

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

LAYLA CARDOSO MOREIRA

TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS E O CONTRATO DE SEGURO

JUIZ DE FORA
2010

LAYLA CARDOSO MOREIRA

TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS E O CONTRATO DE SEGURO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Maria Luiza Firmiano Teixeira.

JUIZ DE FORA
2010

LAYLA CARDOSO MOREIRA

TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS E O CONTRATO DE SEGURO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: __/__/____

Professora Maria Luiza Firmiano Teixeira (Orientadora) – UFJF

Professora Elisa Schroder Alves – DOCTUM/GRANBERY

Professora Flavia Lovisi Procópio de Souza – UFJF

Dedico este estudo à minha grande amiga Sirley de Freitas, pela sua compreensão e pelo seu carinho, que tão gentilmente cedeu seu “cantinho” para que eu pudesse concretizar este trabalho. Sem o seu apoio e companheirismo nada disso seria possível.

AGRADECIMENTO

Agradeço, sinceramente, a Deus por estar ao meu lado em todos os momentos da minha vida. Aos meus pais e irmã, por serem o sentido de todas as minhas conquistas, inspiração e força. À minha querida professora Maria Luiza, por sua competência, dedicação e generosidade. E aos meus incríveis amigos, que tanto admiro, Fabiana, Suéllen e Mauro Eduardo (meu herói), com quem tive a alegria de compartilhar o prazer do convívio e da troca intelectual.

Teus ombros suportam o mundo
e ele não pesa mais que a mão de uma
criança.

DRUMMOND

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar o novo paradigma contratual, qual seja a teoria relacional dos contratos, que tem por fim adequar as práticas negociais à nova realidade social. O estudo faz uma análise da evolução histórica dos contratos até os dias atuais, destacando a forma de produção adotada pelos modelos contratuais vigentes em cada época. Destaca ainda, os princípios e características dos contratos de longa duração nos contratos de seguro, os quais devem reger-se pela cooperação, solidariedade, confiança e boa-fé objetiva, buscando justiça e equilíbrio contratual, a fim de satisfazer os interesses de todos os participantes e promover o sucesso do empreendimento.

Palavras-chaves: Contratos relacionais. Contratos de seguro. Cooperação. Boa-fé. Equilíbrio contratual.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL | 10 |
| 2 TEORIA CONTRATUAL RELACIONAL | 18 |
| 2.1 Noções conceituais | 18 |
| 2.2 Elementos fundamentais para a teoria do direito contratual relacional | 20 |
| 2.2.1 Relações primárias e não-primárias..... | 20 |
| 2.2.2 Medida da transação..... | 21 |
| 2.2.3 Período de vigência..... | 22 |
| 2.2.4 Planejamento contratual..... | 22 |
| 2.2.5 Divisão e compartilhamento de ônus e bônus entre as partes contratantes..... | 23 |
| 2.2.5.1 Definição de conceito: Cooperação e solidariedade..... | 24 |
| 2.2.6 As relações de poder..... | 26 |
| 2.2.7 Perspectivas dos participantes..... | 28 |
| 2.3 Princípios norteadores da teoria contratual relacional | 29 |
| 2.3.1 Princípio da transparência..... | 29 |
| 2.3.2 Princípio da equidade..... | 31 |
| 2.3.3 Princípio da confiança..... | 32 |
| 2.3.4 Princípio da boa-fé..... | 34 |
| 2.4 Contratos ditos relacionais | 36 |
| 2.4.1 Contratos de plano de previdência privada..... | 36 |
| 2.4.2 Contratos de plano funerário..... | 37 |
| 2.4.3 Contratos bancários..... | 38 |
| 3 O CONTRATO DE SEGURO | 40 |
| 3.1 Noções preliminares | 40 |
| 3.2 O contrato de seguro como contrato relacional | 41 |
| 3.2.1 Características relacionais..... | 42 |
| 3.2.2 Implicações práticas..... | 45 |
| CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce no contexto de um de conflito entre segurado e seguradora levado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), para decidir a legalidade da recusa à renovação de seguro de vida contratado há mais de trinta anos. O caso remeteu-nos à teoria contratual relacional e à sua aplicabilidade nos contratos de seguro, visando proporcionar à relação contratual o compartilhamento dos prejuízos e benefícios auferidos na negociação, através da cooperação e da boa-fé objetiva, de forma a mitigar o desequilíbrio de poder entre os participantes do contrato.

O capítulo inicial procura traçar uma breve evolução histórica dos contratos, demonstrando que a teoria contratual tem sido alvo de grandes transformações ao decorrer dos séculos. No momento em que a teoria contratual clássica deixou de atender as necessidades da experiência jurídica contemporânea, tornando-se insatisfatória e incoerente em relação à nova realidade social, foi preciso romper esse paradigma, a fim de criar uma nova principiologia, baseada na boa-fé, na justiça contratual, na cooperação e na solidariedade. Esses princípios permitiram a evolução dos contratos e o rompimento do pensamento individualista e liberal da teoria clássica contratual, fazendo com que os participantes da relação obrigacional adotassem uma postura mais altruísta, visando o equilíbrio contratual.

O capítulo seguinte apresenta em maiores detalhes a estrutura e as novidades dos contratos relacionais, abordando suas características, princípios reguladores, além de mencionar alguns contratos ditos relacionais. Ainda neste capítulo, é possível vislumbrar as distinções entre os contratos de longa duração e os contratos descontínuos, que embora não seja o objeto do presente estudo, fez-se necessário para caracterizar a teoria relacional contratual. Abordaremos também, o crescente papel da confiança, da cooperação, da solidariedade e da boa-fé nos contratos relacionais, bem como as expectativas geradas pelas partes contratantes nos efeitos da relação obrigacional.

No capítulo 3 analisaremos as características dos contratos de seguro, a fim de demonstrar seu caráter marcadamente relacional. Para tanto, escolhemos dois casos de contratos de seguro, o seguro de vida, através do recurso especial de número 1073595/MG que está aguardando julgamento no STJ e o plano de saúde,

julgado pela 9ª Vara Cível do Foro Central do Estado de São Paulo, os quais podem ser interpretados à luz dos elementos relacionais descritos no corpo da tese.

Por fim, faremos uma breve síntese e reconstituição de tudo aquilo que será apresentado neste estudo.

1 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

Tendo em vista que o contrato é um reflexo das práticas sociais, bem como, do modelo econômico adotado por uma sociedade em determinada época, temos que a principiologia do Direito Contratual é tão dinâmica quanto as sociedades em que o mesmo é estudado. Assim sendo, para a argumentação deste trabalho, é necessária que seja feita uma breve evolução histórica dos contratos, analisando-se superficialmente cada uma de suas fases.

No Direito Romano, em virtude de seu caráter religioso, o contrato era realizado obedecendo a um rigoroso formalismo, sob pena de ser declarado inválido. A formação da obrigação contratual só se tornaria válida, caso fosse abençoada pelos deuses e para isso, fazia-se necessária a obediência de fórmulas rígidas, as quais não dependiam da manifestação de vontade das partes contratantes. Na expressão de Cesarino (2007, p. 14), “[...] Para a formação da obrigação contratual, não bastava o acordo de vontade das partes sobre um determinado objeto, sendo imprescindível a observância da forma consagrada.”

Assim sendo, no período romano clássico, podemos verificar o embrião do instituto ora em estudo, sob a alcunha da *stipulacio*, um esquema formal, no qual se enquadravam convenções e pactos de diversas naturezas. Somente no período de Justiniano, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear um instrumento capaz de dar veste a eficácia legal de uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo.

No mesmo sentido é o panorama do direito na *common law* medieval. Também não existia a idéia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações econômicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa fosse mal cumprida ou não fosse cumprida de todo, o promissário podia fazer uso da ação *ex delicto*, isto é, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque tinha sido celebrado um contrato e esse fora violado pela contraparte, mas só porque tinha sofrido um agravo e um dano nesta relação.

Com a difusão do cristianismo e a influência germânica, há uma valorização da palavra empenhada. Os ritos formais dão lugar à liberdade de

formação das obrigações contratuais, e o descumprimento dessas, passa a ser considerado pecado pelos canônicos, haja vista a implementação do juramento como forma de declaração de vontade, a qual adquire caráter moral e jurídico. Durante a Idade Média, princípios como o da autonomia da vontade e do consensualismo passaram a integrar a Teoria Contratual, a partir daí, o aperfeiçoamento do contrato estaria condicionado não apenas à formalidade do ato, mas também à declaração de vontade das partes.

Com a transição para o modelo liberal, a partir do século XVIII, a manifestação de vontade torna-se amplamente livre, de modo que os contratantes têm liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato. Com precisão Cesarino (2007, p.17, 18) esclarece:

[...] no Direito Contratual Clássico, que se iniciou no século XVIII e teve seu apogeu no século XIX, o mais importante de todos os princípios é a autonomia da vontade. O contrato era celebrado entre duas partes que, no exercício de sua liberdade, discutiam cláusulas, barganhavam livremente e concluíam, assim, suas avenças. A função das leis era tão somente proteger a vontade criadora e assegurar a realização dos efeitos pretendidos pelos contratantes. A característica principal do contrato clássico era a liberdade de contratar ou não dada aos indivíduos e, caso não houvesse um consentimento livre, nulo seria o contrato. As partes eram livres para estabelecer o conteúdo do contrato, podendo até mesmo, em caso de conflito de leis, eleger a lei aplicável às suas relações contratuais. Uma vez concluído livremente o contrato, ele incorporava-se ao ordenamento jurídico, tendo o contratante o direito de pedir a intervenção do Estado para a execução da obrigação porventura não cumprida.

Portanto, o modelo liberal preconiza a livre manifestação de vontade das pessoas, a qual é reconhecida pela ordem jurídica, podendo ser invalidada quando houver qualquer restrição externa a ela, tais como erro, dolo ou coação, casos em que o vínculo contratual poderá ser declarado ineficaz para o cumprimento da obrigação pactuada. Durante este período, o campo de atuação do Estado era mínimo, o Direito ao ser aplicado, restringia-se a colocar em prática a manifestação de vontade das partes convencionada no contrato firmado. Assim, desde que honradas as obrigações referentes ao contrato, a justiça contratual estava feita. Como bem ensina Porto (1998, p. 55), [...] A reciprocidade no pensamento liberal clássico, contudo, não se referia ao resultado da transação, mas sim à existência da negociação e da contraprestação contratual [...]. Para a burguesia, detentora do

poder econômico, quanto menor a interferência do Estado, mais próspera tornava-se suas práticas mercantis.

