

A PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESPECÍFICOS NA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO E O RISCO MORAL: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 473, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL¹

Cesar Santolim[†]



os casos em que se admite a resilição unilateral do contrato, o Código Civil submete a sua eficácia ao transcurso de "prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos", considerada a hipótese de que uma das partes (por dedução lógica, aquela a quem não é dado o exercício do direito potestativo de resilir) "houver feito investimentos consideráveis" para a execução do contrato.

A doutrina² identifica, no caso, uma "situação especial, que não se confunde com a indenização devida pela falta de notificação prevista no *caput*" do mesmo artigo. Seriam duas as hipóteses³: (a) resilição *regular*, com a concessão do mencionado prazo ou (b) resilição *abrupta*, sem a concessão do prazo.

Neste segundo caso, "a eficácia somente operará depois do término do prazo compatível ... Mas a contraparte poderá optar pela indenização ... que auferiria se o contrato continuasse por um prazo razoável, não fora a indevida interrupção da

¹ O artigo é resultante de pesquisa realizada nos meses de janeiro e fevereiro de 2013 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como parte de estágio de Pós-Doutoramento em Direito naquela Instituição de Ensino Superior, realizado pelo autor sob a supervisão Prof. Dr. Fernando Araujo, Professor Catedrático e Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da FDUL, a quem agradece.

[†] Mestre e Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFRGS

² AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil – Volume VI – Tomo II: da extinção do contrato; coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247.

³ *Id.*, p. 248.

sua execução. Indeniza-se o interesse positivo"⁴.

Trata-se do princípio de "garantia de recuperação do investimento"⁵.

Há, até, quem afirme que "o legislador optou por atribuir uma tutela específica, convertendo o contrato, que poderia ser extinto por vontade de uma das partes, em um contrato comum, com a duração pelo prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos"⁶. Também existe menção à "função social dos contratos", no caso⁷, e lembrança ao princípio da boa-fé ("é imprescindível que se apure o *animus* do contratante ao realizar os investimentos, pois necessariamente haverá de ter agido de *boa-fé*, que é princípio inerente a todas as etapas dos contratos..."⁸), aqui *subjetiva* como se vê.

Em síntese, a doutrina concorda quanto a que o contido no parágrafo único do art. 473 do Código Civil "atende à finalidade social que o ... estatuto procurou imprimir ao cumprimento das obrigações ..." e que "... [O] caso concreto ... deverá dar a melhor solução ao juiz, que sempre levará em conta o princípio da boa-fé objetiva"⁹.

Na jurisprudência pátria há referências ao tema, ainda que em algumas decisões isso ocorra em caráter ilustrativo, dado que os fatos examinados deram-se ainda na vigência do Código Civil de 1916¹⁰. Alguns excertos de decisões confirmam esta constatação:

"... a faculdade de distrato exercida de forma disfun-

⁴ *Id. ib.*, p. 249.

⁵ *Id. ib.*, p. 250.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*, 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 206.

⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 235.

⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 148.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 497/498.

¹⁰ Recurso Especial 1112796-PR, relator o Ministro Luis Felipe Salomão; Recurso Especial 575080-CE, relator o Ministro Ari Pargendler.

cional, anormal, imoderada ou distanciada da boa-fé e dos bons costumes comerciais, pode acarretar danos a outrem que devem ser reparados em sua plenitude. Nessa ordem de idéias, o novo Código Civil foi extremamente sábio, restringindo a faculdade de rescisão contratual no seu art. 473, caput e § único:

...

Com efeito, deve-se considerar que, muito embora a celebração de um contrato seja, em regra, livre, o distrato é um ônus, que pode, por vezes, configurar abuso de direito."

(REsp 1112796-PR)

"Embora a nova legislação não se aplique à espécie, o princípio da boa-fé objetiva exigia um prazo maior para que o autor redirecionasse sua atividade comercial e evitasse prejuízos."

(REsp 575080-CE)

Em alguns casos apreciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, todavia, já ocorreu a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 473 do Código Civil, valendo-se daquela base doutrinária antes citada:

"Não é juridicamente possível indenizar expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados, o que ocorreu no caso em tela. Evidenciado o aporte de investimentos pela autora, e demonstrado que a resolução do pacto decorreu de política administrativa da demandada, aplicável ao caso em tela o art. 473, parágrafo único, do Código Civil."

(Apelação 70043774199, relator o Desembargador JORGE LUIZ LOPES DO CANTO)

"A mera rescisão imotivada do contrato não enseja, por si só, o direito à manutenção do pacto ou indenização por interrupção abrupta do negócio. O parágrafo único do art. 473 do Código Civil elenca diversos pressupostos para o acolhimento da pretensão indenizatória deduzida, pressupostos esses não preenchidos no caso em tela."

