# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

**ORLANDO CELSO DA SILVA NETO**

**ARTURO CAUMONT**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598
Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-227-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

## Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

# EM DEFESA DA LIBERDADE DE CONTRATAR (MESMO EM CONTRATOS DE CONSUMO).

# IN DEFENSE OF FREEDOM OF CONTRACT, INCLUDING CONSUMER CONTRACTS.

**Orlando Celso Da Silva Neto** [1]

**Resumo**

O presente artigo pretende demonstrar que a intervenção judicial deve ser restrita às específicas previsões legais, mesmo em contratos de consumo. A análise do problema e a defesa da solução proposta não se restringirão a aspectos jurídicos, sendo fundamental o recurso a outros critérios, tais como a análise da eficiência e aplicação da teoria dos incentivos, de forma a demonstrar que esta abordagem restritiva é a que melhor preserva o interesse das partes, inclusive o consumidor.

**Palavras-chave:** Liberdade de contrato, Aed, Eficiência, Consumidor, Análise custo-benefício

**Abstract/Resumen/Résumé**

The essay intends to demonstrate that freedom to contract and of contract shall be observed even in consumer contracts and that judicial intervention shall be restricted to situations where the Law specifically allows and commands courts to intervene. Even in such cases, judicial interference shall happen in a prudential and restrictive manner, with a great degree of deference to parties' will. The analysis will go beyond strict legal reasoning and use other tools, such as the analysis of economic efficiency, and will demonstrate that non-interference or limited court interference in contracts will produce better results for the consumer.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Freedom of contract, L&e, Efficiency, Consumer protection law, Cost-benefit analysis

[1] Professor Adjunto I, Departamento de Direito, UFSC.

## 1. O problema no seu contexto histórico.

Todo aluno de Direito, ao sentar-se na sua aula de contratos (ou de direito do consumidor, ou mesmo de Constitucional), já ouviu seu professor mencionar algo como 'em certo momento histórico (século XIX e início do século XX), nos sistemas jurídicos ocidentais, tanto naqueles baseados no Código Napoleônico quanto naqueles baseados na tradição da Common Law, prevaleceu a liberdade de contratar e a ideologia do 'laissez-faire'. Naquela época, a lição continua, a vontade dos contratantes era quase sagrada e o Estado-juiz não intervinha em contratos. Posteriormente, com a massificação das relações jurídicas, com o reflexo do pós-guerra (1ª guerra mundial), crescimento do pensamento socialista e planificador e advento do Estado do bem estar social, gradualmente foram sendo incorporados aos diversos ordenamentos regras de dirigismo contratual que limitam a liberdade e autonomia das partes em contratar[12]'.

Segundo versa esta mesma narrativa, ao longo do tempo (mas notadamente na primeira metade do século XX), ocorreu o abrandamento ou relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, o qual, se não deixou de existir totalmente, foi mitigado pela ação dos princípios da ordem pública, supremacia do interesse público, boa-fé objetiva, deveres de colaboração, outros deveres laterais e função social do contrato[3].

As razões para a mudança do paradigma (de ideologia laissez-faire e liberdade de contratar para intervencionismo e solidarismo) foram diversas, mas a principal talvez tenha sido a constatação de que existia disparidade econômica e técnica entre grandes vendedores e

---

[1] Relato que já se encontra incorporado na praxe judiciária. Por exemplo, do STJ, dentre diversos outros:
"(...)
2. É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual.
(...)
AgRg no AREsp 649.895/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 25/05/2015"
"(...)
3. Por um lado, a norma federal possibilita ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro. Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação aos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade.
(...)
AgRg no RMS 30.820/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012."

[2] Há inúmeras obras que contam este processo. Teresa Negreiros, em sua 'teoria do contrato' (Rio de Janeiro, Renovar, 2002) faz interessante síntese.

[3] Para uma excelente abordagem deste processo, ver Otávio Luiz Rodrigues Jr., *revisão judicial dos contratos:autonomia da vontade e teoria da imprevisão.* A edição deste autor é a 2ª, de 2006.

pequenos compradores, os quais, acreditava-se, eram grandemente prejudicados com a prevalência da liberdade de contratar[4].

Esta história vem sendo contada e recontada, em versões diversas, por várias gerações. As versões podem ser mais ou menos resumidas e sofisticadas, mas nenhum autor ou professor das disciplinas pertinentes deixou de fazer este relato a seus alunos. E, de fato, não poderia ter deixado de fazê-lo, porque, ao menos em certo grau, a história é verdadeira. Nos últimos 90 ou 100 anos, talvez mais, este relato, com pequenas variações e um pouco mais ou menos de carga ideológica ou licença poética, um pouco mais ou menos de crítica (a depender de quem a conta), vem sendo passado a gerações de jovens bacharéis.

Os estudantes que escutam e leem esta narrativa se tornam, como não poderia deixar de ser, operadores jurídicos e, com raras exceções, tomam o relato que ouviram de seus mestres e leram nas suas obras de referência como verdade absoluta e como uma evolução necessariamente positiva. Em consequência, fazem refletir seu aprendizado e sua crença nos contratos que elaboram, nos acórdãos que proferem e nos pareceres que lavram.

A história, no entanto, tende a ser cíclica, como já se disse, e nos últimos anos, parte da doutrina e jurisprudência tem percebido que este intervencionismo, e as limitações à liberdade associadas produzem também efeitos nocivos, e tem reagido à sua consagração, propondo, como reação, o fortalecimento (ou a reestruturação) dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar[5] e a mitigação e releitura de outros princípios mais solidaristas. Esta proposta de fortalecimento se verifica com maior força na literatura sobre

---

[4] A crítica à liberdade de contrato, como menciona Richard Epstein (Free bargaining and formalism. In: Buckley, F.H. *The fall and rise of freedom of contract.* Durham: Duke Univeristy Press, 1999, p. 25.) pode ser expressa em grandes linhas, da seguinte forma: *"that principle* [liberdade de contratar] *has been said to be insensitive to differences in wealth, status , position, and power that make the exercise of contractual choice a myth for the weak and dispossessed. Within the legal literature, it has been attacked as ignoring the large concentrations of wealth that distort market processes and that trample down the rights of consumers and workers."*
[tradução livre]
Foi dito que este princípio (Liberdade de contratar) é insensível a diferenças em saúde, status, posição e poder que fazem o exercício de escolhas contratuais seja um mito para os fracos e desapossados. Na literatura jurídica, tem sido atacado por ignorar as grandes concentrações de saúde que distorcem processos de mercado e reduzem direitos de consumidores e trabalhadores.

[5] É verdade também, embora isso não seja geralmente mencionado, que mesmo durante o século XIX, a liberdade de contratar não era absoluta. Como menciona Buckley (Introduction, The fall and rise of freedom of contract, Duke University Press, 1999, p. 14):

*"… the nineteenth century commitment to free markets was never divorced from a vision of good society and responsible citizens. Free markets were seen as an instrumental good and valued because they reduced dependency and promoted responsibility. When they conflicted with this socially conservative vision, as they sometimes did, free market theories gave way."*
[tradução livre]
O compromisso do século 19 com os mercados livres nunca foi dissociado de uma visão de boa sociedade e cidadãos responsáveis. Mercados livres eram vistos como um bem instrumental e valorizados porque reduziam dependência e promoviam responsabilidade. Quando eles conflitavam com esta visão social conservadoras, como ocorria eventualmente, teorias de mercado livre cediam.

contratos empresariais, inclusive com reflexos judiciais[6], mas não encontra ainda, ao menos no Brasil, adequado lugar em disciplinas mais afeitas e afetadas pelo dirigismo, como o direito do consumidor[7].