No Estado Liberal preponderava, entre os juristas, a idéia de liberdade econômica, uma vez que a burguesia precisava de um modelo de “contrato social” que justificasse suas práticas, tais como o lucro e os juros. Foi esse espírito individualista e liberal que serviu de base para a formação do Código Napoleônico em 1804, a partir daí, houve a regulamentação do contrato como um instrumento facilitador da livre movimentação das riquezas na sociedade. O liberalismo surgiu como uma nova ordem econômica, em que o indivíduo passa a ser sujeito de direitos e deveres, livre para elaborar negócios jurídicos com caráter obrigatório, capazes de vincular as partes. A propriedade começa a ser vista como um direito do cidadão, o qual poderá defendê-la da interferência de todos, inclusive do próprio Estado. Ressalta-se ainda, uma super valorização à liberdade mercantil e à liberdade consagradora dos privilégios jurídicos dos proprietários, quais sejam, os membros da burguesia, (MARTINEZ, 2006).

Neste sentido esclarece Coelho (2007, p. 6):

[...] Em outros termos, pela autonomia da vontade, o sujeito de direito contrata *se quiser, com quem quiser e da forma que quiser*. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contratado entre elas. [...]

Dessa forma, durante a vigência do modelo liberal, acreditou-se que, havendo livre negociação entre as partes, essas devem cumprir as prestações convencionadas, ainda que disso resulte considerável prejuízo a uma delas. Ressalta-se também, que não cabe ao Estado, intervir nas relações privadas, uma vez que seu papel restringe-se, exclusivamente, em assegurar aos contratantes a satisfação dos interesses pretendidos com a obrigação contratual.

No transcorrer do século XX houve uma mudança na postura do Estado, a qual se fez necessária em virtude das alterações políticas e jurídicas advindas com a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII. Com o desenvolvimento econômico e o processo de industrialização, surgiram também, institutos sociais que buscavam melhores condições de vida para a classe operária, que era amplamente explorada pelos detentores de capital e que não tinha nenhuma espécie de legislação que a

protegesse. A partir da publicação do livro “Manifesto Comunista” de Karl Marx, foram disseminados novos ideais de socialização dos meios de produção, objetivando a erradicação da desigualdade social vigente no modelo liberal.

Nesse sentido, La Bradbury (apud Cesarino, 2006, 27):

O descompromisso com o aspecto social, agravado pela eclosão da Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário do obreiro por doze horas ininterruptas, culminou com a Revolução Russa de 1917, conduzindo os trabalhadores a se organizarem com o objetivo de resistir à exploração.

Com a transição do século XIX para o século XX o Estado assume um novo papel objetivando amenizar a miséria vivida pela classe dominada. O Estado agora, passa a ter outras funções que não a de provedor, destacando-se entre elas, a de organizador da economia. Novos institutos sociais são criados, como os sistemas de seguridade social e assistência à saúde, buscando proporcionar melhores condições de vida aos indivíduos.

O estopim para a queda do liberalismo deu-se com a I Grande Guerra em 1914, a partir daí, diversos Estados declararam-se expressamente intervencionistas. Não demorou muito para que os contratos passassem a ser regulamentados pela ordem pública, assim, “o grau de liberdade das partes na composição de seus interesses é reduzido; nem tudo o que se contrata é válido ou eficaz”. (Coelho, 2007, p. 12). Nasce uma preocupação, por parte do Estado, em proteger o contratante hipossuficiente, fazendo com que a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e o consensualismo fossem substituídos pelo dirigismo contratual, o qual em virtude dos problemas econômicos e sociais visa o equilíbrio contratual.

Como se pode ver nas palavras de Cesarino (2007, p.32):

[...] o Estado se viu obrigado a repensar seu papel, prevalecendo a convicção de que ele devia intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção de seus efeitos, alterando-se ou mesmo liberando o contratante lesado. O resultado é a política conhecida como dirigismo contratual ou intervencionismo estatal.

Tendo em vista a condição em que alguns países se encontravam ao final da I Guerra Mundial, fez-se necessária a implementação de uma nova doutrina que fosse capaz de minimizar a onerosidade suportada pela parte mais fraca da relação contratual, a essa doutrina foi dado o nome de Teoria da Imprevisão. De acordo com ela, desde que o contrato obedecesse a alguns requisitos, ele poderia ser modificado, dentre esses requisitos podemos citar a modificação das exigências econômicas no momento de execução, em relação às exigências estabelecidas quando da celebração; total desequilíbrio entre as partes, sendo uma delas sacrificada demasiadamente em detrimento de total benefício auferido pela outra; vigência de um contrato de execução sucessiva e finalmente, imprevisibilidade de alteração pelos contratantes.

Deste modo, notamos que o dirigismo estatal veio objetivando a manutenção do equilíbrio contratual e a harmonização das relações intersubjetivas, o que não significa o fim da liberdade contratual, mas tão somente, que na hipótese de alguma causa superveniente que acarrete onerosidade excessiva a uma das partes, o contrato deverá ser revisto, com intuito de restabelecer a equidade contratual.

No final do século XX a liberdade de contratar e a propriedade privada, passam a ser valores fundamentais e juridicamente protegidos pela economia. Assim, os contratos figuraram como instrumento de promoção à dignidade da pessoa humana, de modo a impedir qualquer lesão à coletividade, buscando sempre a justiça social. Nos dizeres de Cunha (2007, p.274),

[...] A nova lógica contratual, pautada nos valores de ordem pública constitucional, redimensionou o papel do juiz, transformando-o em interventor do conteúdo contratual, para garantir a consecução da operação econômica por meio da promoção do equilíbrio de prestações desproporcionais, adequando o contrato aos ditames constitucionais.

A nova teoria contratual busca uma harmonização entre o interesse social e a autonomia da vontade, uma vez que, na hipótese desta ser apartada do ordenamento jurídico, haveria uma ofensa à própria Constituição Federal. Isso porque, princípios como o da livre iniciativa da ordem econômica, garantidos pela Carta Magna, dependem da autonomia da vontade para terem aplicabilidade efetiva. Por outro lado, há que se levar em consideração também, a socialização dos

contratos decorrente de um ponto de vista mais social do direito, segundo o qual, em virtude do rompimento com a dogmática clássica, não será concedido às partes total liberdade para contratar, haja vista a nova percepção de contrato com fortes tendências sociais.

Assim sendo, faz-se de extrema importância a adoção de novos paradigmas que sejam capazes de equilibrar a relação contratual, bem como limitar o direito de contratar, visando uma maior segurança e estabilidade às relações obrigacionais. A boa fé, a função social e a confiança são os novos modelos jurídicos que regem o contrato, “é na aplicação destes que a força coercitiva do contrato perde seu caráter de dogma, passando a ser um meio para buscar o equilíbrio social-econômico” (ORTOLAN, 2007). Não obstante a modificação quanto à forma de interpretação e principiologia a que se submete à teoria contratual, essa figura jurídico-econômica sofreu uma sofisticação, a complexidade do instituto aumentou severamente. A justificativa para tanto é a própria evolução social.

Com a adoção de novas tecnologias, empregadas à produção industrial, a partir do século XX, deu-se origem a um novo modelo social, o qual tinha por fim a produção em massa, denominado de sociedade de consumo em massa. Nesse período, o mercado foi dominado por empresas que melhor se enquadravam ao novo paradigma, para isso os bens de consumo passaram a ser produzidos em uma escala cada vez maior, de modo a atender a demanda dos consumidores.

Tal desenvolvimento afetou diretamente a relação contratual. Não era e não é mais suficiente o modelo contratual que envolve apenas duas partes, com cláusulas negociadas. Assim como a sociedade consome em massa, os contratos precisaram atender a essa demanda, daí o conceito de contrato de adesão. Nas palavras de Gomes (2006, p.195-196):

Nesta forma de contratação uma das partes se obriga a aceitar as cláusulas estabelecidas pela outra, em bloco, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os termos. O negócio jurídico é celebrado na base do ‘pegar – ou – largar’. Como observa Georges Ripert, ‘adesão não é consentimento. Consentir num contrato é debater as suas cláusulas com a outra parte depois duma luta mais ou menos dura, cuja convenção traduzirá as alternativas. Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter a sua vontade protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta.

A complexidade dos empreendimentos humanos obrigaram, por outro lado, a constituição de inúmeros contratos para a realização de um único fim, o que, por sua vez, provocou a chamada conexão contratual ou redes contratuais. Mais um dos fenômenos pós-modernos do contrato. No mesmo sentido Gomes (2006, p.215-216):

(...) a rede contratual vista a partir da noção de sistema não permite uma eventual confusão com um simples conjunto de contratos. É necessário que entre dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexu objetivo, que justifique a percepção de uma rede. Referido nexu objetivo não retira desta forma de relação contratual os deveres inerentes à qualquer outra relação contratual, porém, a possibilidade de o terceiro sucumbir às conseqüências do não cumprimento do avençado por um dos contratantes se mostrará mais evidente, já que sua participação na rede se justifica também pela busca de lucro e espaço no mercado.

Não obstante as modificações quanto ao número, seja de pessoas, seja se contratos envolvidos, as relações negociais são também afetadas, entre outros fatores, pelos meios de exteriorização. É possível a realização de um contrato através do meio eletrônico, sem jamais manter contato visual com a contraparte. O surgimento e desenvolvimento dos novos meios de comunicação possibilitaram a formação de relações contratuais à distância, tornaram ainda mais fácil a concretização da idéia da sociedade de massa global, acentuando-se a massificação das operações econômicas. Este novo instrumento na realização dos contratos, porém, apesar de facilitar o consumo, faz surgir uma série de questões a respeito da tutela efetiva dos direitos dos consumidores. A problemática resta demonstrada nas palavras de Mulholland (2006, p. 51-52):

De fato, a natureza 'imaterial' da rede de computadores desencadeou questionamentos em relação à tutela da privacidade, sigilo, segredo e intimidade dos consumidores que se relacionam através da rede, valores estes protegidos pela Constituição Federal e ameaçados por este novo meio comunicacional. De igual maneira, percebeu-se que a formação de contratos de consumo através deste novo meio poderia levar a um retrocesso de todas as conquistas realizadas através da concretização de uma sociedade solidarista e protetora dos direitos dos consumidores constitucionalmente garantidos, já que a tutela universal do consumidor seria, a princípio, inviável.