(Apelação 70038046731, relator o Desembargador PAULO SÉRGIO SCARPARO)

A situação fática aqui examinada, contudo, a par das considerações já assentadas pela doutrina nacional, comporta análise sob outro viés, com fundamento na literatura de Direito e

Economia ("Law & Economics"), capaz de oferecer um contributo importante, relacionado com a dimensão sociológica do Direito. Sem descartar a perspectiva fundada na boa-fé objetiva, é possível cogitar-se de que a aplicação do dispositivo contido no Código Civil possa ensejar situação de "risco moral" ("moral hazard"), já bastante debatida em relação a outros cenários¹¹.

Há "risco moral" sempre que o comportamento de um sujeito de direito que está "garantido" ou "protegido", por norma legal ou contratual, muda, altera-se, em relação ao comportamento que o mesmo sujeito teria, se não gozasse desta tutela, de modo tal que a situação objetiva "garantida", "protegida" ou "tutelada juridicamente" acaba de agravando em razão desta alteração de comportamento. Em outras palavras: o fim da norma (considerada precipuamente a sua dimensão axiológica) acaba sendo contrastado com resultados não "desejados" (quando se verifica a mudança no comportamento dos sujeitos de direito envolvidos").

O exemplo lembrado por Robert COOTER e Thomas ULEN¹², do indivíduo que tem incentivos a por fogo em sua casa uma vez que se tenha como viável fazer um contrato de seguro onde a indenização é superior ao valor do imóvel, é representativo desta situação.

Como bem refere Fernando ARAÚJO¹³

"É comum sublinhar-se que a expressão 'risco moral' ('moral hazard') não tem, ao contrário das aparências, qualquer conotação moral, e designa apenas o facto de as soluções de distribuição de risco entre as partes num contrato poderem afectar os incentivos de uma ou ambas – circunstância determinante quando o cumprimento do contrato dependa deste factor 'endógeno' que é a conduta das partes..."

...

¹¹ A propósito do risco moral nos sistemas de saúde, veja-se Fernando ARAÚJO, "Introdução à Economia", 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.

¹² "Law & Economics", 6ª ed., Boston: Pearson, p. 48.

¹³ "Teoria Económica do Contrato", Coimbra: Almedina, 2007, pp. 287/288.

Dito por outras palavras, o 'risco moral', a 'indefinível propensão para a produção de perdas por parte do indivíduo seguro', gera uma tensão dilemática para um agente racional: por um lado, a cobertura excessiva do risco faz com que ele intensifique a actividade arriscada ou externalizadora como se ela tivesse um preço que tende para o zero; em contrapartida, a sua conduta torna inevitável que a cobertura do risco tenha um preço ascendente, que se afasta do zero."

A norma derivada do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, ao disciplinar acerca da proteção dos "investimentos específicos" (i.é, os investimentos que a contraparte – atingida pelo exercício do direito de resilir outorgado a parte contrária – realizou para a execução do contrato), ainda que encontre sustentação sólida (como evidenciado pela doutrina colacionada no início deste artigo), também dá azo a "risco moral". Estabelecido o direito de resilir, para uma das partes, a contraparte tem incentivos a sobreinvestir na execução do contrato, protegida que está quanto a estes investimentos, como modo de frustrar (ou mitigar) a *potestas* da primeira.

Esta possibilidade (a do sobreinvestimento como mecanismo para forçar a execução do contrato) não é desconhecida da doutrina. COOTER & ULEN¹⁴ identificam o "paradoxo da compensação": considerando que aquele que assume obrigações (o devedor), para cumpri-las, deve investir, que o seu incentivo para investir é tanto maior quanto maior for a responsabilidade pelo descumprimento contratual, e que o destinatário das promessas feitas (o credor) igualmente tem um maior incentivo para confiar no devedor na mesma medida (quanto maior for a responsabilidade pelo descumprimento), *quanto mais ampla a responsabilidade civil pelo descumprimento do contrato, maiores serão os investimentos (no cumprimento e na confiança)*. No caso da resilição unilateral, isso indica a possibilidade de investimentos ineficientes (além daqueles estrita-

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 331/332.

mente necessários) no cumprimento, por parte de quem não detém o direito de resilir, quando o ressarcimento destes investimentos for "garantido", como faz a norma aqui analisada.

Os mesmos autores sugerem, como solução contratual¹⁵ possível ao "paradoxo da compensação", a consideração dos custos marginais (e não do custo total), na definição dos incentivos eficientes para o cumprimento dos contratos, fixando o valor da indenização no prejuízo hipotético causado pelo descumprimento da promessa, e não no prejuízo real. Este prejuízo "hipotético", no caso dos "investimentos específicos", sugere uma percepção limitadora da responsabilidade de que exerce a rescisão, atenta aos custos estritamente necessários ao cumprimento do contrato, e não necessariamente a todos aqueles que tiverem sido realizados pela contraparte.

Assim, se é verdadeiro que, como foi assinalado, "indeniza-se o interesse positivo" ("interesse no cumprimento"), não é menos correto dizer que, tendo em conta a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, e atentando-se a possibilidade de "risco moral", o montante dos investimentos a serem ressarcidos deve ser adequadamente quantificado, podendo não corresponder ao total despendido.



¹⁵ "Law & Economics", 6ª ed., Boston: Pearson, p. 335.