Este artigo pretende demonstrar que é o momento para que certos conceitos e premissas amplamente aceitas sejam repensados nas relações de consumo, propondo ainda que seja dada maior deferência à autonomia da vontade, bem como que seja prestigiada judicialmente a preservação e validade do conteúdo contratual do contrato de consumo.

Para tanto, demonstrar-se-á que, ainda que as premissas que justificaram o protecionismo legislativo e judicial do consumidor estivessem parcialmente corretas, as soluções até hoje aplicadas se mostraram incapazes e até mesmo contraproducentes na busca dos próprios fins anunciados e que, em um ambiente competitivo, as forças da concorrência agem para proteger a parte mais fraca de forma muito mais eficiente que a intervenção judicial. A proposta aqui é demonstrar que, quando privilegiada a maior autonomia da vontade, o consumidor obtém maior proteção e melhores resultados do que quando privilegiada a intervenção judicial e o dirigismo contratual, o que, por si só, justifica que esta (a intervenção) só ocorra de forma restrita.

## 2. As premissas que justificam o protecionismo legislativo e judicial do consumidor.

Para que se possa demonstrar que não intervenção ou intervenção judicial restritiva nos contratos é, como regra, melhor para o consumidor do que intervenção judicial ativa, é preciso entender melhor as premissas que justificam esta intervenção. Estas premissas são as

---

[6] Por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça:
*DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.*
*1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.*
*2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.*
*(...)*
*5. Recurso especial conhecido e provido.*
REsp 936.741/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

[7] Este autor talvez tenha sido precursor na defesa de um menor intervencionismo judicial e de uma maior deferência à vontade das partes nos contratos de consumo, ao defender que é possível a aplicação de mecanismos de análise econômica do Direito na interpretação dos deveres das partes. Ver 'é possível a análise econômica do direito do consumidor?'. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Disponível para download em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf, acesso em 10 de março de 2016.

mesmas adotadas pelo legislador ao editar leis protecionistas, e foram expostas em outra ocasião por este autor[8], em linhas que permanecem atuais e verdadeiras. Em suma, as ideias fundamentais a justificar intervencionismo são a presunção de desigualdade entre partes contratantes[9] e a percepção da existência de imperfeições de mercado.

A premissa desigualdade e sua consequência - que esta desigualdade acarreta uma desvantagem ao consumidor – é verdadeira, assim como é verdadeira a premissa de que o mercado funciona de modo imperfeito. Dificilmente existirá em dado contrato, qualquer que seja seu objeto e quaisquer que sejam seus sujeitos, igualdade entre as partes e é possível que, devido a restrições e externalidades diversas, o mercado não esteja funcionando perfeitamente, com uma das partes em posição de se beneficiar de uma destas imperfeições (posição 'rentista'[10]).

Estas premissas, entretanto, não afastam outras considerações, as quais devem ser igualmente ponderadas, notadamente: (i) que o consumidor ainda é o melhor guardião e juiz de seu interesse, e que (ii) expurgadas as cláusulas contratuais que ofendam a ordem pública,

---

[8] *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 14:
"*"... a resposta à pergunta 'porque regular relações de consumo?' é que a regulação das relações de consumo por parte dos governos tem a intenção de evitar que as imperfeições de mercado prejudiquem o consumidor, por meio da exploração das deficiências inerentes às partes envolvidas na relação de consumo (deficiências tanto dos fornecedores quanto dos consumidores)[888] e ao próprio mercado. E o fazem, como via de regra, mediante a criação de deveres legais aos fornecedores, visando proteger o consumidor. Estes deveres legais, de uma certa forma (ainda que não simetricamente) visam contrapor e contrabalançar estas deficiências. É dizer, em outras palavras, que estes deveres legais visam criar um "padrão" de proteção ao consumidor que seria muito próximo ao que um mercado funcionando adequadamente pudesse oferecer. Esta parece a melhor resposta."*

[9] Como coloca Richard Epstein (citado, p. 30), as críticas à liberdade de contratar se baseiam naquilo que seus críticos consideram sua presunção restritiva de que partes contratam em igualdade de condições, o que é incorreto. Ele cita um dos grandes críticos à liberdade de contrato e ao 'laissez-faire', Patrick Atiyah, nos seguintes termos: *"Freedom of contract has been attacked, of course, for the restrictive assumption on which it is said to rest. In particular,* Patrick Atiyah *noted that the system assumed that 'the parties dealt with each other 'at arm's length' in a regime where neither was bound to offer any information to the other side, and where 'the content of the contract, the terms and the price and subject matter, are entirely for the parties to settle.' Under freedom of contract, all that is said to make sense because individuals are the best judges of what is in their personal interest."*
[tradução livre]
Liberdade de contrato tem sido atacada, obviamente, pela assunção restritiva em que se baseia. Em particular, Patrick Atiyah notou que o sistema assumia que 'partes negociavam entre si' em igualdade (arm's length) em um regime onde nenhuma das partes era obrigada a fornecer qualquer informação ao outro lado e onde 'o conteúdo do contrato, os termos e o preço e a matéria objeto estão inteiramente à disposição das partes para acordo'. Sob liberdade de contrato, tudo é dito fazer sentido porque os indivíduos são os melhores juízes daquilo que é de seu interesse pessoal.

[10] 'Renda de privilégio' é o conceito equivalente à palavra inglesa *rent*, em seu sentido econômico. Gustavo Franco (Revista Veja, edição 189, ano 37, Nr. 25, de 23 de junho de 2004, p. 122) menciona a surpreendente inexistência de tradução para esta palavra que, em inglês, tem *"um significado aparentemente inofensivo: renda ou aluguel devidos pelo uso de uma propriedade, inclusive intangível".* Logo em seguida, menciona que economistas clássicos criaram uma acepção mais interessante para o vocábulo, como *"rendas ditas excepcionais, ou mesmo artificiais, decorrentes de uma situação criada, por exemplo, por um monopólio, tarifa, proibição, exclusividade, concessão ou privilégio".* Pode-se acrescentar ao conceito o fato de que a renda de privilégio não está livremente aberta a ser compartilhada por outros interessados. Se estiver aberta, deixa de ser renda de privilégio.

desde que o consumidor esteja dotado de informação adequada, a expressão da sua vontade, manifestada mediante sua decisão de contratar, deve ser preservada.

O ponto central da defesa da liberdade de contrato é que, mesmo no contrato entre partes desiguais e mesmo com uma das partes se beneficiando de uma imperfeição de mercado (posição monopolista ou alguma outra imperfeição) as partes ainda sairão melhor[11] (se comparado ao seu status anterior) do contrato se expressarem livremente sua vontade.