Outro fator de impar influência na teoria contratual contemporânea é o tempo. Muitos são os contratos que não possuem prazo determinado, são os ditos contratos de longa duração, cativos ou relacionais. A duração prolongada também influencia a relação jurídica de forma significativa, em especial, a questão vem causando transtornos quando associada ao poderio econômico das empresas e vulnerabilidade do consumidor.

Não é por outro motivo que, tendo em vista a desigualdade entre as partes na relação contratual e a conseqüente hipossuficiência do consumidor, alguns países sentiram necessidade de criar dispositivos legais que regulassem as relações contratuais, de modo a torná-las mais equilibrada. Diante disso e com o intuito de tornarem-se competitivas no mercado, muitas empresas propõem benefícios e ofertas especiais aos seus clientes, criando um vínculo de confiança nas relações contratuais. A partir daí, há uma modificação nas próprias relações de consumo e na forma de contratar, que passam a apresentar características como, duração longa, confiança, necessidade de equilíbrio contratual, transparência, dentre outras. No Brasil isso se deu principalmente através do Código de Defesa do Consumidor, o qual passou a regular conceitos como desequilíbrio contratual, justiça contratual, razoabilidade, onerosidade excessiva, boa-fé, equidade, conceitos esses que contribuíram para o reconhecimento jurídicos dos contratos relacionais. (CESARINO, 2007, p.92).

2 TEORIA CONTRATUAL RELACIONAL

2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS

A teoria contratual relacional foi inserida na dogmática contratual moderna, com o fim de ajustar a teoria dos contratos à complexidade interna das relações obrigacionais. Como muito bem lembra Macedo Júnior (2006, p.121):

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 por exemplo status (exemplo: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica.

Os contratos relacionais são conhecidos também como contratos de longa duração ou cativos¹, isso porque levam em conta a dinamicidade das relações obrigacionais, de modo que o início e o fim da transação não são identificáveis com facilidade. Os contratos de longa duração são conhecidos por tratarem relações jurídicas complexas, típicas do mundo globalizado, em que predomina a sociedade de serviços. Com o desenvolvimento intenso da economia moderna, em razão da aceleração da produção e da complexidade das situações existentes, essa modalidade de contrato assumiu um papel de suma importância na vida em sociedade.

Os contratos relacionais regulam obrigações duradouras, as quais demandam alto grau de flexibilidade, impossibilitando a discriminação de seus termos, como por exemplo, preço, quantidade, qualidade e entrega. Devemos mencionar ainda, as sucessivas transformações pelas quais passam os produtos e os serviços prestados no decorrer da relação contratual, tornando inviável qualquer forma de previsão das contingências futuras (MACEDO JÚNIOR, 2006, p.131). O

¹ Como lembra Cláudia Lima Marques. Segundo ela: “Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, status ou determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de ‘cativo’ – cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos.” (2002, p. 88).

mesmo entendimento é compartilhado por Amaral Júnior (1999, p.265), “as variações que o produto sofre em curto espaço de tempo impedem a previsão rigorosa dos termos do ajuste nos contratos de longa duração”.

Como já foi dito anteriormente, os contratos relacionais, via de regra, envolvem obrigações complexas e de longo prazo entre os contratantes. Esses por sua vez, possuem entre si uma relação de solidariedade e confiança, as partes cooperam umas com as outras, buscando vantagens recíprocas, ao contrário da postura individualista da dogmática contratual clássica e neoclássica, que estipulava regras definidas para os reajustes contratuais. Conforme Cesarino (2007, p. 60):

[...] Estes contratos têm que se pautar pela confiança, pelo convívio reiterado entre as partes, pois mudanças sociais, econômicas e legais podem ocorrer durante os vários anos de relação contratual, motivo pelo qual os modelos e princípios tradicionais dos contratos não mais fornecem os instrumentos úteis e necessários para regular esses longos vínculos.

Ainda nas palavras de Cesarino (2007, p. 62), evidencia-se a importância dos contratos de longa duração:

De maneira ampla, a contribuição mais importante dos princípios dos contratos relacionais dada à teoria contratual é a criação de um modelo contínuo que reúne as constantes renegociações, bem como as novas promessas, que serão determinadas pela catividade e interdependência dos contratantes. Quaisquer revisões ou novações ocorridas não significarão fim do contrato, uma vez que a relação contratual se sustentará na inexistência de abusos da posição contratual dominante ou prejuízos à parte mais fraca, visto que o dever de lealdade e cooperação integrará a relação contratual em toda a sua duração.

Ao contrário dos contratos descontínuos², nos contratos relacionais a satisfação plena dos contratantes ficará condicionada à permanência da relação

² Cesarino (2007, p.65) ao mencionar as características dos contratos descontínuos, expõe que, “Ele é descontínuo porque é autônomo, descontinuado e compõe um ente próprio, na medida em que ele cuida de uma transação completamente independente de qualquer outra transação anterior, contemporânea ou posterior. Ou seja, o ato contratual é considerado isoladamente, independente e autônomo, pois reúne todos os aspectos necessários para a sua formação. Uma vez respeitados todos os aspectos legais, está o contrato automaticamente firmado, sem necessidade de observância de qualquer outro aspecto. Outra característica dos contratos descontínuos é a sua impessoalidade, o que significa dizer que a qualidade da parte contratante em nada é relevante. Não se afere classe ou

jurídica, sob pena de não atingir seu fim. Isso porque, estamos nos referindo a um contrato de trato sucessivo, em que as obrigações das duas partes são renovadas sucessivamente na busca de segurança e qualidade, de modo que não seria interessante a elas a interrupção dos serviços prestados, haja vista apresentar uma fase de execução longa e duradoura. São exemplos, de contratos de longa duração, os contratos de franquia, de trabalho, de cooperação tecnológica, de fornecimento entre empresas, os previdenciários e alguns tipos de contratos bancários, além de outros em que as prestações obrigacionais se alongam durante toda a relação contratual.

Desse modo, uma vez realizada a análise referente ao conceito de contratos de longa duração, passaremos a abordar, brevemente, os elementos fundamentais da teoria contratual relacional, com o fim de objetivar o estudo e facilitar a operabilidade de sua aplicação no campo prático.

2.2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A TEORIA DO DIREITO CONTRATUAL RELACIONAL

2.2.1 Relações Primárias e Não-Primárias

As relações primárias e não-primárias são um dos elementos caracterizadores das distinções entre os contratos descontínuos e os contratos relacionais. Enquanto esses envolvem relações primárias, isto é, relações em que os participantes interagem como indivíduos únicos e totais, comunicando-se de maneira profunda e extensiva na busca de satisfação pessoal plena. Naqueles as relações são mais formais, o indivíduo é visto como meio para a consecução de um fim, a comunicação restringe-se exclusivamente aos assuntos peculiares do contrato pactuado.

Nas relações primárias, o número de participantes envolvidos é ilimitado, o que acarreta em uma crescente complexidade interna das relações contratuais, as

situação social, nível de escolaridade, status, situação familiar, bastando que a parte seja capaz de exercer direitos e contrair obrigações na órbita jurídica.”

quais englobam diversos tipos de relações primárias em níveis distintos. Nos contratos descontínuos por sua vez, os contratos limitam-se há apenas duas partes, uma vez que a presença de outros participantes na relação contratual implicaria em características relacionais.

Corrobora com este entendimento, Macedo Jr. (2007, p. 128), quando afirma que:

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

2.2.2 Medida da Transação

Nos contratos relacionais, as partes não têm consciência dos benefícios aferidos ao longo da relação contratual, nesses tipos de contrato prevalece a troca de valores não conversíveis em dinheiro, isto é, a troca não precisa se limitar ao dinheiro em espécie. Nos contratos descontínuos por sua vez, os contratantes já sabem o quanto cada um deles deverá dispor para a consecução da obrigação contratual.

E Macedo Jr. (2007, p. 131) afirma ainda:

[...] De forma geral, os contratos que se ligam a interesses não exclusivamente econômicos, por envolverem valores de interesse social, como a dignidade humana, a proteção do meio ambiente, a defesa e segurança da nação (no caso de contrato de fornecimento de armamentos), acabam por ter características mais relacionais.

Além disso, por vezes o objeto principal destes contratos é um evento futuro, certo ou incerto, é a transferência de riscos referentes à futura necessidade, como no caso de assistência médica, pensão, entre outros (MARQUES, 2007, p.88).

2.2.3 Período de Vigência

O contrato relacional, como bem se sabe, também é conhecido como contrato de longa duração, de maneira que o início e o término de sua vigência não são facilmente determinados, ou seja, não têm um momento único de formação. Tanto o início do período contratual, quanto o seu término são feitos gradualmente, evitando o máximo possível quaisquer abalos econômicos decorrentes de um rompimento inesperado.

No caso dos contratos descontínuos, seu período de vigência dura pouco, haja vista iniciarem-se subitamente, podendo ser encerrados de forma imediata, seja através do cumprimento contratual ou por meio do rompimento em virtude de resolução ou mesmo de resilição contratual.

O tempo, no que se refere ao contrato de longa duração, é elemento essencial à realização do negócio. Existe em benefício do credor, uma vez que o contrato desenvolve seus efeitos justamente através da passagem do tempo, da divisão de riscos no tempo.

2.2.4 Planejamento Contratual

Nos contratos descontínuos o processo de planejamento, embora exista, normalmente é subsidiário ao aspecto principal da transação, qual seja, objeto da venda, preço e prazo de pagamento. Caracteriza-se como um planejamento certo e completo, em que são cogitas todas as possibilidades de eventos futuros que pudessem advir do curso da relação contratual.

Nos contratos relacionais, por sua vez, além dos aspectos da substância do negócio, os participantes programam o cumprimento da obrigação contratual no futuro, bem como o modo como será conduzida, daí dizer-se que os contratos relacionais têm caráter processual.

A respeito desse assunto corrobora Macedo Jr. (2006, p.133):

[...] Neste caso, os termos contratuais passam a definir menos as regras processuais para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento serão definidas. O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma “mini-constituição” ou estatuto de uma sociedade ou clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento. Neste ponto, mais uma vez, o contrato relacional se aproxima da idéia de acordo.

Assim sendo, na hipótese de haver alguma modificação substancial no conteúdo do contrato, a qual interfira no equilíbrio da relação contratual, o mesmo deverá ser reformulado a fim de impedir tanto a perda do fim essencial, quanto a abusividade do direito.

