando novas cláusulas ou novas bases para o contrato. A abusividade, portanto, é um conceito que não se determina *a priori*, mas *a posteriori*, visto revestir-se de natureza relacional, condicionada ao contexto concreto da contratação.

Cabe salientar que a proteção do consumidor com relação à prestação do serviço adequado também é protegida pelos artigos do CDC relativos à proteção contratual. O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: V – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Oportuno lembrar a lição de Cláudia Lima Marques acerca das relações contratuais no Código de Defesa do Consumidor: “A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem “a posteriori”, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo”.²⁰

A conjugação dos artigos 6 e 51 do CDC garante, portanto, o *direito à renegociação* do contrato sempre que as suas condições se tornarem desequilibradas, excessivamente onerosas ou injustas. Isto

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 233.

porque o dispositivo sobre contratos afirma que são abusivas (inciso XV do artigo 51) as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”. É o que se depreende da leitura do § 1º do artigo 51 assim redigido:

Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou *obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato*, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se *a natureza e conteúdo do contrato*, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Contudo, a questão que se coloca em termos práticos é a seguinte: Como restabelecer o que seriam as *condições normais* do contrato? Uma primeira estratégia seria reconhecer que inexistente um direito à renegociação e que as partes deveriam simplesmente cumprir o que foi avençado. Uma segunda estratégia seria admitir que o juiz deveria ser o último árbitro das condições de reequilíbrio contratual. Uma terceira envolveria o estímulo à renegociação.

Pelo que foi dito acima, a primeira estratégia estaria em desacordo não apenas com a própria natureza dos contratos relacionais, como também com a principiologia específica fixada pelo Código de Defesa do Consumidor para dirimir conflitos deste tipo. Esta estratégia pagaria o elevado preço de insistir numa “desrelacionalização” do contrato, transformando-o artificialmente (numa imprópria redução dogmática) num contrato descontínuo regulado de forma quase exclusiva pelo *princípio do pacta sunt servanda* e do direito contratual clássico.

A segunda estratégia, ainda que viável do ponto de vista do direito, envolve alguns problemas e dificuldades. Em primeiro lugar, evidentemente, está o custo da própria demanda judicial. Esta envolve não apenas custos econômicos diretos, em razão da contratação de um advogado, como também os custos decorrentes da morosidade da própria prestação jurisdicional (provavelmente agravada pela situação excepcional gerada pela pandemia). Ademais, há relevantes

custos informacionais envolvidos para que uma decisão equilibrada e justa possa ser oferecida pelo judiciário. Afinal, será necessário saber, de um lado, qual é a real situação econômica e os custos suportados pelo fornecedor do serviço. Se imaginamos o exemplo de uma escola, será necessário ter acesso à planilha de custos do presente e do passado recente para que se possa avaliar qual foi o seu significado para o fornecedor. De outra parte, seria razoável também estimar as condições reais de pagamento experimentadas pelo consumidor do serviço, uma vez que a pandemia não afetou de maneira uniforme a situação de todos. Por fim, ao julgador um novo desafio se colocaria, relacionado à fórmula econômica adequada para fazer uma equalização do contrato de modo a não permitir que ele se tornasse excessivamente oneroso para qualquer das partes. A ausência de uma cultura jurídico-econômica familiarizada com este tipo de análise poderia estimular a produção de soluções *ad hoc* movidas por sentimentos de compaixão imediata desacompanhados de análise das circunstâncias econômicas reais, ou ainda orientadas por critérios simplificadores da realidade, como a aplicação cega e descontextualizada do *pacta sunt servanda* acima referido.

A terceira estratégia visaria fomentar a renegociação. Para tanto, contudo, seria fundamental que houvesse transparência e troca efetiva de informação entre as partes que renegociam. Caso sejam elas uma escola e pais de alunos, seria de fundamental importância que as informações sobre a situação econômica de cada parte fosse informada de maneira clara e individualizada: as planilhas de custos da escola, de um lado, e a real situação econômica do contratante que solicitasse a renegociação, de outro. Somente tal disposição poderia criar um ambiente de confiança viabilizador da proteção da solidariedade entre os contratantes.