Esta 'melhora' pode se dar em níveis desiguais, por certo[12], mas mesmo assim, em uma transação livremente pactuada, é de se presumir que, no momento inicial do contrato, ambas as partes tem forte convicção de que aumentarão sua utilidade – se não em proporções exatamente iguais, ao menos ambas pretendem estar em posição melhor (portanto, ex ante, o contrato é por definição eficiente de Pareto[13]. Ambas as partes acreditam que melhorarão sua utilidade). Eventualmente, devido à incidência de custos transacionais não previstos e outros fatores[14], pode ser que, *ex post*, o contrato não resulte efetivamente em uma melhoria de Pareto. Se for este o caso, há remédios jurídicos eventualmente aplicáveis: pode ser o caso de aplicação da teoria da imprevisão, ou se a frustração da maximização utilidade se der pela simples inadimplência, caso de cobrança ou execução judicial da prestação inadimplida, e assim por diante.

---

[11] Sairão melhor no sentido de aumentarão a utilidade que derivam do uso do bem objeto da prestação pretendida por meio do contrato.

[12] Nesse sentido, Omri Bem-Shahar (how to repair unconscionable contracts. University of Michigan Law School. John M. Olin Center for Law & Economics. Working paper 07-023. Disponível para acesso em www.ssrn.com, vários acessos, último em 10 de março e 2016, p. 24): *"when bargaining power is unevenly distributed the Strong party will naturally seek ways to secure advantages in the contract by drafting one-sided terms. As long as he does not cross the boundary of reasonableness, contract law will respect and enforce the outcome of the bargain."*

[tradução livre]

Quando o poder de barganha está distribuído de forma desigual a parte mais forte vai naturalmente procurar maneiras de assegurar vantagens no contrato ao propor condições unilaterais (one-sided). Se ele não cruzar a fronteira da razoabilidade, o direito contratual respeitará e fará valer o resultado da barganha.

[13] Eficiência de Pareto ocorre quando, ao final de uma determinada transação, o total de recursos for igual ou superior ao existente no começo da transação e nenhuma das partes envolvidas estiver em situação pior (valor inferior de seu bem ou direito). Uma transação desta natureza é também conhecida como *Pareto Superior.* Posner (*Economic Analysis of Law.* New York:Aspen Law and Business. 5 ed, 1998. p.14) menciona: *"A Pareto-superior transaction (or Pareto Improvement) is one that makes at least one person better off and no one worse off (...). In other words, the criterion of Pareto superiority is unanimity of all affected persons.* Daniel FARBER (The problematics of the Pareto Principle. University of California at Berkeley Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series 114, 2003, p.1) sugere que o princípio de Pareto tem um apelo intuitivo (para sua adoção) muito forte. Diz ele: *"There can't be many moral standards with more intuitive appeal than the Pareto principle. The basic intuition is simple: If one person prefers a certain outcome and it does not cost anyone else, society should give that person what he or she wants. This intuition seems readily supportable on a variety of grounds. One ground is that society is only the sum of its parts –if one person is better off and no one else is harmed, then society as a whole is better off. A second is that we should honor people's individual autonomy by respecting their preferences: (...) and a third is that society should care about the welfare of its citizens and seek to promote their well-being."*

[14] Inadimplência, aumento de custos de insumos usados no cumprimento da prestação, modificações legislativas, etc, etc.

É bastante simples e fácil aceitar que contratos negociados livremente entre partes de similar poder econômico são instrumentos voluntários de troca que implicam em melhora de Pareto e, como tal, devem ser protegidos de intervenção judiciária exagerada. Mais difícil, ao menos intuitivamente, aceitar que esta mesma ideia valha para contratos propostos por uma parte, em que a única opção da outra é contratar ou não contratar (contratos de adesão), como é comum no mercado de consumo.

Ainda assim, este questionamento deve ser feito e, por complexa que seja a pergunta, e ainda que a resposta intuitiva possa ser negativa, a resposta é objetiva e positiva. Sem receios, a resposta é que, também nos contratos de adesão, o consumidor entende que 'sairá melhor' do contrato mesmo quando não pode negociá-lo, e por isso o assina[15]. Se não tivesse essa crença, não assinaria o contrato. De acordo com sua visão *ex ante*, o consumidor, mesmo sem negociar o contrato, e mesmo pressionado por fatores externos (toda decisão humana é sempre afetada por fatores externos), obterá um ganho (uma maximização de utilidade) ao contratar, o que torna sua decisão racional[16].

É pertinente questionar se esta percepção do consumidor será sempre verdadeira, se analisada do ponto de vista de um terceiro imparcial, dotado de melhor informação sobre as diversas variáveis jurídicas e econômicas envolvidas? Em artigo anterior, este autor apresentou o exemplo/problema do *pay day* lending americano[17], que não ocorre no Brasil (devido a restrições legais), mas que é facilmente substituído na praxe nacional pela oferta fácil de crédito (consignado ou não consignado). Neste caso, o consumidor entende *ex ante*

[15] Usando uma linguagem bastante coloquial, o 'sairá melhor' não significa que o consumidor acredite que o resultado do contrato resolverá suas necessidades, mas apenas que, ao assinar, ele ficará em situação (ao menos momentaneamente) mais propícia a satisfazer suas necessidades mais imediatas relacionadas com o objeto do contrato. Um exemplo: contratação de empréstimo com juros altos para pagamento de aluguel, em virtude de ameaça de despejo. Momentaneamente, será sanado, com o emprego de recursos do contrato, o problema do pagamento do aluguel, mas é possível que, se não houve mudança nas condições financeiras que levaram à inadimplência do aluguel, a obrigação contratual de devolver o principal acompanhado dos altos juros se torne um enorme problema para o consumidor. Mesmo assim, a percepção do consumidor, ao contratar este empréstimo para resolver o problema imediato é uma expressão de que sua crença é que o contrato é maximizador de utilidade.

[16] Obviamente, racional a partir de uma perspectiva da racionalidade limitada 'behavioralista', isto é , da racionalidade entendida como a decisão que busca a maximização de utilidade, mas reconhecendo o importante papel que a existência de fatores externos (altruísmo, informação, relacionamentos, idiossincrasias, etc) exerce sobre a tomada de decisão.

[17] Este autor escreveu (Aspectos jurídicos pré-contratuais da concessão de crédito ao consumidor: existência de deveres acessórios complementares às obrigações genéricas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 98, p. 14, 2015, p. 14): *"Uma das práticas geralmente consideradas predatórias e reguladas é o chamado 'payday lending' ('empréstimo do dia do pagamento'), prática de emprestar somas por curto prazo, com juros altos e taxas de liberação altas (podem, em conjunto, facilmente passar dos 400% ao ano, se ocorrerem sucessivas renovações de empréstimos, o que é praxe), tendo como dia do pagamento o dia do recebimento de salários, o que diminui o risco de inadimplência. O payday lending é, de certa forma, similar à prática de certas entidades nacionais que, sob alegação de que concederão um novo 'fôlego' ao consumidor, concedem financiamentos destinados ao pagamento de outros financiamento pré-existentes, mas a um custo total maior do que o atual."*

(antes da contratação) que contrair nova dívida para pagar outros compromissos maximizará sua utilidade, mesmo que não tenha capacidade de pagamento e que lá na frente (ex post) se verifique que seus problemas não foram resolvidos (e podem ter até aumentado)[18].