2.2.5 Divisão e compartilhamento de ônus e bônus entre as partes contratantes

De acordo com a teoria tradicional, as partes possuem interesses antagônicos e individualistas. O acordo de vontades só estaria apto a configurar o contrato no caso em que os interesses dos contratantes fossem opostos.

Em relação aos contratos descontínuos, seu fim maior baseia-se na troca ou na transferência de benefícios e ônus entre as partes. Isso faz com que não recaia nenhuma divisão de ônus sobre o resultado da transação. No caso do contrato de compra e venda, por exemplo, assevera Macedo Júnior (2006, p.137):

[...] Os riscos, ônus e vantagens em possuir o dinheiro são inteiramente transferidos para aquele que vende o imóvel. Em contrapartida, os riscos, ônus e vantagens em possuir o imóvel passam para o seu novo proprietário.

Nos contratos relacionais, no entanto, ocorre o contrário, uma vez que benefícios e ônus são compartilhados entre os contratantes, aqui, o conflito de interesses é substituído pela cooperação e pela solidariedade. Um bom exemplo disto seria o contrato de sociedade realizado entre advogados de um mesmo escritório, em que há a divisão de lucro e dividendos. O artigo 981 do Código Civil de 2002 dispõe que:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Assim como nos contratos de sociedade, nos contratos relacionais tanto o aumento de lucratividade, quanto os prejuízos sofridos são compartilhados e divididos entre as partes, com o fim de alcançar o equilíbrio contratual por meio de conceitos como cooperação e solidariedade.

2.2.5.1 Definição de conceitos: cooperação e solidariedade

De acordo com o entendimento de Cesarino (2006 p. 76-77):

Cooperar é um dever de conduta imposto às partes, para que ajam com lealdade e colaborem para que o outro possa cumprir com suas obrigações e alcançar a satisfação contratual.

O dever de cooperação é aquele que exige das partes certas condutas necessárias para que o contrato atinja seu fim, sendo que, em certos casos, esta conduta de uma das partes só beneficia a outra contratante. Consiste na colaboração durante a fase de execução do contrato, ou seja, não dificultar o acesso aos direitos ou inviabilizar que a prestação seja cumprida.

Ainda a respeito do conceito de cooperação, o entendimento de Gallo (2010, p. 14):

A cooperação entre as partes torna-se essencial se alicerçarmos na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais, o que poderia ser compensado pelo aprofundamento das relações de confiança e solidariedade. Cooperação aqui pode ser definida como a associação com outrem para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus, o que não é característica inerente aos contratos de adesão, mas pode ser inserida no contexto dos contratos de longo prazo, desde que se considere a diminuição dos custos de transação quando da execução do objeto contratual, derivada do esforço comum das partes cooperantes.

Daí podemos deduzir, que há na relação obrigacional o dever de cooperação tanto do credor para o devedor, quanto do devedor para o credor. Esse dever poderá ser exercido por meio de prestações positivas, isto é, os contratantes devem agir solidariamente na busca pelo fim contratual e por meio de prestações negativas, segundo as quais, as partes devem abster-se de quaisquer medidas que dificultem o cumprimento das obrigações convencionadas.

Sendo os contratos relacionais, aqueles em que há, execução sucessiva e longa duração, faz-se necessário haver confiança entre as partes, de modo que na hipótese de mudanças sociais e econômicas na sociedade, os contratantes possam contar com a continuidade da relação jurídica que só se dará com a efetiva cooperação entre si durante a execução do contrato. Com isso, havendo boa-fé entre as partes, geralmente a lei não precisará ser utilizada para o cumprimento do contrato. Ao depositarem, entre si, uma confiança recíproca, bem como um comportamento cooperativo, o contrato poderá vigor com sucesso por um período longo de duração, sem que haja necessidade de regras legais que o regulamentem.

Em relação à solidariedade, entende-se, que ela estaria ligada a uma idéia de justiça social. Nas palavras da ilustre jurista Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 7-8):

A solidariedade pode, então, ser compreendida sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são os diferentes significados do termo. Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva com o livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

(...)

O projeto de uma sociedade livre, justa e solidária contraria a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado, presentes em situações jurídicas subjetivas de cunho patrimonial (o ambiente do ter) – situações próprias, aliás, de um sistema capitalista sem qualquer moderação, sem valores sociais a proteger, onde vigora a máxima, proveniente de conhecida expressão popular, de que é

“cada um pó si e Deus por todos”. Esta lógica foi, por determinação constitucional, substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores precípuo do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana.

Sua implicação para os contratos relacionais diz respeito à socialização do ônus porventura sofrido. No mesmo sentido Gallo (2010, p.14):

[...] No conceito de solidariedade encontramos a idéia de uma unidade que produz ou está baseada na comunidade de interesses, objetivos, valores e padrões. 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.

A solidariedade deve estar presente nos contratos relacionais, uma vez que nesses pressupõe-se que as partes cooperam entre si, ou seja, não há oposições, em relação aos interesses envolvidos, isso porque elas buscam o mesmo fim, qual seja o equilíbrio contratual. Deve ser mencionado também, que o interesse de todos precisa ser priorizado em detrimento do interesse individual, conforme Macedo Jr. (2006, p.140), “o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico”.

2.2.6 As relações de poder

Na maioria dos contratos, existe um desequilíbrio entre as partes contratantes, esse desequilíbrio pode ser fruto de fatores financeiros, informativos, ou mesmo a respeito da vontade e da liberdade dos contratantes, o que pode causar um desequilíbrio nas relações contratuais.

Geralmente, as grandes empresas concentram em suas mãos tanto o poder da informação quanto o poder econômico, tornando a relação contratual totalmente desequilibrada, com a supremacia do mais forte sobre o mais fraco, em

geral os consumidores, que acabam aderindo a qualquer tipo de negócio a eles oferecido. Segundo Cesarino (2006, p. 85):

[...] De fato, o que se verifica é que esses detentores de superioridade econômica e superioridade intelectual têm concentradas em si uma autoridade ou superioridade negocial perante o contratante, o que os estimula a incluir cláusulas que provocam disparidades entre os direitos e as obrigações que advêm do contrato.

Ocorre que, para atingir o objetivo contratual, em busca da segurança transmitida por determinado serviço ou bem, o consumidor manterá relações de conveniência e dependência com os fornecedores, pagando os valores por eles impostos e obedecendo fielmente às suas determinações. Presente, portanto, uma ampla sujeição.

Ao exercerem o poder, cada contratante tem por fim satisfazer-se da melhor maneira o possível, auferindo o máximo de benefícios em detrimento da outra parte. Contudo, uma relação de poder desse tipo, causará uma situação de abusividade extrema, a ponto de haver o desequilíbrio do contrato, e a conseqüente supremacia de uma parte sobre a outra.

Por essa razão, houve a necessidade de equiparação da relação contratual e para isso, foi preciso a implementação de certas obrigações não convencionadas entre as partes, mas que fossem capazes de conferir justiça à avença.

Tendo em vista seu caráter complexo, e por se tratar de contratos de execução sucessiva, os contratos relacionais exigem que haja confiança entre os contratantes, em virtude disso, a relação de poder existente entre as partes deve ser analisada durante toda a relação contratual, uma vez que as condições econômicas, sociais e legais podem ser modificadas ao longo do contrato, a fim de que o equilíbrio contratual seja mantido.

Ainda nas palavras de Cesarino (2006, p.88):

[...] nos contratos relacionais, devido à sua complexidade e continuidade de relações, há mudanças no equilíbrio de poder constantemente, pois poder unilateral e bilateral são ligados um ao outro, uma vez que o poder bilateral depende dos respectivos poderes unilaterais das partes naquela relação. Desta forma, nos contratos relacionais, a possibilidade de troca entre as partes, de

forma equilibrada, depende da capacidade que cada contratante tem de fazer prevalecer sua vontade individual, com o fim de se alcançar a vontade bilateral. E é nesse contexto que, nos contratos relacionais, o poder unilateral das partes deve ser apreciado com base na solidariedade, cooperação, não abuso de direito, etc.

Uma forma de mitigar os efeitos dos desequilíbrios de poder consistiria no direito de participação, segundo o qual, as partes compartilhariam decisões e avaliações, feitas sob a análise de ambos os contratantes, com o intuito de minimizar poderes e dominações absolutos. Assim sendo, o direito de participação seria exercido por todos os contratantes, em constante negociação, assegurando à relação contratual um maior equilíbrio de poder.

2.2.7 Perspectiva dos participantes

Importante ressaltar a diferença entre os contratos descontínuos e os contratos relacionais no que diz respeito à visão e expectativa das partes.

Enquanto nos contratos descontínuos os contratantes têm clara consciência da troca a ser realizada, bem como de suas motivações econômicas. Nos contratos relacionais, devido a sua complexidade e pelo fato de apresentar uma natureza cooperativa, as partes não têm conhecimento dos fundamentos econômicos, os quais nem sempre são preponderantes neste tipo de relação contratual.

Nos contratos descontínuos, as partes buscam satisfazer seus interesses, não há comportamento altruístico, uma vez que os contratantes pretendem ser compensados por qualquer benefício que possa trazer a outra parte. Nos contratos de longa duração, entretanto, em virtude de buscarem o mesmo fim, qual seja, o equilíbrio contratual, os participantes tendem a compartilhar os ônus e benefícios provenientes dessa relação.

Com relação ao tempo, também é possível estabelecer algumas diferenças. Nos contratos descontínuos as partes tentam prever quaisquer situações futuras que possam intervir na relação contratual, através de planejamentos, os quais visam a antecipação do futuro. Já nos contratos relacionais, os participantes

não têm a pretensão de antecipar o futuro, o qual acaba se fundindo com o passado e o presente, uma vez que seria impossível prever os fatos futuros em razão da complexidade desses contratos.

Importante também, é questão a respeito da expectativa dos participantes em relação aos problemas. Enquanto nos contratos descontínuos as partes o planejam para não haver qualquer problema, nos contratos relacionais, a imprevisão está implícita, de modo que os participantes têm consciência de que havendo mudanças sociais, econômicas ou legais, um novo planejamento precisará ser feito, com a cooperação de todas as partes envolvidas na negociação.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TEORIA CONTRATUAL RELACIONAL

2.3.1 Princípio da Transparência

O princípio da transparência está positivado no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro em seu artigo 4º, segundo o qual:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objeto o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...].