Assim, de um lado, a escola não poderia deixar de informar pormenorizadamente a sua real situação econômica, social, trabalhista etc.²¹ De outro lado, uma vez que a situação de cada contratante é variada

²¹ Conforme destacado por Werson Rêgo, desembargador de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) em matéria jornalística: “Na conversa, o magistrado destacou a importância da negociação e também da renegociação de contratos entre alunos e estudantes a partir de um direito pouco utilizado pelo consumidor: exigir a planilha de custo anual ou semestral das escolas, universidades e outras instituições de ensino. Segundo ele, a análise desses custos pode ser o balizador de uma redução

(alguns perderam renda, outros não, uns ficaram doentes, outros não etc.), não faria sentido a oferta de uma solução uniforme para todos os consumidores. É importante destacar que esta individualização da renegociação torna infrutífera, difícil e potencialmente injusta outras formas de solução através de demandas coletivas que postulariam uma solução única para todos os casos.

Apesar de a renegociação dever ser individual, nada impede que o direito às informações da parte do fornecedor sejam postuladas coletivamente. Esta é uma decorrência do próprio CDC que garante ao consumidor acesso às informações relevantes para o contrato durante todo o curso de sua existência. O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo²² envolve o dever de informar não apenas no momento da celebração contratual, mas durante todo período da performance ou execução contratual.

O art. 6º, III, do CDC estabelece que são direitos básicos do consumidor: “III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, *bem como sobre os riscos que apresentem*”.

Por sua vez, o art. 46 dispõe que: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” Conforme aponta Cláudia Lima Marques:

(ou não) dos custos envolvidos nessa relação de consumo dentro na educação particular. ”A relação de consumo tem uma característica muito interessante, que é a da assimetria de informação. Os fornecedores, normalmente, detêm os dados e as informações técnicas. Os consumidores, não. É o caso quando vamos discutir o preço e a mensalidade. O consumidor não sabe o que está na cesta de produtos e serviços que compõem o valor de uma anuidade. Essa informação deve ser prestada, normalmente, no ato da matrícula ou no ato da renovação da matrícula. Eu peço a planilha de custos para avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade do valor que está sendo cobrado”, explica. VENTURA, Ivan. Vídeo: como negociar a mensalidade escolar durante a pandemia? *Consumidor Moderno*, São Paulo, 22 abr. 2020. <https://bit.ly/2EliUjb>. Acesso em: 21 set. 2020.

²² Cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, n. 23, 1998.

A finalidade da norma (art. 46) é assegurar a informação ao consumidor, ou, como estamos querendo frisar, a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta, desta maneira, evitar que o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica (Departamentos Jurídicos ou Consultorias especializadas) para confundir o consumidor e impor a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto, teria assumido.²³

É importante considerar, a propósito do alcance deste artigo, que o Código de Defesa do Consumidor visou proteger o consumidor não apenas dos riscos do produto que afetem a sua saúde ou incolumidade física, como também os riscos que possam influir na sua decisão racional de realizar os atos de consumo, inclusive no momento de renegociação contratual. A adequação da informação envolve, assim, a correta e veraz comunicação dos riscos implícitos no negócio que condicionam, ou condicionariam na hipótese de sua consciência, a escolha de consumir, inclusive no momento da renegociação contratual. Os riscos não devem exceder o limite do que normalmente deles se espera.

É importante insistir que o dever de informação não se limita ao momento da contratação, mas se estende a todas as informações que decorrem da continuidade da relação contratual. Tal circunstância é particularmente importante nos contratos relacionais ou de longa duração, nos quais o curso e a prática das renegociações afetam a própria substância da relação contratual. Assim, informações inadequadas, transparentes ou enganosas no curso da negociação podem dar ensejo à propositura das medidas judiciais e extrajudiciais previstas no Código do Consumidor.²⁴

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 253-254.

²⁴ A propósito, lembra Calvão da Silva que “o dever de informação não termina com a colocação do produto no comércio. O produtor tem o dever de observar e vigiar continuamente os produtos, mesmo após a emissão no tráfico”. SILVA, Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 661.