Há enormidade de outros exemplos, provenientes de todos os tipos de fornecimento, mas são as operações e os contratos de crédito, mesmo quando cumpridos adequadamente pelo fornecedor, as operações econômicas mais propensas a acarretar frustração de expectativas, muitas vezes levando à socialmente indesejável situação do superendividamento - incapacidade do consumidor cumprir suas obrigações sem afetar seu mínimo existencial.

Não obstante as complexas questões colocadas acima, elas não afetam o principal argumento deste artigo, que será desenvolvido com maior profundidade a partir deste momento. Este argumento é que ordenamentos jurídicos já protegem o consumidor mediante a proibição (expressa) de cláusulas e condutas abusivas, e que o ordenamento nacional, de forma ainda mais específica, o faz em grande detalhe (e as vezes, ao fazê-lo, até mesmo prejudica o consumidor).

A proposta deste artigo é justificar que, quando não há previsão legal de proibição de cláusula ou condição, a vontade das partes deve ser privilegiada. Intervenção judicial demasiada (mais abaixo será definida o que se entende por 'demasiada') mais prejudica do que ajuda o consumidor, mais o onera do que o defende. Neste sentido, este autor, com a experiência acumulada de quase 20 (vinte) anos de prática profissional nos dois lados da questão – tanto advogando pelo consumidor quanto pelo fornecedor – desde muito tem a posição de que proteção demais atrapalha mais do que ajuda e inclusive pode incentivar comportamentos descuidados e oportunistas do consumidor[19]. A afirmação de que proteção demasiada 'mais atrapalha do que ajuda' parece acima de dúvidas; a grande e complexa questão é definir qual o nível ótimo de proteção ao consumidor.

Parece predominar na literatura consumerista brasileira o entendimento de que o conjunto de normas protetoras (CDC mais leis esparsas) está produzindo um nível de proteção

[18] Assim, nas circunstâncias, o comportamento é racional, mesmo que o resultado final seja uma piora de sua utilidade.

[19] Gerando assim uma espécie de incentivo à criação de indesejáveis 'riscos morais'. César Santolim (A proteção dos investimentos específicos na resilição unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único do Código Civil. In: *Revista Síntese de Direito Empresarial.* Porto Alegre:Síntese. 2013, vol. 35, p. 11) assim define 'risco moral': *"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 que tal situação objetiva 'garantida' 'protegida' ou 'tutelada juridicamente' acaba se agravando em razão desta alteração de comportamento. Em outras palavras, o fim da norma (considerando-se precipuamente sua dimensão axiológica) acaba sendo contrastado com resultados 'não desejados' (quando se verifica a mudança no comportamento dos sujeitos de direito envolvidos)."*

inferior ao ótimo, e que a solução é mais proteção. Este autor discorda. Infelizmente, não há bons dados empíricos, mas o atual nível é provavelmente ineficiente por ser excessivo, e não por ser insuficiente. Este autor acredita, de forma intuitiva (baseado em sua experiência), que existe uma espécie de 'curva de Laffer[20]' de proteção e que o nível ótimo já foi ultrapassado no Brasil[21]. Na literatura estrangeira vale citar a opinião de Stefan Grundmann[22], para quem:

*"....essa tendência de dizer que os mais vulneráveis têm de ser muito mais protegidos, que temos de ter sempre mais proteção do consumidor, gera, a meu ver, problemas de distribuição e, também, efeitos sobre as estruturas dos mercados, e isso tem de ser levado em consideração. Uma proteção muito intensa pode restringir a liberdade de escolha dos outros consumidores. Consumidores não são um grupo homogêneo. Existem consumidores fortes, existem aqueles menos fortes e há um paradoxo: muita proteção do consumidor custa caro e, em uma economia de mercado, os preços são pagos por todos, pelos ricos e pelos menos ricos. Mas as vantagens, muitas vezes, chegam mais aos consumidores mais ricos, mais fortes. Tal se deve porque eles têm mais dados, mais experiência para pesquisar e também uma assessoria jurídica mais eficiente. Por exemplo, em caso de dano por tempo perdido, normalmente, um empregado que ganha um salário baixo quase não tem dano, enquanto que para um empresário o dano seria muito alto. Por isso, se a regra é, por exemplo, que a cada atraso de voo tem de ser paga uma indenização, poderia ser que os bilhetes ficassem mais caros, mas só aqueles mais ricos teriam vantagens. E, por isso, minha proposta seria que o nível de proteção do consumidor teria de ser tal que*

[20] Em resumo, curva de Laffer é uma representação teórica entre o valor arrecadado com um tributo a diferentes alíquotas. O nome vem de seu formulador, Artur Laffer. A curva em si não é relevante para este artigo, mas sim o conceito principal que ela ilustra, que é o de 'elasticidade da receita (base) taxável'. Acima de certa alíquota, a parábola começará sua descendente, mesmo que a alíquota aumente. Esta curva é a representação de que há uma alíquota ótima (a partir do prisma de arrecadação) de tributação (que é a que gera maiores recursos), acima da qual começará a ser reduzida a receita tributária.
Transpondo esta elasticidade para o direito do consumidor, o que acontece é que há um nível ótimo de proteção ao consumidor. Aumentar as regras de proteção acima deste nível não eleva a proteção efetiva, ao contrário, a reduz.

[21] Esse assunto será objeto de análise em um próximo artigo.

[22] http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/entrevista-stefan-grundmann-professor-universidade-humboldt, acesso em 22 de fevereiro de 2016. E, criticando a atual sistemática brasileira, ele diz ainda: "no conteúdo, penso que, em situações normais, não as que envolvam danos existenciais, eu optaria por só haver regras de informação. O Direito do Consumidor brasileiro vai mais longe várias vezes: há muitas regras imprevisíveis, o Direito Constitucional traz regras sobre a matéria, há cláusulas muito gerais, que permitem a solução de um caso específico com regras menos previsíveis. Apenas com normas de informação, menos invasivas, haveria maior previsibilidade e consumidores e mercado sairiam ganhando. Isso não quer dizer que as regras informativas, como as que temos agora, sejam as ideais. Às vezes, tem informação demais, *information overkill* e isso é um sério problema que merece reforma."

*ajudaria o funcionamento do mercado e possibilitar-lhe-ia escolher bons serviços e bens. Isso, normalmente, é a função da informação. Evidentemente, ela não precisa ser abundante, mas a regra de informação, como tal, ajuda o funcionamento do mercado. Assim, uma proteção muito forte ficaria restrita aos casos especiais de vulnerabilidade, nos quais a vida, saúde e a existência econômica dos consumidores estariam em risco.*

Se o nível de proteção (conjunto de normas e estruturas de aplicação destas) ao consumidor já ultrapassou o ótimo, há ainda mais razões para se evitar intervenção judicial ativa nos contratos de consumo. Qualquer tentativa de intervenção que ultrapasse o nível ótimo será contraproducente, uma vez que acarretará uma resposta do fornecedor, que tenderá a socializar este novo custo imposto pela intervenção judicial, muitas vezes em um patamar maior do que o custo imposto. Por exemplo, um dos efeitos negativos da intervenção judicial demasiada é que, como coloca Omri Ben Shahar[23], *"An aggressive legal intervention in one area of the contract can shift bargain dominance to other áreas, affording no true relief to the weak party, ex ante".*

Assim, por exemplo, se a multa moratória deve ser limitada a 2% (dois por cento – CDC, artigo 52 parágrafo primeiro), pode ser que o contrato unilateralmente proposto preveja juros moratórios de 2% (dois por cento) ao mês, os quais seriam de apenas 1% (um por cento) se a multa pudesse ser de 10%. A declaração de ilegalidade de uma cláusula que permita ao fornecedor de serviços contínuos interromper o fornecimento em caso de inadimplência pode significar um aumento no preço do serviço (socialização de custos), prejudicando os demais usuários, e assim por diante.