Nesse sentido Marques (2002 p. 595-596):

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

O artigo 6º, III, por sua vez dispõe que:

Art. 6º, III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviço, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Assim, é necessário que os participantes da relação contratual troquem informações a respeito da viabilidade de contratar, bem como assegurar as partes o conhecimento da exata extensão das obrigações assumidas. Sobre esse assunto elucida Coelho (1996):

De acordo com o princípio da transparência, não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento.

No que diz respeito aos contratos relacionais, o princípio da transparência deve estar presente enquanto o contrato estiver produzindo efeitos jurídicos, a fim de que seja alcançada uma aproximação mais sincera e menos danosa entre os contratantes.

A respeito desse assunto elucida Cesarino (2006, p.95):

Para a doutrina contratual tradicional, o dever de informar vem como um dever subsidiário, acessório à obrigação principal, como já comentado. Porém, na disciplina dos contratos relacionais, tal dever torna-se independente da relação principal, na medida em que permeia todas as fases do negócio jurídico como obrigação separada e autônoma. Na fase pré-contratual, para a oferta é previsto um amplo e detalhado dever de informar, que precisa ser considerado, inclusive, na própria elaboração do texto do contrato. Durante toda a fase contratual subsiste o mesmo dever, agora também como base para a responsabilização civil do fornecedor, e até mesmo na fase pós-contratual todas as informações devem ser prestadas às partes.

Do mais, é necessário falar também, do dever de redação clara dos contratos por parte do fornecedor, uma vez que normalmente, tratam-se de contratos de adesão, em que os próprios fornecedores é que o elaboram, segundo seus interesses.

Desse modo, é preciso que as cláusulas contratuais estejam redigidas de forma clara, isto é, em linguagem compreensível a todos os participantes, evitando-

se ao máximo, a utilização de termos técnicos não usuais, bem como o destaque das cláusulas limitativas de direitos.

2.3.2 Princípio da Equidade

A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Para muitos, de excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Conforme nos ensina Amaral Neto (2004, p. 16-23):

Tem-se, assim: a equidade interpretativa, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade corretiva, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; a equidade quantificadora, que atua na hipótese de fixação do *quantum* indenizatório; a equidade integrativa, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade processual, ou juízo de equidade, conjunto de princípios e diretrizes que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem.

Quanto às funções que a equidade pode desempenhar em nosso Direito, reconhece-se aquela básica e geral, de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo-se aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o Direito do caso concreto. Possui ainda função corretiva, isto é, a de temperar o Direito positivo, principalmente em matéria contratual, e função quantificadora, quando se constitui em uma medida, a quantificação dos efeitos da aplicação da norma, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. Sendo a lei omissa, e devendo o juiz fixar valor retributivo, o recurso é o princípio da equidade, quando então lhe será reconhecida a função supletiva. Pode, ainda, a equidade ser eleita pelas partes para a solução de um litígio de que participem, como ocorre nos casos de compromisso arbitral.

Os contratos relacionais buscam um equilíbrio contratual capaz de tornar justa a relação entre os participantes, os quais passam a compartilhar tanto os ônus quanto os benefícios das negociações contratuais. Para tanto, esse equilíbrio contratual precisa estar presente enquanto o contrato possuir efeitos jurídicos, isto é, no momento da contratação, no curso das prestações, durante toda a sua execução e ainda, na fase pós-contratual.

Através do princípio da equidade, os contratantes têm a possibilidade de equilibrar a relação contratual, harmonizando seus interesses e mantendo a proporcionalidade dos seus direitos e obrigações. Isso pode ser feito, inclusive, através da proibição de inclusão de cláusulas abusivas, isto é, de cláusulas marcadas pela unilateralidade, pela supremacia de uma das partes sobre a outra, levando a um desequilíbrio contratual. Neste sentido Cesarino (2006, p.99):

Para a caracterização da abusividade da cláusula, a lei brasileira não exige que a cláusula abusiva seja incluída no contrato por abuso do poderio econômico do fornecedor. Pelo contrário, a cláusula pode ter sido aceita de forma consciente pelo consumidor, porém, se traz vantagem excessiva para o fornecedor, ou é contrária às novas normas de ordem pública de proteção do Código de Defesa do Consumidor e a autonomia de vontade, não subsistirá. Por se tratar de norma de ordem pública, inafastável pela vontade das partes, o Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta das cláusulas abusivas de ofício, ou a pedido dos consumidores, das entidades que os representem ou do Ministério Público, visando o restabelecimento do equilíbrio. A sentença que reconhece a nulidade absoluta é constitutiva negativa, pois desconstitui a juridicidade do ato modificando uma situação jurídica.

2.3.3 Princípio da Confiança

Segundo o princípio da confiança, os contratantes pressupõem que suas expectativas podem ser depositadas na outra parte, uma vez que juntos buscam o fim esperado, através de comportamentos mútuos, de modo que não são aceitas atitudes que contrariem uma expectativa gerada pela relação contratual. De acordo³

³ Pode-se falar aqui numa dimensão negativa da confiança. Ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nessa dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguir com suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiou.

com Macedo Júnior (2007), “a confiança pode ser entendida como expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”.

Não é absurdo ou meramente retórico, portanto, afirmar que, sem uma adequada proteção da confiança legítima, o sistema jurídico sequer estará cumprindo seu papel. Afinal, o homem que confia, necessariamente, coloca-se numa posição mais frágil e vulnerável dentro de determinada relação jurídica. Para compensar essa vulnerabilidade, cabe ao ordenamento jurídico garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo.

Nesse ponto é importante perceber que, com a adequada proteção da confiança legítima, o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria “confiança” no ordenamento jurídico.

Cesarino (2006, p.103) cita o exemplo de um fato em que o princípio da confiança deva ser aplicado:

Como exemplo esclarecedor, imagine que um consumidor, ao contratar com uma empresa para a prestação de serviços à saúde, confia que terá médico, hospitalização e todos os recursos necessários para tratar de sua saúde. Frustra-se não só a expectativa do consumidor como também viola o princípio da confiança quando, por exemplo, internado em CTI, o consumidor é removido por ter o tempo de internação expirado.

E continua,

A manifestação de vontade das partes é dada tendo em vista a crença no alcance de determinados fins. E todas as ações concretas das partes, durante toda a existência da relação contratual, criam as expectativas de se poder alcançar estes efeitos contratuais. A confiança depositada pelas pessoas merece tutela jurídica. Quando uma pessoa atua ou celebra certo ato, negócio ou contrato, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança.

Neste sentido, o princípio da confiança tem o condão de regular as negociações entre os contratantes de modo a adequar produtos e serviços, com o fim de mitigar o ônus advindo dessa relação contratual. Além disso, através do desse princípio, é possível a regulação de alguns aspectos referentes à insolvência,

abusos, bem como, inexecução contratual de ambos os contratantes. Isso porque, as normas jurídicas e sociais possibilitam às partes que confiem uma na outra. Caso contrário, se as leis não tivessem eficácia, os contratantes não conseguiriam concretizar suas expectativas.

2.3.4 Princípio da Boa-fé

A boa-fé objetiva nada mais é do que a expressão máxima da consagração da eticidade no novo código. Aplica-se nas três fases do processo obrigacional, quais sejam: fase inicial, de formação; fase de realização da obrigação e fase final, após a extinção do vínculo.

Consiste num dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação comercial. No âmbito obrigacional, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido de recíproca cooperação, com consideração dos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência da obrigação.

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga a colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção.

De forma esclarecedora, Macedo Jr. (2006), conceitua a boa-fé:

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

Na perspectiva relacional, a boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual. Dentro desta visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe e não apenas porque uma promessa individual a estipulou. Outros objetivos e valores da sociedade, como as idéias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor consagra tal princípio de maneira expressa em seu artigo 6. Vale notar, que superando a idéia clássica já presente no Código Civil de 1916 da boa-fé subjetiva, o novo sistema de proteção do consumidor brasileiro contemplou o princípio da boa fé objetiva, que identifica o princípio na dinâmica efetiva da relação contratual e não apenas no âmbito da expectativa subjetiva do sujeito contratante. Para a teoria relacional, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais (artigo 6, V, do Código de Defesa do Consumidor). Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança, mas também a reciprocidade, o equilíbrio substantivo e dinâmico, a confiança, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhe é subjacente.

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 funciona como uma verdadeira “norma de calibração” da teoria contratual relacional.

Vale notar, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal que a esgote, na medida em que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais.

Sob a ótica do princípio da boa-fé, percebe-se que os contratos têm não apenas fins econômicos e individuais, como também, fins sociais e morais. Destarte, a presença desse princípio faz-se indispensável em qualquer tipo de obrigação contratual, contudo sua importância é mais evidente nos contratos de longa duração, haja vista que “determinará um comportamento correto e justo pelas partes durante toda a continuidade contratual relacional, assim como permitirá a boa intenção das partes nos seus comportamentos, que remeterá à proteção da confiança e solidariedade, elementos imprescindíveis nos contratos relacionais”, Cesarino (2006, p. 108).

Ao fazermos um paralelo entre a confiança e a boa-fé, notamos que o princípio da confiança assemelha-se a um instrumento capaz de promover a previsão do Direito a ser cumprido, assegurando a um dos participantes a certeza de que a outra parte cumprirá as prestações cabíveis a ela na obrigação contratual.

2.4 CONTRATOS DITOS RELACIONAIS

Faremos agora um breve apanhado de alguns dos contratos ditos relacionais, objetivando facilitar a aplicação e a operabilidade dos contratos de longa duração no campo prático. Ressalta-se, que os contratos mencionados a seguir estão apenas a título exemplificativo, havendo vários outros contratos possuidores de características relacionais, como por exemplo, o contrato de seguro que será analisado com maior profundidade em momento oportuno.

2.4.1 Contratos de Plano de Previdência Privada

Sucintamente falando, os contratos de previdência privada, funcionam como uma caderneta de poupança, de longo prazo, na qual o poupador acumula, ao longo dos anos, um capital que é recebido por uma empresa com autorização legal para investi-lo da maneira mais rentável o possível. Após a aposentadoria do poupador, ele começa a receber os frutos desse “investimento”, na forma de renda mensal e vitalícia, ou se preferir, de uma única vez.