Por fim, é importante também destacar que a solução negociada não apenas é capaz de oferecer uma resposta mais rápida para as partes envolvidas, como permite que se realize o *princípio da solidariedade* para além das partes diretamente envolvidas. Isto porque a não concessão de um valor de abatimento único para todos (que poderia gerar resultados evidentemente iníquos) poderá permitir que aqueles que efetivamente deles necessitem possam obtê-los num patamar mais elevado e consistente com suas necessidades. Afinal, o valor que deixa de beneficiar um consumidor que não sofreu efeitos severos com a pandemia pode vir a beneficiar outro que os sofre de maneira intensa e grave.

Este resultado evidencia um aspecto frequentemente negligenciado por parte significativa da literatura sobre contratos de consumo relativo aos âmbitos de incidência do princípio da solidariedade. Trata-se do fato de que as partes que estão envolvidas num sistema de solidariedade não se restringem às partes diretamente contratantes, mas envolvem toda a comunidade de contratantes afetada por esta relação.

Um exemplo conhecido desta realidade é manifesto nos contratos de planos de saúde, nos quais existe uma solidarização dos interesses de todos os participantes através da imposição de limites à elevação dos preços para pessoas idosas. Através deste mecanismo, jovens com menor risco de ficarem doentes e que assim poderiam pagar planos de saúde muito baratos, pagam um pouco mais para que aqueles consumidores em idade mais avançada, mais suscetíveis a doenças e gastos médicos, possam pagar menos. Numa sociedade contratual não solidarizada, jovens saudáveis pagariam menos por seus planos de saúde, e idosos doentes pagariam mais. Este resultado, contudo, estaria em desacordo com o princípio de solidarização já mencionado anteriormente.

O mesmo fenômeno ocorre no exemplo da renegociação de mensalidades escolares, visto que o princípio de solidariedade não se expressa apenas na relação entre cada contratante e o fornecedor, mas também entre os diversos consumidores. Por tal motivo, conforme acima argumentado, a socialização dos custos que pode resultar de uma renegociação garante a efetividade do princípio solidarístico dentro da comunidade dos contratantes.

Em síntese, a renegociação dos contratos relacionais de consumo em tempos anormais constitui uma estratégia eficiente para garantir a

própria essência deste tipo de contrato: a sua relacionalidade. Através dela se pode garantir a vigência dos princípios da boa-fé (relacional), da continuidade dos contratos e da solidariedade (entre contratante e fornecedor e entre os próprios consumidores). Por fim, destaque-se que o direito de renegociar poderá envolver outros elementos envolvidos na contratação que porventura não venham a ser adequadamente prestados. No caso dos contratos de prestação de serviços educacionais, eles poderão envolver temas como a oferta de cursos não presenciais, horas-aula, suporte aos alunos etc.

Referências

COLLINS, Hugh. *The law of contracts*. 2. ed. London: Butterworths, 1993.

DORE, Ronald. Goodwill and the spirit of market capitalism. In: GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard (ed.). *The sociology of economic life*. Nashville: Westview, 1992.

DURKHEIM, Émile. *The division of labor in society*. Tradução: George Simpson. New York: Free Press, 1964.

EWALD, François. A concept of social law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: European University Institute, 1985. p. 40-75.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). *Jusbrasil*, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ciCWXX>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Hoboken: Basil Blackwell, 1988.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a Preliminary Study. *American Sociological Review*, Washington, DC, v. 28, p. 55-67, 1963.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, 1997.

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

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307-336.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, n. 23, 1998.

MACNEIL, Ian. Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 94, p. 877-907, 2000.

MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. *California Law Review*, Berkeley, v. 47, n. 691, p. 696-816, 1974.

MACNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: London: Yale University Press, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, 1998.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PIORE, Michael J.; SABEL, Charles. *The second industrial divide: possibilities for prosperity*. New York: Basic Books, 1984.

POSNER, Richard. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. In: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles (ed.). *Law, economics and philosophy: a critical introduction with applications to the Law of Torts*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

REITIER, B. J. Good faith in contracts. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983.

SABEL, Charles. Studied trust: building new forms of co-operation in a volatile economy. In: PYKE, Frank; SENGENBERGER, Werner (ed.). *Industrial districts and local economic regeneration*. Geneva: International Institute for Labour Studies, 1992.

SILVA, Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

VENTURA, Ivan. Vídeo: como negociar a mensalidade escolar durante a pandemia? *Consumidor Moderno*, São Paulo, 22 abr. 2020. <https://bit.ly/2EliUjb>. Acesso em: 21 set. 2020.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