Além disso, há a questão da liberdade e das consequências, muito similar à problemática do 'risco moral' antes mencionada. A expectativa do consumidor de que obterá ou poderá obter a modificação judicial posterior do contrato pode gerar a contratação irresponsável, o que não aconteceria se não houvesse tal possibilidade.

As razões supra e ainda outras que serão analisadas aqui, levam à conclusão que liberdade de contrato e de contratar devem ser preservadas e incentivadas. A exceção justificada, por óbvio, diz respeito às questões de ordem pública e vedações previstas em lei, de forma fechada ou aberta. Vai se defender também que, quando a proibição for aberta ou

[23] Ben Shahar, how to repair unconscionable, p. 26.
[tradução livre]
Uma intervenção legal agressiva em áreas do contrato pode mudar a prevalência da barganha para outras áreas, não proporcionando qualquer alívio ex ante à parte mais fraca.

abstrata, ela deve ser interpretada de forma restritiva e não ampla, conforme se explicará a seguir.

Em outras palavras, se o contrato estiver redigido de forma simples e clara[24], deve prevalecer a autonomia da vontade, excetuando-se vedações legais; da mesma forma, a interpretação da legalidade e admissibilidade das cláusulas contratuais (ou seja, a verificação de conformidade das cláusulas com o ordenamento) deve ser restritiva[25]. Esta conjugação de métodos gerará os melhores resultados para o consumidor, conforme se passa a demonstrar.

## 3. Judiciário, eficiência e maximização de utilidade.

Decisões judiciais podem ou não resultar em alocações eficientes[26]. Se a decisão impõe modificações de prestações às partes que alteram a equação contratual original de forma ineficiente, ela será ineficiente. Se preservar o contrato ou modificá-lo de maneira em que as partes ainda permaneçam em uma posição de maximização de utilidade, será eficiente[27]. Conforme se explicará a seguir, é desejável que as decisões judiciais busquem a eficiência[28][29] e, em termos comparativos, a busca pela eficiência é provavelmente mais

[24] Em outra ocasião (Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 86, p. 255) este autor escreveu: *"em termos de melhor interesse do consumidor, a simplificação contratual deve ser uma meta, porque nem sempre contratos mais complexos resultam em consumidores mais informados. O padrão adequado de informação do Código de Defesa do Consumidor não exige - ao contrário, repele - informações cuja tecnicidade seja tão complexa a ponto de tornar incompreensível ao consumidor médio a informação relevante e indispensável."*

[25] A afirmativa aqui feita não deve ser confundida com o disposto no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. A ambiguidade de cláusulas leva a uma interpretação favorável ao consumidor. O que se propõe aqui não é interpretar o conteúdo material da cláusulas ambíguas de maneira rígida , mas sim que, naquelas cláusulas cujo conteúdo material seja claro, a interpretação a respeito de sua validade seja feita de forma restritiva, de maneira a que, tanto quanto possível, esta cláusula seja preservada e considerada válida.

[26] Em outra ocasião (É possível a análise econômica do Direito do Consumidor? Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, disponível para download em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf, p. 374, acesso em 08 de março de 2016) , este autor assim definiu eficiência

*"Eficiência é obtida quando os recursos envolvidos em uma determinada troca (voluntária ou não) são utilizados de forma a que a soma final do valor total dos recursos seja maior que a soma inicial dos recursos. A eficiência é determinada pelo resultado final da soma de recursos ou valores envolvidos na transação, quando comparados com o resultado inicial."*

[27] Na verdade, se houver modificação da utilidade pretendida pelas partes de forma que a nova soma de utilidade seja inferior à pretendida no início do contrato, o resultado é que o contrato ainda representará uma troca eficiente, mas menos do que a equação original.

[28] Novamente Luciano Benetti Timm (Direito, economia e função social do contrato, p. 23): *"Como os mercados são imperfeitos, existem custos de transação (custos incorridos pelas partes para negociar e fazer cumprir um contrato). É papel do direito diminuir esses custos de transação. O que se pode afirmar, inclusive, é que, pelo menos dentro de uma perspectiva econômica, quanto mais desenvolvidas as instituições, mais propício é o ambiente para seu natural desenvolvimento, pela diminuição dos custos de transação."*

[29] Nesse sentido, merece citação:

importante do que a busca pela aplicação, na decisão, de outros conceitos mais abertos e que também permeiam a disciplina dos contratos, como justiça social.

E porque isso? A resposta é ao mesmo tempo simples e complexa, e para que se possa obtê-la é preciso lembrar que partes envolvidas em uma livre contratação, ainda que por adesão, contratam para obter maximização de sua utilidade. Assim, ao interpretar uma cláusula contratual buscando manter sua validade (salvo nos casos já mencionados) ou reduzir sua extensão da menor maneira possível, o Judiciário estará mantendo ou alterando ao mínimo a equação contratual maximizadora de utilidade. Ao se proferir uma decisão judicial eficiente, o juiz estará permitindo a manutenção da maximização da utilidade das partes, exatamente como era sua intenção inicial.

Obviamente, eficiência não é uma finalidade a ser perseguida a qualquer custo. A principal vinculação dos juízes é para com a observância da lei, de forma que a busca pela eficiência não justifica a não aplicação pelos juízes da legislação vigente em função das eventuais consequências ineficientes da aplicação do direito positivado. Ao contrário, o juiz deve aplicar a legislação do país e o Estado de Direito não sobrevive sem uma clara repartição de competências entre Legislativo, composto por representantes eleitos e Judiciário, formados por agentes públicos não eleitos.

O juiz deverá aplicar o direito posto mesmo que a solução legislativa seja ineficiente ou, mesmo injusta[30] (este autor mesmo já se manifestou fortemente contra ativismo judicial

---

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.
1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.
2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.
(...).
6. Recurso especial provido.
REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015.

[30] Neste tópico específico, para defender a aplicação da lei, adotam-se integralmente as ideias de Lênio Luiz Streck. O resumo de sua teoria, feito por ele mesmo, é o seguinte (O Brasil revive a Escola do Direito livre! E dá-lhe pedalada na Lei. CONJUR 25 de junho de 2015, http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei, diversos acessos, último em 15/02/2016):
*"Cada um decide como quer. Cada um busca o seu justo. Inventam-se "princípios" como o da conexão para poder encontrar o* Santo Graal *da justiça: o "princípio da verdade virtual", vasculhando no mundo virtual o que não foi demonstrado no mundo...real. Ao demais, concede-se usucapião de terras públicas, em flagrante violação dos limites semânticos da Constituição. Concedem-se meses a mais de licença maternidade. Em nome de sentimentos de afeto, amor, etc — e não de princípios ou regras — faz-se uma livre investigação do direito. Poderia elencar um enfiada de decisões* contra-legem, *resultantes dessa revificação desse tipo de doutrina*

*contra legem*[31]*),* e deverá solucionar o caso concreto com base na lei aplicável. Não há espaço e as consequências não são boas quando ocorre ativismo judicial demasiado.