A respeito desse assunto esclarece Macedo Jr. (2001):

[...] a defesa do consumidor nos contratos previdenciários deve reconhecer que as cláusulas deste tipo de contratação são usualmente negociadas no contexto das relações de trabalho, apesar disto não ser necessário. Neste sentido, as expectativas envolvidas neste tipo de contratação geralmente se iniciam e se misturam com as expectativas envolvidas no próprio contrato de trabalho. Este fato é expressamente reconhecido pelo direito norte-americano desde 1949, contrariamente ao que ocorreu no direito brasileiro (artigo 2º do Decreto-Lei 2.297). Na própria delimitação de áreas de especialização jurídica, é sintomático que, nos Estados Unidos, o título de previdência privada seja tratado conjuntamente com o regime jurídico das relações de trabalho. Isto ocorre porque em grande medida os termos dos contratos previdenciários são negociados em termos de fringe benefits que atuam como elementos estimuladores da confiança dos trabalhadores na empresa, como também podem servir como instrumentos de sua catividade, na medida em que os prendem à empresa. É falso, portanto, admitir que o contrato previdenciário seja um contrato de consumo descontínuo, como por exemplo, a compra de um refrigerante numa máquina de

venda automática. Ignorar este caráter complexo da contratação previdenciária é impor uma limitação intolerável para a defesa do consumidor.

Podemos destacar ainda, que por tratar-se de um contrato complexo, de longa duração, o contrato de previdência privada poderá sofrer um desequilíbrio ao longo dos anos, sendo necessária a aplicação de princípios como, o da solidariedade, da cooperação e da boa-fé, que possibilitem o seu restabelecimento. Para isso, a empresa prestadora do serviço de previdência privada, deverá dividir os benefícios e ônus da relação contratual com o contratante, de modo que o mesmo possa confiar que a empresa o amparará quando for necessária a utilização do plano.

Dessa forma, é notório que o contrato de previdência privada é um típico caso de contrato relacional, haja vista estarem presentes todos os elementos caracterizadores dos contratos de longa duração, quais sejam, o tempo de duração, a possibilidade de haver uma quebra do equilíbrio financeiro que atinja a equidade, a proibição de cláusulas abusivas, a possibilidade de quebra da confiança e boa-fé.

2.4.2 Contratos de Plano Funerário

Segundo Cesarino (2006, p. 111), os contratos de plano funerário consistem em:

São contratos através dos quais as partes compram seus túmulos e jazidos e organizam seus serviços funerários com antecedência, mediante o pagamento de prestações mensais. O consumidor se vincula à funerária por vários anos, até que ocorram os falecimentos cobertos pelo serviço contratado. São diferentes dos contratos de prestação de serviços funerários imediatos, pois estes têm como objeto o serviço imediato e único.

No caso dos contratos de plano funerário, busca-se desonerar os familiares dos custos referentes a um funeral de qualidade, esse é seu fim maior, o qual vai muito além do objeto contratual monetariamente percebido, isto é, a troca

entre os participantes refere-se a valores não limitados a dinheiro especificamente. Daí a aproximação desses contratos com os contratos ditos relacionais.

2.4.3 Contratos Bancários

Assim como os contratos relacionais, os contratos bancários apresentam natureza complexa, isso porque, entre o banco e o contratante existem diversas relações jurídicas, sendo prestados serviços diversos, porém conexos. Para evitar a supremacia do banco sobre o seu cliente faz-se necessária a adoção do princípio da transparência, uma vez que o emprego de termos técnicos poderia dificultar a compreensão dos participantes, geralmente leigos nesse assunto, causando um desequilíbrio contratual.

Nas palavras de Cesarino (2006, p. 113):

Sem analisar novamente as características relacionais dos contratos bancários, uma vez que já foram todas vistas no presente trabalho, pode-se dizer que os contratos bancários são contratos realizados em massa, pois o banco realiza operações que visam atender a um grande número de clientes, indistintamente. São milhares de contratos firmados diariamente, o que gera uma padronização dos contratos, pois estes têm que ser produzidos em série. Na mesma linha, o contrato bancário é contrato de adesão, visto que, a partir do momento em que o banco passou a atender a uma infinita seqüência de operações, tornou-se inviável a elaboração de um contrato para atender cada relação contratual. Deu-se, então, a necessidade da elaboração de formas idênticas, assumindo uniformidade, passando, por isso, a ter suas cláusulas impostas unilateralmente, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de discuti-las. Nessa perspectiva, todos os deveres de informação segundo a boa-fé, redação clara dos contratos e proteção contra cláusulas abusivas, devem ser respeitados.

3 O CONTRATO DE SEGURO

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

O Código Civil Brasileiro de 2002 regula o contrato de seguro em seu artigo 757, segundo o qual:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

O contrato de seguro tem por fim a socialização dos riscos entre as pessoas. As seguradoras realizam estimativas, em que calculam a probabilidade da ocorrência de determinado fato. Fato esse que, na maioria das vezes, poderá ter consequências danosas aos segurados.

Diante dos cálculos feitos, a seguradora cobrará de cada segurado uma quantia (prêmio), que será baseada no risco corrido por cada um deles. Em contrapartida, garante o pagamento de prestação pecuniária (sinistro), caso o fato venha a ser consumado.

Através do produto dos prêmios que auferir dos segurados, a seguradora poderá pagar as prestações devidas aos segurados, caso o fato segurado se consuma, e ainda disporá de recursos para quitar todas as despesas administrativas e operacionais da empresa, além de receber seus lucros.

No mesmo sentido ensina Coelho (2007, p. 341):

Função econômica do seguro é socializar riscos entre os segurados. A companhia seguradora recebe de cada um o prêmio, calculado de acordo com a probabilidade de ocorrência do evento danoso. Em contrapartida, obriga-se a conceder a garantia consistente em pagar certa prestação pecuniária, em geral de caráter indenizatório, ao segurado, ou a terceiros beneficiários, na hipótese de verificação do sinistro.

O contrato de seguro é caracterizado por três elementos básicos, quais sejam: seguradora, prêmio e risco, sendo o prêmio elemento exclusivo desse tipo contratual.

As sociedades seguradoras são elementos subjetivos indispensáveis à caracterização do contrato de seguro, uma vez que é a sua presença que confere aos segurados a garantia contra os riscos, isto é, na hipótese de ocorrência do fato danoso, quem indenizará o segurado será a seguradora. Ressalta-se ainda, que Sociedades seguradoras necessitam de autorização governamental para o seu funcionamento (COELHO, 2006, p. 343-344).

O prêmio faz referência à quantia, em dinheiro, paga pelo segurado à seguradora, em virtude da transferência de risco, garantindo-lhe o direito à indenização caso venha a ocorrer o sinistro, sem ele não poderá ser exigido da seguradora que indenize o segurado. Do mesmo modo Coelho (2006, p. 343), “o segundo elemento característico do contrato de seguro é a remuneração devida pelo contratante da garantia à seguradora, que se denomina prêmio”.

E por último, o risco, elemento essencial dos contratos de seguro. De acordo com Coelho (2006, p. 342), o risco consistiria em:

Por risco se entende a possibilidade de ocorrer ou não evento futuro e incerto de consequências relevantes aos interesses do contratante do seguro. Normalmente, essas conseqüências são negativas e o contratante não deseja a ocorrência do risco. Por essa razão, inclusive, chama-se sinistro à sua verificação. O interesse do segurado em não ver ocorrido o sinistro está presente na expressiva maioria dos casos em que se pensa em fazer um seguro. Numa única situação, contudo, o risco pode ser a possibilidade de verificação de fato futuro e incerto com conseqüências *positivas*: no seguro de vida em que o risco coberto é a sobrevivência do segurado após o prazo definido em contrato. O sinistro, nesse caso específico, é querido pelo segurado, embora em certo sentido seja um fator que o preocupa.

Importante salientar que, sem o risco, o contrato de seguro é nulo. Caso o contratante do seguro tenha consciência, ao contratar, de que o sinistro era inevitável, não há risco. Assim sendo, a seguradora não tem o dever de pagar a indenização prevista. Do mesmo modo, se a seguradora tem consciência, no momento da contratação, de que o risco não existe, deverá pagar o valor em dobro do prêmio estipulado ao segurado.

Em relação às características do contrato de seguro, podemos citar bilateralidade, onerosidade, adesão, aleatoriedade, boa-fé, execução continuada.

Entende-se o contrato de seguro como bilateral, uma vez que constitui obrigações para ambos os contratantes. Oneroso por haver um sacrifício financeiro para ambas as partes. De adesão em virtude das condições serem apresentadas ao segurado já pré-estabelecidas, sem que haja uma negociação entre os contratantes. Aleatório, pois o pagamento da indenização está condicionado a fatos incertos e futuros. De boa-fé, haja vista que segurado e seguradora devem ser sinceros e leais em suas declarações, sendo que a má-fé não poderá ser presumida. E em relação aos seguros de pessoas, possui execução continuada, pois vigera por um longo período, visando a proteção da pessoa.

3.2 O CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO RELACIONAL

Embora haja muitos contratos de seguro que possuem aspecto relacional, via de regra, esses tipos contratuais, em sua grande maioria, têm natureza de contratos descontínuos, como por exemplo, os contratos de seguro contra roubo e furto feitos ao se alugar um veículo para fins de turismo. Contudo, podemos notar, inclusive através de decisões jurisprudenciais, que o tipo de contrato relacional e complexo que podemos identificar em alguns dos contratos de seguro tem se tornado o modelo cada vez mais dominante e normal de relação contratual. Assim sendo, para demonstrar o que fora dito, faz-se necessária a análise das características dos contratos de seguro, que o aproximam dos contratos relacionais.

Por fim, para corroborar tudo o que aqui foi dito e a relevância desse, traremos algumas implicações práticas, que demonstram que casos como os que serão apresentados a seguir podem ser analisados e resolvidos, satisfatoriamente, sob a ótica da teoria relacional contratual.

3.2.1 Características Relacionais

O contrato de seguro envolve uma relação de confiança, isso porque em se tratando de um contrato de longa duração, no momento de sua contratação, não é possível que todos os seus elementos sejam definidos por elementos monetizáveis. Contudo, por meio da ciência atuarial, criou-se uma técnica de determinação de equivalentes, a qual possibilita aos contratos de caráter relacional, uma flexibilização no âmbito das renegociações, uma vez que surge um padrão de equivalência. Ressalta-se que nos seguros de pessoa, embora o sinistro possa ter desdobramentos econômicos, o objeto da cobertura não integra o patrimônio do segurado, no seguro de pessoas, o segurado não tem interesse essencialmente material.