Retorna-se aqui ao que se apontou anteriormente: o juiz decide o caso concreto, mas ao fazê-lo, deve levar em consideração as consequências e incentivos que a decisão que proferir terá não só sobre as partes envolvidas, mas também considerar se existe a possibilidade de que o assunto objeto de decisão esteja sendo ou venha a ser discutido em diversas lides similares.

E, se existir esta possibilidade, deve considerar também quais as consequências da tomada de idêntica decisão nas diversas lides similares (por questão de equidade, mais até do que em função da existência de mecanismos de uniformização de demandas, lides similares devem ter soluções similares, apenas observando-se as diferenças). É absolutamente indesejável, por qualquer prisma que seja analisada a questão, que situações fáticas e jurídicas iguais levem a decisões distintas. É preciso saber aplicar de forma correta a distinção (distinguishing) entre situações fáticas aparentemente similares mas com diferenças relevantes, a justificar distinta solução jurídica.

---

*interpretativa ("tipo" Escola do Direito Livre, Realismo Jurídico, Livre Investigação, etc). E assim também se ensina. Nos cursos preparatórios, é comum que os professores digam: se for concurso para o MP, diga isso; se for para a Defensoria, aquilo; e, se for para a Magistratura, bem, aí tanto faz, contanto que você "fundamente" (*sic*). Preciso dizer mais?*

*A questão é: por que livrar o direito da lei e da Constituição? A Constituição não é boa? Não é ela que estabelece, inclusive, o poder do Poder Judiciário? Mas não é ela que obriga o judiciário a fundamentar? E não é nela que está escrito que o legislativo legisla e o judiciário julga, aplicando...a lei feita pelo legislativo? Aliás, como disse dia desses o ministro Marco Aurélio*: A CF coloca o Legislativo e o Executivo antes do Judiciário. *Bingo! Corretíssimo, ministro!*

*(...)*

*E, para encerrar, digo: sim, um juiz pode deixar de aplicar uma lei (uma regra jurídica). Sempre sustentei isso. Mas só em seis hipóteses. Fora disso, repristinará coisas serôdias como a Escola do Direito Livre e outros quetais.*Verbis, *as seis hipóteses, que estão em* Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*:*

*a) quando se tratar de inconstitucionalidade (nesse sentido, veja-se a Recl 2645 do STF); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como normas (deontológicos), aplicáveis no código lícito-ilícito e não como* standards *retóricos ou enunciados performativos "tipo princípio da conexão, da afetividade, da eventual ausência de plenário, da rotatividade", etc.*

*É isso. Simples e complexo assim."*

[31] Este autor comentou anteriormente (Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? In; Rodrigues Junior, Otávio Luiz. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, N. 2, Vol. 4, 2015, p.142): *"A preocupação em saber se a perda do tempo útil causa um dano indenizável nos termos da legislação vigente decorre da preocupação do autor com o Estado democrático, a certeza e a segurança jurídicas. Não se pode pretender penalizar o ofensor além daquilo que a lei permite. Ao falar sobre a inaplicabilidade dos punitive damages no Direito consumerista nacional, comentei (Op. Cit., P. 120): "...O Código não inovou no que diz respeito à reparação do dano. A reparação é efetiva, mas isso não significa que a reparação ultrapasse o dano subjetivo. Não há espaço (para o bem ou para o mal) para a aplicação de "danos punitivos" no direito brasileiro, apesar de renomadas opiniões em contrário."*

Para firmar este conceito, volte-se ao exemplo dado por Everton Gonçalves e Joana Stelzer, da intervenção judicial no contrato de locação com locatário sexagenário, impondo-se uma restrição não prevista em lei ao exercício pelo locador de um direito previsto em lei, em função de uma condição subjetiva da parte mais fraca.

No exemplo dado, ainda que se entenda a boa intenção do juiz, as consequências de sua decisão intervencionista podem ser devastadoras. Em primeiro lugar, para o proprietário do imóvel, que pode ter na renda dos alugueres parcela significativa de sua subsistência. Mas, mesmo em se tratando de grande proprietário, o qual poderia financeiramente suportar a perda de receita ou seu alongamento, as consequências são desastrosas, até para os próprios sexagenários supostamente beneficiados pela decisão (ou por decisões similares). Pode ser que o proprietário – ou outros proprietários - decida não mais alugar seus imóveis a sexagenários, prejudicando a estes, ou que exija garantias antes não exigidas, que encarecerão o contrato. Pode ser que o locador decida não mais alugar seus imóveis, e os coloque a venda, o que significará perda de receita e poderá significar a demissão de seus empregados alocados à atividade de locação e gestão patrimonial. Para o setor econômico de locações a decisão pode ser igualmente temerária, pois outros agentes também exigirão garantias complementares ou retirarão seus imóveis do mercado.

Depois, a decisão também é prejudicial aos demais sexagenários, pois pode ser que o mercado se restrinja para eles, e passe a somente aceitar locações acompanhadas de garantias extras ou mesmo que não aceite novas locações.

Não se nega a importância da manutenção da moradia de sexagenários enquanto política social. Entretanto, o que se está argumentando aqui é que não cabe ao Judiciário criar ou implementar esta política. Cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, se julgarem pertinente, criar condições para implementação de política social com esta finalidade, na forma de um auxílio complementação de aluguel ou qualquer outra. Pode também o Poder Legislativo criar regras mais rigorosas no que diz respeito ao despejo de sexagenários, e neste caso caberá ao Judiciário aplicá-las, ainda que ineficientes. Neste caso, os agentes econômicos (proprietários) terão conhecimento *ex ante* das regras aplicáveis, riscos e custos envolvidos e poderão tomar suas decisões negociais – alugar, não alugar, exigir garantias extras, não exigir, e assim por diante – com informação adequada. A nova regra até pode ser ineficiente, mas se regularmente criada pelo Legislativo, deve ser mantida pelo Judiciário, se e quando eventualmente questionada sua legalidade.

O que parece inadmissível é o Judiciário impingir este ônus (impossibilidade de exercício de um direito previsto em lei) à parte proprietária do imóvel, sem previsão legal de tal restrição (ao contrário, a lei expressamente permite o exercício do direito de ação de despejo). Os efeitos nefastos de uma decisão intervencionista, tomada de boa fé, são gigantescos e provavelmente muito piores do que o eventual efeito positivo sentido por uma única pessoa – o locatário sexagenário, exclusivo beneficiário da decisão intervencionista.

Prosseguindo, deve ser lembrado também, como já reconhecido pelo Judiciário, que fornecedores mudam de comportamento em função da jurisprudência. Embora se argumente neste artigo que a jurisprudência deve ser restritiva no que diz respeito à intervenção contratual, não se nega que ela possa intervir, em certas situações e sob certos critérios já enunciados. Se assim o fizer, a mudança comportamental causada será não drástica (moderada) e gradual, o que permitirá aos agentes adaptar-se com certa previsibilidade.

Qualquer mudança comportamental radical, como as motivadas por decisões altamente interventoras e imprevisíveis terá consequências adversas aos próprios consumidores. Por outro lado, mudanças não radicais e previsíveis trarão pouco ou nenhum incentivo a que o fornecedor proponente crie 'mecanismos defensivos' na estipulação contratual, ou seja, novas e mais criativas cláusulas prejudiciais ao consumidor, visando compensar o prejuízo causado pela intervenção judicial. Intervenção restrita provavelmente fará com que a parte proponente apenas expurgue de seus contratos as partes efetivamente ilícitas e não as substitua por 'compensações contratuais' onerosas.

É mais provável que não haja 'compensações' contratuais repetitivas (ou seja, que a parte proponente não transfira, em seus futuros contratos, os ônus de cláusulas declaradas ilegais para outras cláusulas contratuais – em outras palavras, que não socialize os custos da não aceitação da cláusula) se a revisão contratual atender a critérios de restrição e moderação. Como diz Omri Ben-Shahar, *"In some situations, a party drafting a mass-market contract may 'experiment' with a one-sided term (e.g arbitration term, or exclusionary clause) that is eventually held by courts to be overreaching. In time, the drafting party will modify the boilerplate contract and offer a less extreme version of the one-sided term to new customers.*[32]*"*

[32] How to repair unconscionable contracts, p. 13.
[tradução livre]
"*"Em alguma situações, a parte elaborando o contrato de massa pode 'experimentar' com uma cláusula unilateralmente favorável (e.g, cláusula de arbitragem, ou cláusula excludente) que pode ser considerada abusiva (excedente) pelos Tribunais. Ao longo do tempo, esta parte modificará seu contrato padrão e oferecerá uma versão menos extrema da cláusula unilateralmente favorável a novos consumidores."*

## 4. A defesa da liberdade de contrato: a equação econômica.

Se ainda não suficientemente demonstrado até agora o ponto central deste artigo - menos intervencionismo é melhor para o consumidor do que mais intervencionismo – é chegada a hora dos argumentos finais. Para se chegar à conclusão proposta é preciso que sejam lembradas as funções do contrato, inclusive a sua função óbvia e clássica, que é permitir e disciplinar trocas entre agentes livres, que desejam obter bens ou prestações de terceiros mediante contrapartida. Mais do que isso, conforme já mencionado, esta liberdade de contrato maximiza utilidade, a qual pode ser geralmente reduzida a (expressa em) termos econômicos.

Esta função econômica é absolutamente importante para se compreender a importância do contrato e da correta interpretação do conteúdo do contrato. Por meio do contrato, em outras palavras, realiza-se o direito das partes determinarem qual o feixe de direitos e deveres desejam constituir[33] e, por meio dele, a teoria econômica ensina que as partes conseguem a alocação ótima de recursos, e são senhores de seus destinos. Este raciocínio é verdadeiro tanto para contratos de consumo quanto para contratos civis ou empresariais.

Obviamente, há problemas, notadamente de assimetria[34], mas estes problemas não são minimamente suficientes para afetar a validade da premissa de maximização de utilidade. Aliás, considerar a assimetria das partes como justificativa para intervenção no contrato pode parecer uma solução que promova justiça distributiva e que seja moralmente aceitável, mas não o é. Na verdade:

*"The naive law teacher sometimes says, objecting to positive theories of law and economics, "But I see it from a moral point of view". In doing so, he reveals his ignorance of*

---

[33] Teresa Ancona Lopez. Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. Coord. Wanderley Fernandes, Editora Saraiva. São Paulo. 2007. p. 10.
*"o contrato, como negócio jurídico, é, portanto, ato de autonomia privada apto a criar regras de conduta (dever-ser) que, recepcionadas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. O contrato é o instrumento de autonomia privada."*

[34] Este autor entende que o principal problema de assimetria diz respeito à informação, e não à condição econômica das partes. No mesmo sentido, as palavras de Michael Trebilcock (external critiques of laissez-faire contract, P. 80): *"While I have been critical of notions of inequality of bargaining power predicated solely on disparities in size, disparities in information as to the contractual terms are a genuine problem."*
Tradução livre
Se tenho sido crítico de noções de desigualdade de poder de barganha predicadas somente nas disparidades de tamanho, disparidades de informação sobre os termos contratuais são um problema genuíno.

*moral as well as economic theory. Not merely does law and economics scholarship offer a compelling normative explanation for free contracting, but rival theories are unpersuasive.*[35]"

Ademais, a conclusão de que o contrato maximiza utilidade das partes, ainda que de forma desigual, não é prejudicada pela constatação de que nas relações de massa o contrato não é livremente negociado, mas simplesmente proposto e aceito. Ainda que o conteúdo contratual seja proposto de forma unilateral, isto não significa que não existam fatores externos limitadores do poder de barganha do fornecedor ou que o próprio fornecedor vá propor cláusulas marcadamente unilaterais e abusivas.

Em um mercado competitivo[36], a própria competição constitui poderoso mecanismo limitador de conteúdo contratual, como bem explica Richard Posner:

*"What is important is not whether there is haggling in every transaction but whether competition forces sellers to incorporate in their standard contracts terms that protect purchasers*[37].

Esta defesa da liberdade de contrato e restrição ao intervencionismo judicial, excetuando-se aquilo que ferir à ordem pública ou for expressamente previsto em lei, se justifica porque a proteção da liberdade de contratar é uma proteção do indivíduo e da sociedade, que extravasa o simples interesse das partes, em função da análise consequencialista do contrato. Se, por um lado, pode-se dizer que a razão para o Judiciário expurgar cláusulas ilegais e ofensivas à ordem pública dos contratos é também o custo que a observância destas cláusulas imporia à sociedade (e não apenas às partes)[38], por outro, não preservar aquilo que livremente contratado impõe custos não apenas individuais mas também

[35] F.H. Buckley, introduction, The fall and rise of freedom of contract, Duke University Press, 1999.
[tradução livre]
*O professor de Direito ingênuo diz, opondo-se às teorias da Law and Economics (análise econômica do Direito), 'mas eu vejo a questão sobre o ponto de vista moral'. Ao fazê-lo, ele revela sua ignorância tanto da teoria moral quanto da econômica. Não apenas a literatura da análise econômica do Direito oferece uma explicação normativa convincente para liberdade de contratação, mas teorias rivais não convencem."*

[36] Em um mercado não competitivo, mas regulado, este papel limitador cabe ao órgão regulador.

[37] Richard Posner, Economic analysis of Law, p. 127.
[tradução livre]
*"O importante não é que tenha ocorrido negociação em todas as transações, mas sim que a concorrência force vendedores a incorporar em seus contratos padrão cláusulas que protejam compradores".*

[38] F.H Buckley citado, p. 5: *"Common law courts refuse to enforce immoral contracts because they impose external costs on society, and not because they violate internal rules of contract law."*
[tradução livre]
*"Tribunais da Common Law se recusam a fazer valer contratos imorais porque eles impõem custos externos à sociedade, e não porque eles violem regras internas de direito contratual."*

sociais, podendo eventualmente, para beneficiar um único consumidor, prejudicar todos os demais, em um nível muito maior que o do benefício individual.