Em relação à sua duração, no que diz respeito aos contratos de seguro de pessoas, possuem natureza de contrato de longo prazo, em virtude de serem contratos de execução continuada e possuem uma grande importância social e individual, os quais visam a proteção da pessoa. Assim, um jovem que vem contratando ininterruptamente um seguro de vida, dificilmente abrirá mão desta segurança ao se tornar idoso, uma vez que escolheu aquela seguradora, investiu nela e, portanto, pretende poder manter-se unido a ela.

Notório também, que entre segurado e seguradora deve haver a divisão e o compartilhamento de ônus e dos benefícios advindos do contrato. Muitos julgados já têm decidido no sentido de que a seguradora não poderia modificar abruptamente as condições do seguro, uma vez que estaria ofendendo os princípios da boa-fé, da cooperação e da solidariedade. O segurado por sua vez, também deve colaborar com a seguradora, de modo que, havendo necessidade de aumento do valor do prêmio para o reequilíbrio contratual, o segurado deverá aumentar sua participação a fim de minimizar os prejuízos verificados.

Em relação ao compartilhamento de ônus, é importante destacar também, a questão referente à estrutura de socialização dos riscos do investimento nos contratos de seguro. Ao encarar a perda como um risco, a sociedade entendeu que o mesmo poderia ser solucionado de forma menos onerosa se as conseqüências individuais danosas dos riscos fossem suportadas coletivamente. No que diz

respeito aos contratos de seguro, busca-se a distribuição do risco e a disseminação do custo, a fim de compartilhar o prejuízo patrimonial do dano entre os contratantes.

A respeito desse assunto aduzem Timm e Alves (2007, p. 2714):

É fundamental deixar claro que as contratações securitárias só têm razão de ser quando o risco é atenuado por intermédio da mutualidade. Senão, inclusive, estaríamos diante de uma situação de jogo ou aposta, na qual em ocorrendo um sinistro, sairia ganhando o segurado, e na ausência do sinistro, ganharia a seguradora.

Assim como acontece nos contratos relacionais, nos contratos de seguro cria-se uma expectativa em relação à prestadora do serviço sobre o seu comportamento altruístico. Isso porque, acredita-se que em um plano de seguridade, há uma preocupação muito grande com o segurado, no sentido de nunca deixá-lo desamparado no momento em que precisar desfrutar do plano contratado. A própria seguradora costuma ressaltar a postura “altruística” oferecida pelas empresas, como por exemplo, a tolerância a prazos, coberturas e direitos não previstos no contrato. Contudo, muitas vezes, essas regalias são oferecidas apenas a um número restrito de clientes, os ditos “clientes preferenciais”. Daí surge a necessidade de interferência do Poder Judiciário no sentido de estender tais benefícios a todos os consumidores que se encontrem nas mesmas condições (MACEDO JR., 2006, p. 267-268).

Outro aspecto fundamental diz respeito à possibilidade de tornar presente (“presentificar”) todos os possíveis eventos futuros. Sabemos que a seguradora realiza os cálculos atuariais a fim de estimar a probabilidade de ocorrência de determinado fato, o qual geralmente, traz conseqüências danosas aos envolvidos. Entretanto, não seria certo afirmarmos que o indivíduo é capaz de prever todos os aspectos e implicações do plano que pretende contratar. Mesmo porque, o consumidor ao contratar um plano de seguridade, visa precaver-se de imprevistos, assegurando-se de que estará protegido caso o evento danoso venha a se verificar. Neste sentido Coelho (2007, p. 346):

[...] nem seguradora, nem segurado sabem, ao contratarem, se o risco objeto do seguro irá ou não se manifestar em evento danoso. O sinistro é sempre um evento futuro e incerto, e exatamente por essa razão as pessoas buscam as seguradoras para se precaverem contra os seus efeitos. O segurado não sabe, portanto, ao celebrar o

contrato, se terá sido compensadora a despesa com o pagamento do prêmio ou se poderia ter economizado; a seguradora, a seu turno, também não tem como antecipar se deverá arcar com o pagamento da prestação em favor daquele segurado em particular.

No que diz respeito a expectativa dos participantes, havendo qualquer mudança social, econômica ou legal, vários julgados já têm se manifestado no sentido de que segurado e segurador não precisam romper o vínculo contratual, ao contrário, precisam cooperar entre si de maneira a encontrarem a melhor solução para restabelecer o equilíbrio contratual. No mesmo sentido elucida Feitosa ao tratar do contrato como regulador e produtor de riscos (2010, p. 14):

No Brasil, o novo Código Civil, ao tratar a onerosidade excessiva, permite, de acordo com o disposto do art. 479, que a resolução seja evitada mediante a modificação das condições iniciais do negócio, ou seja, no curso do processo o juiz deve possibilitar à parte contra quem é demandada a revisão, a oferta espontânea de alteração das condições desequilibradas. A possibilidade de renegociação funciona, na lide, como medida processual anterior à dissolução, ou seja, os remédios mantenedores funcionam como novas técnicas de tutela jurisdicional (renegociação que surge das partes ou da lei, sem esquecer o poder do juiz de intermediar essa renegociação).

Como já foi dito anteriormente, os contratos possuem um desequilíbrio natural, o consumidor, geralmente, é parte hipossuficiente na relação contratual, sendo submetido às imposições do empresário. Ocorre que nos contratos de seguro, o consumidor busca segurança, criando uma expectativa em cima da seguradora. A relação segurado-seguradora deve ser baseada no princípio da confiança, de modo que o segurado saiba que será atendido quando necessitar utilizar seu plano. Por essa razão, é muito comum termos notícias de demandas judiciais, propostas por juízes ou políticos contra planos de seguridade, em razão de descumprimento contratual, em que se busca oferecer aos consumidores vulneráveis não só as garantias contratuais, mas também todas aquelas necessárias a conferir o equilíbrio de poder entre as partes.

Diante disso, faz-se necessária a proteção do consumidor nos contratos de seguro, a qual poderá se dar através do fortalecimento de estruturas mantenedoras do poder de participação e de renegociação, típicas dos contratos de longa duração. Para tanto, alguns direitos relacionais deveriam ser empregados, tais como, I) a obrigatoriedade da informação periódica aos segurados, a respeito dos

aumentos necessários para o equilíbrio contratual, os quais deverão ser feitos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso; II) a impossibilidade de cláusula contratual que preveja a rescisão unilateral e desmotivada do contrato de seguro por parte da seguradora; III) a determinação de estratégias de investimento, para que o segurado pudesse participar da escolha dos fundos de investimento, no qual o valor do prêmio seria aplicado; IV) a criação de fóruns de transação e monitoramento, que objetivem regular a forma de resolução de conflitos e replanejamento dos contratos de seguro.

3.2.2 Implicações Práticas

Em primeiro lugar, citaremos um caso que está sob a análise do Superior Tribunal de Justiça (STJ), referente à possibilidade da seguradora se recusar a fazer a renovação de contrato de seguro de vida de segurado com quem mantinha vínculo há mais de 30 (trinta) anos, mediante renovação automática de apólice. O segurado ingressou na Justiça após receber notificação da Companhia de Seguro, Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A, informando que não mais renovaria o seguro individual nas mesmas bases vigentes durante esse tempo.

Dentre outras, o segurado argumentou na ação que em virtude de ter quitado regularmente o valor do prêmio do seguro, a seguradora não poderia rescindir ou alterar unilateralmente o contrato. Alegou ainda que, em respeito à boa-fé objetiva, o contrato não poderia ter sido modificado de maneira brusca como foi feito. Ao final, foi requerida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a fim de que fosse estendida a validade da apólice aderida, bem como a emissão de boletos para pagamento.

A companhia de seguros por sua vez, argumentou que os contratos de seguro são anuais e por isso, a recusa à renovação não poderia implicar rompimento do contrato, uma vez que o mesmo não tem caráter vitalício e por isso, não haveria ofensa ao CDC, pois tanto o segurado quanto a seguradora está livre para exercer seu direito de liberdade contratual.

A ação foi julgada improcedente na primeira instância, sob a alegação de que o consumidor não teria direito adquirido à renovação automática e perpétua, de

modo que a seguradora poderia modificar os termos dos contratos ofertados no mercado, exercendo seu direito à liberdade contratual. Em apelação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o segurado viu negado o provimento do recurso interposto, sob a alegação de que mediante aviso prévio de 30 dias, não se configura abusividade da seguradora ao negar-se em renovar o contrato após a vigência da apólice.

O litígio chegou ao STJ, através do recurso especial de número 1073595/MG, em que o segurado defendeu a violação aos artigos 6º, inciso V, 39, incisos X e XI, 46 e 51, incisos XI e XIII, todos do Código de Defesa do Consumidor e artigo 765 do Código Civil de 2002. O caso ainda não foi julgado, no entanto, já tem causado muita polêmica, principalmente, pela adoção de posicionamentos divergentes, dos ministros que já se manifestaram a respeito do assunto.

A ministra, Nancy Andrighi, relatora do caso, votou pelo provimento do recurso, alegando que:

No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

Isso porque, nos contratos de seguro, as partes não têm como prever todos os aspectos e implicações do plano, não há a possibilidade de “presentificar” todos os possíveis eventos futuros.

A relatora fez menção ainda ao princípio da confiança, argumentando que uma pessoa jovem, que vem contratando um seguro de vida durante anos a fio, não poderia simplesmente ser abandonada pela seguradora ao tornar-se uma pessoa idosa, haveria ali um pressuposto de que as partes poderiam depositar suas expectativas uma na outra. Nas palavras da eminente ministra:

[...] o cidadão que depositou sua confiança na Companhia Seguradora por anos, ininterruptamente, deve ter essa confiança protegida. O abandono do consumidor, nessa situação, não pode ser tomado como medida de boa-fé.

Ainda sobre o voto da relatora:

[...] constatado prejuízos pela seguradora, e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos.

Nota-se que a ministra Nancy Andrighi, ao proferir seu voto, repudia a atitude tomada pela seguradora, a qual modificou, unilateralmente, as condições do plano de seguridade, ofendendo os princípios da boa-fé, da confiança e da cooperação, princípios esses norteadores da teoria dos contratos relacionais.

Entretanto, ciente da necessidade de um reequilíbrio entre os interesses do segurado e da seguradora, bem como da divisão e compartilhamento dos ônus e benefícios, a relatora ressaltou o direito da empresa à contrapartida:

Não se pode exigir, indistintamente, que a seguradora permaneça amargando prejuízos para a manutenção do vínculo contratual. É claro que a colaboração que deve orientar a relação entre o consumidor e a seguradora deve produzir seus efeitos para ambos, de modo que o consumidor também deve colaborar com a seguradora.