## 5. Conclusão

Após todo o exposto, pode se concluir que deixar as partes contratarem livremente, adotando-se uma postura restritiva no que diz respeito à intervenção judicial, gera maiores benefícios aos consumidores do que uma postura ativista intervencionista. Isso ocorre por uma conjugação de dois fatores. O primeiro deles deriva da própria razão da existência do direito dos contratos (normas contratuais legais). A existência de um direito dos contratos (conjunto de leis e regras), inclusive um direito dos contratos de consumo (parte do Direito do consumidor), visa, sob prisma econômico, *"minimizar o total dos custos de redação do contrato + de sua interpretação pelos tribunais + os custos dos comportamentos ineficientes resultantes de contratos mal redigidos ou incompletos*[39]*"*

Este direito dos contratos de consumo já tem, no Brasil, forte viés protecionista, fornecendo a base legal para um sistema de proteção do consumidor contra abusos que já é considerado bastante robusto e eficiente, tendo alcançado bons resultados desde a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

O segundo é a premissa de que contratos maximizam utilidade e que, sendo transações voluntárias, são eficientes. O argumento principal e mais forte é que as condições expressamente previstas pelas partes são as que mais maximizam sua pretendida utilidade, mesmo quando há assimetria, de forma que a intervenção judicial não deve anular os benefícios pretendidos pelos contratantes[40], salvo no caso de regras de ordem pública, ainda

[39] Donald Wittman, *Economic Foundations of Law and Organizations.* Cambrige University Press, 2006. P. 194. Texto original: "the role of contract law is to minimize the costs of the parties writing contracts + the costs of courts writing contracts + the cost of inefficient behavior arising from poorly written or incomplete contracts."

[40] E, quando o fizer, deve fazê-lo de forma restritiva, como explica Omri Ben-Shahar (How to repair unconscionable contracts. University of Michigan Law School. John M. Olin Center for Law & Economics. Working paper 07-023. Disponível para acesso em www.ssrn.com, vários acessos, último em 10 de março de 2016):

*Thus, if a court is to reform the excessive contract, it is only the illegitimate element of the one-sided term that needs to be struck. Effectively, then, the court would fill the gap with a term that is still one-sided, still favorable to the same party who dictated the original excessive term, but moderate sufficiently so that it would be tolerable – so as to fit within the range that is considered legitimate."*

[tradução livre]

Então, se uma corte deve reformar contratos excessivos (abusivos), é só o elemento ilegítimo da cláusula unilateral que precisa ser afastado. Efetivamente, então, a corte preencheria a lacuna com uma condição que é unilateral, ainda mais favorável a parte que originalmente propôs os termos abusivos, mas moderada o suficiente para ser tolerável – para então se enquadrar dentro do limite considerado legítimo.

que o resultado do contrato (seu conteúdo) tenha sido objeto de estipulação unilateral[41]. A mera existência de fatores externos que pressionem o consumidor a contratar (necessidades financeiras, etc) não afasta o fato de que, *ex ante*, também o consumidor tem a expectativa de maximizar sua utilidade mediante o cumprimento do contrato.

A soma destes dois fatores leva à conclusão de que o Judiciário deve evitar um ativismo intervencionista, limitando-se a expurgar do contrato apenas aquelas cláusulas (ou parte de cláusulas) que claramente sejam contrárias à lei ou firam a ordem pública, até porque é desta postura que resultará o benefício máximo ao consumidor. Havendo dúvida se determinada cláusula é contrária à lei ou fere a ordem pública[42], deve sempre ser adotada a interpretação que mais preserve o conteúdo contratual, ainda que a cláusula em análise possa ser considerada prejudicial ao consumidor.

[41] Omri Ben-Shahar (How to repair unconscionable contracts. University of Michigan Law School. John M. Olin Center for Law & Economics. Working paper 07-023. Disponível para acesso em www.ssrn.com, vários acessos, último em 08 de março de 2016) afirma: *"Parties are entitled to engage in tough negotiations, maneuver for advantages, and insist on self-serving contractual terms. Drafting a contract that contains terms other than the most reasonable ones is not illegal nor is it uncommon. It is only when these advantages are excessive – when they reach beyond a level that is regarded as tolerable – that the law steps in to invalidate them.*
[tradução livre]
As partes tem o direito de entrar em negociações duras, manobrar para vantagens e insistir em termos contratuais mais favoráveis. Elaborar um contrato que contém termos mais duros do que os mais razoáveis não é nem ilegal nem incomum. É somente quando essas vantagens são excessivas – quando elas vão além de um nível visto como tolerável – é que o direito entra para invalidá-las.

[42] Não confundir com dúvida sobre a interpretação do conteúdo contratual. Existindo ambiguidade na redação, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública, deixa claro que esta deve ser resolvida em favor do consumidor.

**Referências bibliográficas.**

Ben-Shahar, Omri. How to repair unconscionable contracts. University of Michigan Law School. John M. Olin Center for Law & Economics. Working paper 07-023. Disponível para acesso em www.ssrn.com, vários acessos, último em 10 de março de 2016.

Buckley, F.H. Introduction. *The fall and rise of freedom of contract.* Duke University Press: Durham, 1999. P. 1-25.

Epstein, Richard. Free bargaining and formalism. In: Buckley, F.H. *The fall and rise of freedom of contract.* Duke University Press: Durham. 1999. P. 25-60

Gonçalves, Everton das Neves e Stelzer, Joana. O Estado e o mercado: estudo para a intuição de uma ética econômico-jurídica. In: Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, Grupo de Trabalho *Direito, economia e desenvolvimento sustentável I,* disponível em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ki9ipk3k/MXFqX44c4J857iPC.pdf, acesso em 06 de março de 2016, p. 253-271.

Lira, José Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. *Revista de Direito Renovar,* volume 44-45, 2009.

Lopez, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: Fernandes, Wanderley (Coord.). *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais.* Editora Saraiva. São Paulo. 2007. p. 3 -76.

Salama, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de capitais,* São Paulo:RT, 2012, vol. 57, p. P. 157 – 170.

Santolim, Cesar. "Behavioral Law and Economics e a teoria dos contratos". In: Marques, Claudia Lima e Gsell, Beate (orgs.). *Novas tendências do Direito do Consumidor.* São Paulo:RT, 2015., p. 166-181.

---------. A proteção dos investimentos específicos na resilição unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do artigo 473, parágrafo único do Código Civil. In: *Revista Síntese de Direito Empresarial.* Porto Alegre:Síntese. 2013, vol. 35, p. 9 -13.

Silva Neto, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor?'. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Disponível para download em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf, acesso em 10 de março de 2016.

----------. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2013.

----------. Aspectos jurídicos pré-contratuais da concessão de crédito ao consumidor: existência de deveres acessórios complementares às obrigações genéricas previstas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo:RT, v. 98, p. 15-35, 2015.

----------. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo:RT, vol. 86, p. 253-271, 2013.

Timm, Luciano Benetti. Direito, economia e função social do contrato. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de capitais,* São Paulo:RT, vol. 33, p. 15- 31, 2006.

Trebilcock, Michael. External critiques of laissez-faire contract values. In: Buckley, F.H. *The fall and rise of freedom of contract.* Duke University Press: Durham. 1999. P. 78-92.

------. *The limits of freedom of contract.* Harvard University Press. 1993.