Segundo a ministra, os aumentos necessários para o reequilíbrio contratual devem ser feitos gradualmente, após planejamento e notificação prévia do segurado.

Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

O ministro João Otávio de Noronha votou não conhecendo do recurso. Após pedido de vista, os ministros Sidnei Benetti e Luiz Felipe Salomão, concordaram com o voto da relatora. O ministro Luís Felipe Salomão argumentou que, na hipótese da seguradora indenizar o segurado, na proporção do vínculo e das expectativas geradas, a rescisão unilateral do contrato poderia não ser considerada abusiva, uma vez que não haveria enriquecimento injusto da seguradora em detrimento do segurado. Segundo Salomão,

[...] todavia, é bem de ver que, no caso, a seguradora não estabeleceu essa opção e, tampouco, houve pedido do autor nesse sentido, motivo pelo qual restou configurado o caráter abusivo da rescisão provocada unilateralmente pela seguradora.

O ministro Fernando Gonçalves, por sua vez, acompanhou o ministro João Otávio de Noronha. Alegou que um contrato assinado há mais de trinta anos não poderia manter as mesmas condições de quando foi contratado. Além disso, desconsiderou a hipótese de abuso na majoração, uma vez que há agravamento do risco, com o aumento da faixa etária. O ministro Aldir Passarinho Junior, último a votar, pediu vista do processo. Em caso de empate, o presidente da Seção, Massami Uyeda, será o responsável pelo desempate.

Por derradeiro, vale lembrar que para a teoria contratual relacional, a decisão mais justa seria aquela em que a cooperação deva orientar a relação entre consumidor e seguradora. Dessa forma, não seria razoável que a empresa fosse condenada a arcar sozinha com os ônus para a manutenção do contrato.

Com o intuito de evitar esse tipo de conflito, seguradora e consumidor devem, no momento da contratação, estabelecer regras, que obedeçam aos princípios da cooperação, confiança e boa-fé objetiva, os quais devem estar presentes na relação contratual, bem como, estabelecer cláusulas abertas que regulem os aumentos necessários para a manutenção do equilíbrio contratual.

Por fim, citaremos a questão referente à cláusula de remissão, atualmente incluída nos contratos de seguro, a fim de atrair os consumidores.

A cláusula de remissão, deveria ser um benefício ofertado aos segurados dependentes de planos familiares. Com a morte do titular do plano, os dependentes têm direito à manutenção do plano de saúde, gratuitamente, por aproximadamente cinco anos, a depender da seguradora. Ocorre que, passado esse período de remissão, as seguradoras cancelam o plano automaticamente, fazendo uma nova apólice, com o valor excessivamente mais alto daquele pago pelo segurado anteriormente (FERREIRA, 2010). Normalmente, com medo de ficar sem a segurança do plano, o consumidor aceita as novas condições impostas pela seguradora. Na maioria dos casos, os segurados são pessoas idosas de classe média, que precisam do plano contratado.

Um juiz de Direito da 9ª Vara Cível do Foro Central do Estado de São Paulo proferiu sentença condenando a operadora Bradesco Saúde a pagar uma

indenização, a título de danos morais, no valor de R\$ 25 mil a uma segurada, dependente do plano, cujo marido, titular do plano, pagava uma mensalidade de R\$ 800 para o casal. Com a morte do marido, a segurada dependente utilizou a cláusula de remissão por aproximadamente cinco anos, após esse período teria que pagar á seguradora o valor de R\$ 6 mil, caso tivesse a intenção de permanecer com o plano. Além da indenização, a operadora Bradesco Saúde foi condenada a manter a segurada nas mesmas condições do contrato do qual era beneficiária, pagando uma mensalidade no valor de R\$ 1.044,98 mil.

Importante frisar, que decisões como esta, encontram respaldo na teoria relacional contratual, uma vez que cláusulas desse tipo configuram um abuso das seguradoras em relação aos consumidores. A relação contratual deve ser estabelecida com base nos princípios da boa-fé, cooperação, solidariedade e confiança. Estas cláusulas, embora mantenham o valor da mensalidade do plano por alguns anos, após o período de remissão deixam os dependentes desamparados, em uma situação totalmente desvantajosa. Por isso, os consumidores lesados devem procurar o Poder Judiciário, a fim de permanecer usufruindo das mesmas condições e benefícios assegurados pelo plano, no momento da contratação, e consequentemente assegurar equilíbrio contratual.

CONCLUSÃO

Este estudo procurou compreender, através da teoria dos contratos relacionais, um novo paradigma para a teoria contratual que fosse capaz de se ajustar à realidade de um mundo marcado pela globalização e pela sociedade de massa.

A teoria contratual clássica, vigente durante anos, tinha como pilar a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos e o consensualismo entre os contratantes. Esse modelo foi de extrema importância a medida que deu segurança jurídica aos participantes da obrigação contratual, isso porque o contrato pactuado possuía força de lei.

Com o surgimento do Estado Liberal, difundiu-se a idéia de que as partes eram livres para contratarem da maneira mais conveniente o possível. Houve uma grande valorização das liberdades individuais no âmbito do direito privado, as quais não precisariam sofrer interferência do Estado. Contudo, a circulação de riquezas proveniente do Estado Liberal, fez crescer a desigualdade entre os contratantes, causando desequilíbrio nas relações obrigacionais. Por essa razão, nasceu o Estado Social, intervindo drasticamente na economia e nas cláusulas contratuais, a fim de proteger as liberdades sociais.

Com o desenvolvimento industrial, tecnológico e dos meios de produção, surgem os contratos em massa, de adesão, e com eles a supremacia de poderes de uma parte em relação à outra. A sociedade é caracterizada pelas produções em grande escala, que buscavam atender as necessidades sociais humanas.

Em virtude da desigualdade entre as partes e devido ao fato dos modelos contratuais tradicionais já não estarem satisfazendo os interesses dos contratantes, uma vez que favoreciam as partes mais fortes da relação econômica, a teoria contratual precisou sofrer algumas mudanças, a fim de se enquadrar à nova sociedade, bem como às novas atividades econômicas e, sobretudo aos interesses dos contratantes.

Atualmente, a teoria contratual busca conferir às partes equilíbrio nas relações contratuais, os contratantes devem cooperar entre si, a fim de alcançar os objetivos da negociação. As posturas egoísticas devem dar lugar à ajuda recíproca, à solidariedade, à cooperação e à boa-fé, princípios esses defendidos pelo Código

de Defesa do Consumidor (CDC). Os riscos advindos do contrato devem ser suportados por ambas as partes. Na hipótese de mudanças econômicas, sociais ou legais, os contratantes devem buscar um reajuste que vise o reequilíbrio da negociação jurídica.

Ainda hoje, podemos notar certa resistência por parte dos aplicadores do direito, em aceitar a aplicabilidade dos princípios dispostos no CDC aos contratos de consumo relacionais. Contudo, esse entendimento vem sofrendo mudanças, a medida que os contratos ditos relacionais já estão sendo alvo de decisões inovadoras baseadas nos princípios norteadores da teoria contratual relacional. Os contratos de seguro são uma prova do avanço da aplicabilidade dos contratos de longa duração. Muitos juristas já se manifestaram no sentido de que os contratos de seguro de vida e planos de saúde, devem buscar a justiça e o equilíbrio das relações, devendo existir entre os contratantes um tratamento leal e de boa-fé.

A partir dos estudos realizados para a elaboração deste trabalho, foi possível verificar que não apenas nos contratos de seguro, mas em todos os tipos contratuais relacionais, há ainda muito que se avançar e aprofundar, uma vez que a teoria contratual relacional ainda encontra muita resistência ao ser aplicada nos casos concretos. Entretanto, a busca por liberdades individuais e constitucionais nas relações negociais é cada vez maior, cabendo aos juristas e sociólogos do direito o reconhecimento das mudanças ocorridas na sociedade e a aplicação dos princípios sociais nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, n.32, resenha n.6, v.I, p.265-271, 1999.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A equidade no Código Civil Brasileiro**. *CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.

BODIN, Maria Celina. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> . Acesso em: 12 de setembro de 2010.

BRASIL **Lei nº 8.078**, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 de out. 2010.

BRASIL **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de out. 2010.

CESARINO, Paula de Oliveira. **Contratos Relacionais**. Tese apresentada à Faculdade de Direito Milton Campos como requisito para a obtenção do grau de mestre. Disponível em: <www.mcampos.br/.../paulaoliveiracesarinocontratosrelacionais.pdf> Acesso em: 02 agosto. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 3.

_____. **O crédito ao consumidor e a estabilização da economia**, *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, 1/96, set./dez. 1996.

CUNHA, Daniel Sica da. **A nova força obrigatória dos contratos**. In: MARQUES, Cláudia Lima [org.] *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Gabriela Cardoso Guerra. **Cláusula de remissão é considerada abusiva**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-02/clausulas-remissao-disfarcam-abuso-operadoras-plano-saude>> Acesso em: 02 nov. 2010.

GALLO, Alberto Albeny. **Abordagem teórica sobre a eficácia dos contratos de longo prazo**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/josealbertoalbenygalloartigocontratosdelongoprazo.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2010.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **Releitura contratual: direito econômico e a função social do contrato**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 fev. 2009. Disponível

em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23064>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

GOMES, Rogério Zuel. **A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 58, abril-junho.2006. p.195-196.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contrato Previdenciário como contrato relacional**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no1. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=165> Acesso em: 9 nov. 2010.

_____. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Vinício C.. **Estado liberal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9335>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e Contratação – panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

ORTOLAN, Josilene Hernandes. **Os novos paradigmas contratuais e seus reflexos no desenvolvimento econômico**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/josilene_hernandes_ortolan.pdf Acesso em: 07 nov. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.v. 3 e 4.

SILVA, Rafael Peteffi. Pautas Interpretativas para o seguro de dano. In: CARVALHO, Inácio de (coord.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. Curitiba: Juruá, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (notícias). **STJ vai decidir se seguradora pode se recusar a renovar seguro de vida contratado há mais de 30 anos**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96028. Acesso em 25 agost, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel Ferreira. **Custos de transação no contrato de seguro: Proteger o segurado é socialmente desejável?**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/francisco_kummel_ferreira_alves.pdf> Acesso em: 02 nov. 2010.